

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

6787 *Resolución de 5 de febrero de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil I de Alicante a inscribir la escritura de constitución de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don J. A. F. S., en nombre y representación de la sociedad «Lovecita Lovers, SL», contra la negativa del registrador Mercantil I de Alicante, don Jaime del Valle Pintos, a inscribir la escritura de constitución de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 17 de septiembre de 2019 por el notario de Jávea, don Antonio Jiménez Clar, con el número 3.333 de protocolo, se constituyó la sociedad «Lovecita Lovers, SL», cuyo objeto social está constituido, entre otras muchas actividades, por la siguiente: «La actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades, tanto residentes como no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales, o incluso sin ésta». Y, según el artículo 13 de los estatutos sociales, en su inciso final, relativo a la representación en las juntas generales, «la asistencia personal a la Junta del representado no tendrá valor de revocación de la total representación conferida».

II

Presentada el día 21 de octubre de 2019 copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Alicante, fue objeto de calificación negativa que, a continuación, se transcribe únicamente respecto de los defectos objeto de impugnación:

«Jaime del Valle Pintos, Registrador Mercantil de Alicante, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Diario/Asiento: 347/1514.
F. presentación: 21/10/2019.
Entrada: 1/2019/22.063,0.
Sociedad: Lovecita Lovers, SL.

Hoja:

Autorizante: Jiménez Clar, Antonio.
Protocolo: 2019/3333 de 17/09/2019.

Fundamentos de Derecho:

1. (...)

3. Artículo 3.º de los estatutos.–La actividad “La actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades, tanto residentes como no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales, o incluso sin ésta”, por su generalidad, puede incluir actividades sujetas a legislación especial, cuyos requisitos no cumple esta sociedad, de acuerdo con la vigente legislación del mercado de valores (Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, artículos 1.º y 138 y siguientes), y sin que dichas actividades se excluyan del objeto.

4. Artículo 13.º de los estatutos.–El último párrafo del artículo 13.º contraviene lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley de Sociedades de Capital, el cual establece que “la asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación”. Se advierte que en caso de modificación de los Estatutos Sociales, mediante testimonio, diligencia o escritura de subsanación, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el Art. 197 Reglamento del Registro Mercantil, tiene que constar la redacción íntegra del artículo que se modifica. (Res. D.G.R.N. 9 de marzo de 1999)

En relación con la presente calificación: (...)

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro.

Alicante, veinticinco de octubre de dos mil diecinueve».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. A. F. S., en nombre y representación de la sociedad «Lovecita Lovers, SL», interpuso recurso el día 7 de noviembre de 2019 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«I. De procedimiento.

Primero (...).

II. De fondo.

Tercero. Relativa al segundo defecto, respecto de los artículos 1 y 138 y siguientes del Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, en relación con el artículo 3.º de los Estatutos Sociales, relativos al objeto social.

En relación con este defecto, entiende la Sra. Registradora que:

“3. Artículo 3.º de los estatutos.–La actividad ‘La actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades, tanto residentes como no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales, o incluso sin ésta’, por su generalidad, puede incluir actividades sujetas a legislación especial, cuyos requisitos no cumple esta sociedad, de acuerdo con la vigente legislación del mercado de valores (Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, artículos 1.º y 138 y siguientes), y sin que dichas actividades se excluyan del objeto”.

En cambio, el objeto social de la entidad que se pretende inscribir dispone lo siguiente:

“- La actividad dirección, control y prestación de servicios de apoyo a la gestión de las actividades desarrolladas por sociedades participadas, tales como los servicios de carácter administrativo (como la contabilidad, gestión de cobros, organización de

recursos, etc.), los relacionados con las actividades financieras (como, por ejemplo, gestión para la obtención de recursos financieros para las entidades del grupo, servicios de tesorería comunes, estudios sobre financiación de las actividades de las entidades participadas y de sus proyectos, etc.) y los de asesoramiento (fiscal, jurídico, administrativo, inmobiliario, etc.).

– La adquisición, tenencia y disfrute de valores mobiliarios o cualquier tipo de títulos que concedan una participación en sociedades.

– La actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades, tanto residentes como no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales, o incluso sin ésta.

– La promoción inmobiliaria, compra, venta y arrendamiento de inmuebles, construcción, reformas, trabajos de albañilería y la gestión y administración de bienes inmuebles.

– La prestación de servicios de asesoramiento en material inmobiliaria,

– Los servicios de hostelería, restauración, hospedaje y alojamiento de huéspedes, incluyendo el asesoramiento en materia turística y gastronómica de cualquier tipo.

– Los servicios de limpieza de inmuebles, mantenimiento de jardines y piscinas, limpieza de ropas, telas, tapizados y cortinas, así como la lavandería de cualquier tipo de tela.

– El comercio al por mayor y al por menor de ropa, prendas de vestir, zapatos y todo tipo de complementos de moda.

– La prestación de servicios de marketing, asesoramiento comercial, publicidad, diseño de campañas comerciales, propaganda, relaciones públicas, posicionamiento y diseño de páginas web, gestión de la reputación online y todo tipo de asesoramiento en materia de captación de clientes y ventas de productos y servicios.

El Código CNAE de la actividad principal de la sociedad es el 6420: Actividades de las sociedades holding,

Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta Sociedad...”.

Por tanto, sí que se han excluido del objeto social aquellas actividades sujetas a legislación especial. Es por ello que considerados que este defecto debe ser revocado.

Cuarto. Relativo al segundo defecto, respecto del artículo 185 de la Ley de Sociedades de Capital. Infracción del artículo 186.5 del Reglamento del Registro Mercantil.

Respecto de este punto, considera la Sra. Registradora que:

“4. Artículo 13.º de los estatutos.–El último párrafo del artículo 13.º contraviene lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley de Sociedades de Capital, el cual establece que ‘la asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación’. Se advierte que en caso de modificación de los Estatutos Sociales, mediante diligencia o escritura de subsanación, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el Art. 197 Reglamento del Registro Mercantil, tiene que constar la redacción íntegra del artículo que se modifica. (Res. D.G.R.N. 9 de marzo de 1999)”.

En cuanto a esta calificación, el párrafo de los estatutos sociales al que se refiere la misma dispone:

“La asistencia personal a la Junta del representado no tendrá valor de revocación de la total representación conferida”.

El artículo 185 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que:

“Revocación de la representación. La representación es siempre revocable. La asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación”.

No obstante, entendemos que no se trata de una norma imperativa. Por una parte, consideramos lo que no cabe establecer en los estatutos sociales, aquí sí, por ser una norma imperativa, es que la asistencia personal a la junta del representado tenga valor de revocación respecto de una parte de sus participaciones sociales, pero no respecto de otras. Sin embargo, la previsión estatutaria calificada negativamente en el caso que aquí nos ocupa, dispone la no revocación de la representación respecto de la totalidad de las participaciones sociales. Por ello, consideramos que no debe haber inconveniente para que los socios puedan establecer en los estatutos sociales una previsión que impida que la asistencia a la junta del representado tenga valor de revocación del total de la representación.

Esta interpretación se adopta al amparo del artículo 186.5 del Reglamento del Registro Mercantil, que establece que:

“5. La representación es siempre revocable. Salvo que otra cosa se establezca en los estatutos, de conformidad con el artículo 49 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación de la total representación conferida”.

Este artículo 49 de la ya derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al que se refiere el precepto recién transcrito, preveía la misma revocación que hoy prevé el vigente artículo 185 de la Ley de Sociedades de Capital. Sin embargo, el artículo 186.5 del Reglamento del Registro Mercantil regula la posibilidad de que los socios puedan establecer en los estatutos sociales la previsión de que la asistencia del representado no tenga valor de revocación de la representación, motivo por el cual consideramos no ajustada a Derecho la calificación registral emitida respecto de este punto».

IV

La registradora Mercantil IV de Alicante, doña María del Pilar Planas Roca, elevó el expediente, con su informe, a la Dirección General de los Registros y del Notariado, mediante escrito de fecha 20 de noviembre de 2019. En dicho informe alegaba que el día 11 de noviembre de 2019, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, se dio traslado del recurso interpuesto al notario autorizante de la escritura calificada, sin que se hayan presentado alegaciones por parte del mismo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 36, 1271, 1272, 1666 y 1700.2.º del Código Civil; 1, 2, 18 y 117 del Código de Comercio; 22.1.b), 23.b), 28, 181, 183 y 185 de la Ley de Sociedades de Capital; 1, 138, 139, 140, 141, 142, 143 y 144 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores; 2, 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre; 178 y 186.5 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias el Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1973, 21 de octubre de 1980, 20 de abril de 1981, 31 de octubre de 1987, 26 de noviembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 24 de diciembre de 1993, 19 de noviembre de 1994, 17 de enero, 7 de julio, 3 de septiembre y 20 de noviembre de 2007, 28 de marzo de 2011 y 20 de mayo de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1956, 1 de diciembre de 1982, 13, 14 y 15 de octubre de 1992, 5 de abril, 1 de septiembre y 15 de diciembre de 1993, 11 de diciembre de 1995, 17 de abril de 1998, 30 de abril, 8 de julio y 18 de noviembre de 1999, 8 de enero de 2000, 29 de enero de 2005, 14 de julio de 2006, 23 de septiembre de 2008, 15 de octubre

de 2010, 23 de marzo, 5 de abril, 4, 17 y 29 de junio, 5 de septiembre y 14 y 15 de noviembre de 2011, 25 de enero, 2 de febrero y 19 de mayo de 2012, 5, 16 y 19 de marzo y 11 de noviembre de 2013, 29 de enero de 2014, 21 y 26 de enero de 2016, 9 de octubre de 2018 y 27 de febrero de 2019.

1. Mediante la escritura cuya calificación es impugnada en el presente recurso se constituye la sociedad «Lovecita Lovers, SL», cuyo objeto social está constituido, entre otras muchas actividades, por la siguiente: «La actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades, tanto residentes como no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales, o incluso sin ésta». Y, según el artículo 13 de los estatutos sociales, en su inciso final, relativo a la representación en las juntas generales, se dispone lo siguiente: «La asistencia personal a la Junta del representado no tendrá valor de revocación de la total representación conferida».

2. Según el primero de los defectos impugnados, la registradora fundamenta su negativa a practicar la inscripción solicitada porque, a su juicio, la actividad del objeto social antes transcrita, «por su generalidad, puede incluir actividades sujetas a legislación especial, cuyos requisitos no cumple esta sociedad, de acuerdo con la vigente legislación del mercado de valores (Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, artículos 1.º y 138 y siguientes), y sin que dichas actividades se excluyan del objeto».

El recurrente alega que en los mismos estatutos sociales que se han excluido «todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad».

3. La Dirección General de los Registros y del Notariado tiene elaborada una doctrina sobre la inscribibilidad de actividades con reserva legal que, por ser de plena aplicación al supuesto de hecho, es procedente recordar de nuevo. De acuerdo con la citada doctrina (vid., por todas, las Resoluciones de 15 de diciembre de 1993 y 30 de abril de 1999, con criterio reiterado en otras posteriores) es la definición estatutaria del objeto social, y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas, lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, de modo que desde el momento fundacional la sociedad ha de reunir todos los requisitos que hagan viable el completo desarrollo de cualesquiera actividades que integran el objeto social (artículos 36, 1271, 1666 y 1700.2.º del Código Civil y 117 del Código de Comercio); la delimitación por el género comprende todas sus especies, por lo que se requiere previsión específica para que alguna de ellas pueda quedar excluida y no a la inversa. De lo anterior se sigue que cuando la actividad social cuestionada, lícita y posible en términos generales, choque con las limitaciones legales que se imponen para su ejercicio en relación con determinadas ramas o manifestaciones de la misma, al entenderse extensiva a todas las especies incluidas en su enunciado, por no excluirse ninguna, no será posible ni lícita, dos de los requisitos que para todo objeto de contrato imponen los artículos 1271 y 1272 del Código Civil.

Esta apreciación es de especial importancia en supuestos como el del presente recurso en el que el legislador ha tenido especial empeño en acotar cuidadosamente el conjunto de actividades sujetas a un régimen especial. Esta especial previsión del legislador quedaría vacía de contenido si se permitiese la inscripción de actividades genéricas que comprendiesen tanto las reguladas como las no reguladas haciendo inútil el esfuerzo del legislador en deslindar unas de las otras. De aceptarse la inscripción de la expresión genérica de actividad se incumpliría la previsión legal de permitir la inscripción en el Registro Mercantil exclusivamente de aquellas sociedades que reúnan los requisitos especialmente previstos para el desarrollo de la actividad reservada.

4. En relación con las actividades de servicios de inversión, el legislador español ha querido ser especialmente cuidadoso habida cuenta de que el ámbito de posible actividad se refiere a una, la inversión en productos financieros, en la que el compromiso patrimonial que se puede derivar para los clientes no profesionales puede tener, y de

hecho ha tenido en nuestra reciente historia, consecuencias muy negativas y un impacto social grave. De aquí el especial empeño en privar de la inscripción en el Registro Mercantil y de la protección que de la misma se deriva a la realización de determinadas actividades de servicios de inversión, salvedad hecha de que la sociedad reúna los requisitos legalmente previstos para el ejercicio de la actividad reservada.

La regulación de dichas actividades se encuentra en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, y por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

La sujeción de las empresas al contenido de la Ley implica, entre otros requisitos, la necesidad de obtener autorización administrativa e inscripción en el registro administrativo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores así como, en caso de sociedades, el de añadir a su denominación aquella correspondiente al tipo de empresa de inversión que corresponda (artículo 144 de la Ley del Mercado de Valores).

De la regulación legal resulta una primera delimitación conceptual de lo que constituyen empresas de servicios de inversión que viene contemplada en el artículo 138.1 de la Ley del Mercado de Valores cuando afirma: «Las empresas de servicios de inversión son aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2».

Del concepto legal resulta que las empresas de servicios de inversión se conceptúan tanto en relación con las actividades que llevan a cabo (artículos 140, 141 y 142 de la propia Ley), como por el objeto sobre el que recae su actividad así como por el carácter profesional de su ejercicio (en el sentido de habitual y cualificado), y por sus destinatarios. Las sociedades que comprendan en su objeto alguna de las actividades de servicios de inversión han de acomodar su contenido a los requisitos especiales previstos en la Ley del Mercado de Valores.

Cuando las sociedades no realicen ninguna actividad de servicios de inversión o cuando realizándola no confluyan los requisitos legales para considerarlas como tales, no será necesaria su acomodación a las exigencias de la Ley del Mercado de Valores. La propia Ley excluye de su regulación aquellas empresas en que no se aprecia la necesaria concurrencia de los requisitos anteriormente citados (artículo 139).

En aplicación de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado expuesta anteriormente la concurrencia de una causa de exclusión de las previstas en el artículo 139 de la Ley del Mercado de Valores debe expresarse en los estatutos sociales de forma expresa y determinada siempre que concurren aquellas circunstancias que el propio precepto exige para evitar la aplicación de la previsión general de sujeción a la Ley. Por ello, el defecto expresado por la registradora en su calificación debe ser confirmado.

5. El segundo de los defectos impugnados consiste en que, a juicio de la registradora, la disposición estatutaria relativa a la representación en las juntas generales según la cual «la asistencia personal a la Junta del representado no tendrá valor de revocación de la total representación conferida», es contraria al artículo 185 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto dispone que «la asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación».

Respecto de esta norma legal no han faltado interpretaciones doctrinales que concluyen en su carácter imperativo como corolario o reforzamiento de la esencial revocabilidad de la representación que resulta del primer inciso del mismo artículo 185 («la representación es siempre revocable»). Pero no pueden desconocerse determinados intentos para fundamentar la admisibilidad de determinados pactos de irrevocabilidad del poder, al menos en ciertos casos en los que, como acontece en el ámbito del Derecho civil, esa irrevocabilidad se justifica por el ser poder medio de ejecución de un convenio básico –o relación causal– que vincula individualmente a todos los poderdantes en casos de poderes colectivos (de suerte que si el poder se confiere

conjuntamente por pacto entre los mandantes, la revocación deber de también ser conjunta), o, en general, por responder el poder a un interés no solo del representado sino también el representante y terceras personas (la jurisprudencia -Sentencias el Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1973, 21 de octubre de 1980, 20 de abril de 1981, 31 de octubre de 1987, 26 de noviembre de 1991, 24 de diciembre de 1993 y 19 de noviembre de 1994, entre otras- ha admitido la irrevocabilidad del mandato, no sólo por virtud de pacto expreso, sino también cuando resulte necesaria para la efectividad del contrato subyacente; y, como afirma la Sentencia de 3 de septiembre de 2007 es lícita la irrevocabilidad del mandato cuando «responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados no sólo el mandante o representado sino también el mandatario y terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido»; vid. también las Sentencias de 17 de enero, 7 de julio y 20 de noviembre de 2007). Así, a la luz de la norma del artículo 186.5 del Reglamento del Registro Mercantil (introducida por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares), al disponer no sólo que «la representación es siempre revocable», sino que «Salvo que otra cosa se establezca en los estatutos, de conformidad con el artículo 49 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la asistencia personal a la Junta del representado tendrá valor de revocación de la total representación conferida», se ha entendido que cabe en estatutos atribuir una legitimación irrevocable para el ejercicio del derecho de voto al representante de quienes hayan suscrito un protocolo familiar o sea titulares de participaciones «sindicadas».

Sin necesidad de profundizar sobre tales argumentos ni prejuzgar sobre las referidas interpretaciones, lo cierto es que en el presente caso puede y debe entenderse que la disposición estatutaria cuestionada, más que establecer la irrevocabilidad de la representación, reduce las formas en que la revocación puede declararse, al excluir únicamente la revocación tácita que tendría efecto por la asistencia del representado a la junta. Y si se interpreta en el sentido más adecuado para que produzca efecto, sin contrariar la esencial revocación de la representación (artículo 185, inciso inicial) ni la norma que prohíbe la presencia simultánea del socio legitimado para asistir con solo parte de sus participaciones y la asistencia del representante con las restantes (cfr. artículo 183.3 y Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992 y 28 de marzo de 2011), puede entenderse como autorización estatutaria para que asistan representante y representado si bien con legitimación de solo uno de ellos para ejercitar los derechos de socio (cfr. artículo 181.1). Por ello, el segundo de los defectos objeto de impugnación no puede ser confirmado.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la calificación impugnada únicamente respecto del segundo de los defectos impugnados, y desestimarlos en cuanto al primero de los defectos recurridos.

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 vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 5 de febrero de 2020.-La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.