

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13803 *Resolución de 16 de octubre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil I de Sevilla, a la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por don José Luis García Carpintero Muñoz, Notario de Villamartín del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, contra la negativa del registrador Mercantil I de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, a la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de la sociedad «Vilmatic, S.L.», sobre cambio de forma de administración, cese de consejo y nombramiento de administradores mancomunados.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por don José Luis García Carpintero Muñoz, Notario de Villamartín, el día 20 de abril de 2012, número 350 de su protocolo, se elevaron a público acuerdos sociales en los que la junta general universal de la sociedad «Vilmatic, S.L.», procedió al cambio de su forma de administración, cese de consejo y nombramiento de dos administradores mancomunados.

En dicha escritura, comparecen, para elevar a público los acuerdos de la junta general, los dos administradores mancomunados nombrados, dándose la circunstancia de que uno de ellos comparece en su propio nombre y como apoderado de la anterior secretaria del consejo de administración, a los efectos de darse por notificado, en nombre de su representada, de su cese y del contenido de la certificación a los efectos del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil.

II

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil I de Sevilla fue calificada por don Juan Ignacio Madrid Alonso, registrador titular del mismo en los siguientes términos: «(Datos del Registro, de la entrada, del asiento de presentación, de la fecha y hora de presentación, del presentante, de los interesados, de la naturaleza del documento, del objeto, número de protocolo y fecha, notario autorizante del documento). Fundamentos de Derecho (defectos). 1. No puede considerarse que se ha cumplido lo previsto en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil ya que dicho artículo exige notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular, con la finalidad de que éste pueda reaccionar ante una posible falsedad en la certificación o falta de autenticidad en dicho nombramiento; y esta doble actuación le corresponde a dicho anterior titular de una manera personalísima, porque sólo a él le corresponde apreciar las circunstancias de falsedad o falta de autenticidad (pensemos p. e. que él tiene la custodia del libro registro de socios, y en consecuencia él debe apreciar si la Junta General ha sido celebrada válidamente) y sin que pueda hacerse en virtud de un poder general del año 1999.—Además en este caso concreto se produce un conflicto de intereses, ya que el administrador mancomunado entrante es quien comparece también a efectos del artículo 111 y de darse por notificado: Principio de especialidad y artículos 58 y 111, como antes se ha expresado, del Reglamento del Registro Mercantil.—Defecto subsanable. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil contando la presente

nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro. En relación con la presente calificación (...). Sevilla a 29 de mayo de 2012.

Dicha calificación fue notificada por correo electrónico al Notario autorizante de la escritura con fecha 19 de junio de 2012.

III

Por el Notario autorizante de la escritura, don José Luis García Carpintero Muñoz, se interpone recurso gubernativo frente a la expresada calificación, el día 17 de julio de 2012, mediante remisión telemática del testimonio de la escritura, de la nota de calificación y de su escrito de interposición, con entrada en el Registro al día siguiente a las 9 horas, y en el que se alega lo siguiente: «Son dos los motivos en los que parece basarse el registrador Mercantil para fundamentar en la nota registral el único defecto apreciado: 1. La notificación exigida por el artículo 111 RRM debe ser «personalísima», y no puede ser cumplimentada por un apoderado utilizando las facultades conferidas en un poder general. El carácter personalísimo que se exige a dicha notificación no tiene justificación legal, ni resulta del artículo 111, por muy rigurosa y formalista que sea la interpretación que se efectúe de dicha norma. Se comparten los argumentos expresados en la nota, sobre la importancia de exigir dicha notificación al anterior titular de la facultad certificante, para que él mismo pueda actuar en caso de falsedad de la certificación aportada, pero se ignora por qué no puede admitirse que la notificación se reciba a través de un apoderado, quien comparece e interviene en la escritura en representación del anterior titular de la facultad certificante para darse por notificado expresamente a los efectos del artículo 111 del RRM. En la relación de mandato entre la esposa poderdante y el esposo apoderado, éste deberá hacer llegar a aquélla dicha notificación, pero en esa relación interna o íntima no debe entrar ni el notario ni el registrador. Frente a terceros, el apoderado está legitimado expresamente para recibir las notificaciones que deban ser efectuadas a la poderdante, de cualquier índole, incluso las que deriven de aplicar el repetido artículo 111. Parece que el registrador calificante no considera suficiente «un poder general de 1999», no se explica si por su amplitud o por su fecha. El marido apoderado puede, en uso legítimo del poder frente a terceros, arruinar a la esposa poderdante, incluso autocontratar –como veremos al tratar el siguiente motivo– y comprar él mismo por precio irrisorio todos los bienes de ella, pero parece no estar autorizado, según esta forzada interpretación, para recibir la notificación del 111 RRM, que parece que debe ser efectuada al principal de forma «personalísima» y nunca a un apoderado. 2. Existe conflicto de intereses entre poderdante y apoderado, que impide la actuación documentada en la escritura. Este otro motivo, que también fundamenta el mismo y único defecto apreciado por el registrador, tampoco puede ser mantenido, a la vista del juicio de suficiencia emitido por el notario. Sobre este particular, las resoluciones de la DGRN de 22 de septiembre de 2005; 27 de noviembre de 2006; 28 de febrero de 2007, y 5 de junio de 2007, entre otras, resuelven la cuestión de si el Notario, al emitir el juicio de suficiencia del poder, debe mencionar expresamente que está salvado en el poder el conflicto de intereses y la autocontratación, y si la falta de mención expresa de ello por el notario al emitir el juicio es defecto calificable por el registrador. Y se ha resuelto en el sentido de que no es necesario hacer una mención expresa, pues el juicio notarial positivo de suficiencia del poder incluye también las cuestiones previas relativas a autocontratación y conflictos de intereses, que el notario ha debido de considerar antes de emitir el juicio. Esta doctrina ha sido matizada en muy recientes Resoluciones de 13 de febrero de 2012, y 31 de mayo de 2012, en caso de representación orgánica de personas jurídicas, cuando la actuación del administrador exige, para salvar la autocontratación o conflicto, la autorización expresa del órgano soberano –junta general– en cuyo caso deberá complementarse el juicio de suficiencia con una referencia a la licencia o autorización especial, porque en tales casos la legitimación del apoderado no deriva exclusivamente del poder sino de un acto específico de autorización o licencia de su principal. Nuestro apoderado compareciente es una persona física que ejercita un poder en el cual su esposa, persona física poderdante, le autoriza para, entre otras muchas facultades, recibir

notificaciones, salvando expresamente y de forma genérica el supuesto de autocontratación o conflicto de intereses, circunstancia ésta que ha sido apreciada por el notario para emitir su juicio de suficiencia, derivando su legitimación del propio poder, sin precisar específica autorización o licencia para dicha actuación. No obstante y a la vista de la doctrina aún más reciente que la enunciada, y que emana de la Resolución de la DGRN de 22 de mayo de 2012, y en concreto en los términos expresados en el fundamento de Derecho 16 de dicha Resolución, el notario autorizante recurrente hace constar de forma expresa, lo que aclara y complementa en virtud del presente escrito de recurso, que, según resulta de la copia autorizada de referida escritura de poder general que tengo a la vista, el señor apoderado está expresamente autorizado por la esposa poderdante para utilizar las facultades conferidas «aunque incida en la figura jurídica de la autocontratación, doble o múltiple representación o existiere conflicto u oposición de intereses. En Villamartín a diecisiete de julio de dos mil doce.—El Notario: José Luis García-Carpintero Muñoz».

IV

Manteniéndose el registrador en su calificación, remitió a esta Dirección General el escrito acreditativo de la interposición del recurso con la demás documentación complementaria aportada en unión del preceptivo informe.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1.709, 1.717, 1.718, 1.720, 1.725, y 1.727 del Código Civil; 18, 20, 244, 247, 253, 260 y 267 del Código de Comercio; 190, 226, 228, 229 y 233 de la Ley de Sociedades de Capital; 7, 11, 108, 109 y 111 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 2 de enero de 1992; 31 de marzo y 8, 10 y 11 de noviembre de 1999; 23 de mayo de 2001; 5 de octubre de 2010; 8 de enero y 7 de julio de 2011, y 30 de enero, 18 de abril, 12 y 22 de mayo y 4 de junio de 2012.

1. Se plantea en este recurso la posibilidad de inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos de junta general relativos a un cambio de forma de administración de una sociedad limitada, con cese del anterior consejo de administración y nombramiento de administradores mancomunados, en la que el cumplimiento de la notificación al anterior cargo con facultad certificante —secretaría del consejo— se da por cumplimentado con la comparecencia en la escritura de un apoderado de la secretaria del consejo, que a la vez es uno de los nuevos administradores mancomunados de la sociedad. A juicio del registrador ello no es suficiente pues la facultad certificante es personalísima y por tanto la notificación no es posible recibirla a través de un apoderado, sino que debe ser fehaciente y en su domicilio, y además existe un posible conflicto de intereses pues el beneficiado con el nuevo cargo y que certifica es el mismo que se da por notificado. El notario recurrente discrepa de dichas apreciaciones añadiendo en el escrito de interposición del recurso, en base a la Resolución de este Centro Directivo de 22 de mayo de 2012, que el apoderado está facultado para utilizar las facultades conferidas «aunque incida en la figura jurídica de la autocontratación, doble o múltiple representación, o existiere conflicto u oposición de intereses».

2. Dos son, por tanto, los problemas que plantea este expediente: Uno, si la manifestación de darse por notificado a los efectos del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil puede hacerse por medio de un apoderado con facultad suficiente para recibir notificaciones, o si por el contrario dicha manifestación debe hacerse personalmente por el anterior titular del cargo con facultad certificante y, si ello no fuera posible, acudir a la notificación fehaciente en los propios términos que regula el precepto; y dos, si existe conflicto de intereses cuando el que se da por notificado, en nombre y como representante de la anterior persona con facultad certificante, es al propio tiempo uno de los beneficiados por el nuevo nombramiento. Y ello sin perjuicio de los efectos que puedan producir las manifestaciones del notario recurrente en su recurso sobre la

inclusión en el poder alegado de la previsión que extiende las facultades del apoderado incluso a los casos en que pueda existir conflicto u oposición de intereses.

3. En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, hay que recordar que este Centro Directivo de forma reiterada (vid. Resoluciones citadas en el vistos) ha tenido ocasión de manifestar que la regulación del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil tiene la evidente intención de dotar de un mecanismo que evite en la medida de lo posible la inscripción de nombramientos inexistentes en la hipótesis concreta de que el certificado del que resulte el acuerdo de nombramiento haya sido expedido por la persona beneficiada por el mismo. Se trata en definitiva de reforzar las medidas de legalidad ordinarias para proceder a la inscripción de modo que quede debidamente acreditada la necesaria conexión entre la autoría de la certificación de la que resulta el acuerdo y la titularidad vigente e inscrita en el Registro Mercantil a fin de que ésta no se modifique sin justa causa. Para conseguir esa finalidad el mecanismo utilizado por el citado artículo puede ser doble: por una parte la notificación fehaciente al anterior titular del cargo con facultad certificante «en cualquiera de las formas expresadas en el artículo 202 del Reglamento Notarial» y, de otra parte, mediante el consentimiento expreso del anterior titular del cargo con facultad certificante. Si se utiliza el primero de los medios, es decir la notificación fehaciente, el artículo 202 del Reglamento Notarial permite que el notario, discrecionalmente, utilice el correo certificado con acuse de recibo. Pero si estimare que dicho medio no es adecuado «el notario se personará en el domicilio o lugar en que la notificación... deba practicarse, según la designación efectuada por el requirente, dando a conocer su condición de notario y el objeto de su presencia. De no hallarse presente el requerido, podrá hacerse cargo de la cédula cualquier persona que se encuentre en el lugar designado y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia. Cuando el edificio tenga portero podrá entenderse la diligencia con el mismo». De esta forma en que se puede efectuar la notificación a que alude el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil resulta de manera clara y evidente que dicha notificación en ningún caso tiene porqué ser hecha de forma personal al notificado sino que se permite que se haga a «cualquier persona que se encuentre en el lugar designado», e incluso al portero del edificio.

Si ello es así no se alcanza a comprender el inconveniente de que dicha notificación la reciba un apoderado del notificado con facultades suficientes a estos efectos. Dada la relación de confianza existente entre poderdante y apoderada, más garantías tendrá la persona que deba ser notificada en caso de que la notificación la reciba la persona a la que ha conferido un apoderamiento. En este sentido, es indudable que mayor garantía tendrá el poderdante de que la notificación llegará a su conocimiento por medio del apoderado debido a que éste está obligado, por el artículo 260 del Código de Comercio, a hacer llegar al comitente las noticias relacionadas con el encargo el mismo día o el siguiente, que en el caso de que la garantía de dicho conocimiento efectivo esté basada en la obligación que pueda tener el portero del inmueble de transmitir dicha información a uno de los residentes en el mismo. En definitiva, mayor seguridad jurídica se consigue, que es lo que pretende el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, haciendo la notificación o dándose por notificado un apoderado de la persona a la que debe hacerse la notificación que utilizando el sistema previsto en el artículo 202 del Reglamento Notarial. Por otra parte a la misma conclusión llegamos si el notario utilizare el otro procedimiento previsto en el artículo 202 de su Reglamento, es decir la carta certificada con acuse de recibo. Efectivamente, como resulta de la Resolución de este Centro Directivo de 30 de enero de 2012, si la notificación se hace por correo certificado y ésta llega a su destino, prescindiendo de cuál sea la persona que materialmente reciba la carta, la notificación se tiene por realizada y la inscripción del nuevo nombramiento puede practicarse. Se haga por tanto de una u otra forma la notificación, no es imprescindible que ésta llegue físicamente a la persona del notificado o destinatario, sino que basta con que las notificaciones se hagan en la forma prevista legalmente, sea quien sea el que materialmente las reciba –sin perjuicio de la obligación del receptor de hacerla llegar al destinatario– para que las mismas produzcan todos sus efectos.

En el caso objeto del presente expediente el apoderado de la anterior titular de la facultad de certificar interviene en la escritura de elevación a público para formalizar la aceptación de esta elevación a público de acuerdos sociales «a los efectos prevenidos en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil», de forma que los efectos de esta manifestación se van a producir como si hubiera sido hecha directamente al interesado (cfr. artículos 1.717 a sensu contrario y 1.720 del Código Civil y 247 del Código de Comercio).

4. En lo relativo a la posible existencia de un conflicto de intereses entre el administrador mancomunado que, en representación de la anterior secretaria del consejo, se da por notificado y la propia notificada, el registrador calificador sostiene en su nota de calificación al respecto que «además en este caso concreto se produce un conflicto de intereses, ya que el administrador mancomunado entrante es quien comparece también a efectos del artículo 111 y de darse por notificado», si bien no especifica donde reside ese conflicto de intereses, ni cuáles son los elementos determinantes o configuradores de su existencia. Pues bien, al no determinarse por el registrador en qué sentido se produce ese eventual conflicto de intereses, debemos examinar detenidamente la actuación del administrador mancomunado en la escritura en la que comparece en su propio nombre y en representación de la anterior secretaria del consejo. En su propio nombre el administrador mancomunado, en unión del otro nombrado –lo que es trascendente a estos efectos como después veremos– se limita a elevar a público determinados acuerdos de la junta general. Aunque él es uno de los nombrados su actuación como tal se limita a ejecutar acuerdos de un órgano de la sociedad en unión del otro administrador mancomunado. De otra parte, como representante del anterior cargo con facultad certificante, se limita a recibir, en nombre de su representada, la notificación del acuerdo adoptado por la junta general de la sociedad relativo al cese y nombramiento del nuevo órgano de administración. Por tanto, en uno y otro concepto, el apoderado no actúa en su propio beneficio, aunque él sea el nombrado, y en perjuicio del poderdante, aunque él sea el cesado, sino que actúa dando forma legal e inscribible a un acuerdo de la junta general de la sociedad. No puede decirse por tanto que existan intereses contrapuestos con posible perjuicio de una de las partes, sino más bien intereses coincidentes por ambas partes para ejecutar y dar publicidad frente a todos a un acuerdo de la junta general de la sociedad. En este sentido, esta Dirección General en Resoluciones de 5 y 7 de julio de 2011 vino a decir que «el propio concepto de negocio societario excluye en principio la confrontación de intereses de las partes que lo celebran, al concurrir una causa negocial común orientada a la consecución del fin social. Así, prevalece la satisfacción del interés común sobre una eventual confrontación de los intereses de las partes» y que «respecto del conflicto de intereses que pueda existir en el desenvolvimiento de la sociedad no puede olvidarse que el contenido organizativo del negocio fundacional queda supeditado a la voluntad social a través de los acuerdos de la junta general y que la Ley establece determinadas cautelas para evitar los riesgos de dicho conflicto (cfr., entre otros, los artículos 190, 226, 228 y 229 de la Ley de Sociedades de Capital)».

La razón de ser del artículo 111 no está en la protección de los intereses particulares del anterior titular de la facultad certificante, sino en el interés de la seguridad del tráfico evitando que tengan acceso al Registro certificaciones que pudieran ser falsas o erróneas. No obstante lo dicho, en algunos supuestos muy específicos, como el caso de que el cargo de administrador según estatutos fuera retribuido, quizás pudiera darse un posible conflicto de intereses particulares, conflicto que pudiera afectar a la objetiva situación de imparcialidad del apoderado y, por tanto, invalidar su actuación en tales condiciones. Pero dado que nada de ello se indica en el acuerdo de calificación, ni el registrador centra el posible conflicto de intereses en este hecho, no podemos entrar en su examen por vedarlo el artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

Por ello y sin entrar en si el juicio de suficiencia del notario está bien o mal formulado, o si el poder incluye o no la posibilidad de autocontratación, como alega en su escrito el recurrente, dado que dicho aspecto no ha sido objeto del acuerdo de calificación del registrador, ni si el defecto debe darse por subsanado en los términos de la Resolución de

este Centro Directivo de 22 de mayo de 2012, como también se afirma en el escrito del recurso, debemos concluir que en este caso concreto no existe una situación de conflicto de intereses entre el administrador que certifica y que también se da por notificado en representación del anterior titular con facultad certificante, pues la declaración de voluntad emitida por el primero en su doble concepto, va dirigida al mismo fin que es la ejecución del acuerdo de la junta sin que se pueda hablar de la posible existencia de perjuicios patrimoniales o de otra índole para el poderdante. Esta conclusión viene avalada, además, por el hecho de que el que se da por notificado es el anterior presidente del consejo, que si bien no tiene facultades certificantes, sí tiene la facultad de visar las certificaciones expedidas por el secretario. A ello se suma que la persona que se da por notificada es un administrador mancomunado que por sí sólo no podría elevar a público los acuerdos sociales, salvo autorización expresa, ni tampoco expedir certificación de los acuerdos sin la concurrencia del otro administrador mancomunado nombrado (cfr. artículos 108.2 y 109.1.a del Reglamento del Registro Mercantil).

Por todo ello cabe concluir que en el supuesto de hecho concreto de esta Resolución está suficientemente garantizada la finalidad perseguida por el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, como es que la certificación expedida sea auténtica y veraz, respondiendo a la realidad de lo ocurrido en la junta general de la sociedad, sin que sean necesarios requisitos adicionales.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación registral en los términos que resultan de los fundamentos de Derecho anteriores.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 16 de octubre de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.