

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7639 *Resolución de 13 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora mercantil II de Tenerife, por la que se deniega la práctica de la anotación preventiva de la solicitud del levantamiento de acta notarial que previene el artículo 104.1 del Reglamento del Registro Mercantil.*

En el recurso interpuesto por doña Carmen Elena R. H., contra la nota de calificación de la registradora Mercantil II de Tenerife, doña Ana Margarita López Rubio, por la que se deniega la práctica de la anotación preventiva de la solicitud del levantamiento de acta notarial que previene el artículo 104.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de La Laguna, don Juan-José Esteban Beltrán, el 30 de julio de 1999, con el número 2158 de protocolo, los cónyuges don A. M. R. A. y doña M. C. H. G., y sus hijos, doña Carmen Elena R. H., don David R. H., doña Luz Marina R. H., don Antonio-Miguel R. H., doña Beatriz R. H., doña María José R. H. y doña Alicia R. H. constituyeron la sociedad limitada «Tej y Taz, S.L.», adjudicándose, respectivamente, las siguientes participaciones sociales: las número 1 a 67615, ambas inclusive; las número 67616 a 135228, ambas inclusive; las número 135229 a 138233, ambas inclusive; las número 138234 a 141238, ambas inclusive; las número 141239 a 144243, ambas inclusive; las número 144244 a 147248, ambas inclusive; las número 147249 a 150253, ambas inclusive; las número 150254 a 153258, ambas inclusive; y las número 153259 a 156263, ambas inclusive.

II

Mediante escritura autorizada por el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Alfonso-Manuel Cavallé Cruz, el 21 de abril de 2011, con el número 436 de protocolo, se formalizó la aceptación y adjudicación de la herencia de don A. M. R. A., fallecido el día 1 de noviembre de 2010, en la que, entre otros bienes y derechos, se inventariaron las participaciones sociales de que era titular el causante en la sociedad «Tej y Taz, S.L.», siendo privativas 30052 participaciones, números 37558 a 67609, y gananciales 75126, números 1 a 37557, 67610 a 67615, 67616 a 105172 y 135223 a 135228. Dichas participaciones fueron adjudicadas de la siguiente manera: a doña M. C. H. G., en pago de sus derechos, el usufructo de la totalidad de las participaciones inventariadas; a sus hijos don David, Beatriz, Alicia y María José R. H., la nuda propiedad de ocho novenas partes indivisas de las participaciones sociales; y a doña Carmen Elena R. H., la nuda propiedad de la novena parte indivisa restante de las referidas participaciones.

III

Mediante acta autorizada por el notario de La Laguna, don Juan Manuel Polo García, el 7 de marzo de 2013, con el número 418 de protocolo, doña Carmen Elena R. H. requirió al notario para que se constituyera en el domicilio social de «Tej y Taz, S.L.», y notificara, por un lado, a doña María del Carmen H. G, don David R. H. y doña Alicia R. H., en calidad de administradores de la sociedad, la minuta adjunta según la cual «se les requiere para que cada uno de ellos se den por notificados de que el día 14 de marzo de 2013, a

las 18.00 de la tarde, está convocada la junta general de la sociedad Tej y Taz, S.L., uno de cuyos puntos del orden del día es la disolución de la sociedad. Para que de conformidad con el artículo 100 del Reglamento del Registro Mercantil por los administradores se requiera la presencia de notario para asistir a la celebración de la junta y levantar acta de la reunión. Se informa a los administradores que de conformidad con el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital (se reproduce el referido precepto)», y por otro, a doña María del Carmen H. G., don David R. H., doña Luz Marina R. H., don Antonio-Miguel R. H., doña Beatriz R. H., doña María José R. H. y doña Alicia R. H. en su calidad de socios, la minuta también incorporada según la cual: «se le requiere para que cada uno de ellos se den por notificados de que el día 14 de marzo de 2013 a las 18.00 de la tarde está convocada la junta general de la sociedad Tej y Taz, S.L., uno de cuyos puntos del orden del día es la disolución de la sociedad. Que se den por notificados de que en escritura autorizada por el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Alfonso Cavallé Cruz, el día 21 de abril de 2011, número 436 de protocolo, pactaron lo siguiente: los adjudicatarios de participaciones de la entidad Tej y Taz S.L., que además coinciden con la totalidad de los socios, se obligan a proceder a la disolución y liquidación de la sociedad adjudicándose los inmuebles titularidad de la sociedad en común y proindiviso, en el plazo más breve posible a solicitud de cualquiera de ellos. Por la presente se les requiere para que procedan, en cumplimiento a lo pactado en la reseñada escritura, como socios de Tej y Taz S.L., a votar en sentido favorable a la disolución y liquidación de la sociedad adjudicándose los inmuebles titularidad de la sociedad en común y proindiviso».

IV

Doña María del Carmen H. G. y don David R. H., en calidad de administradores de la sociedad, comparecieron ante el referido notario don Alfonso Cavallé Cruz, el 7 de marzo de 2013, y haciendo uso de su derecho, contestaron la notificación presentada señalando «que doña Carmen Elena R. H. carece de legitimación para interesar la asistencia de notario a la junta, pues doña Carmen Elena no representa más del 5% de las participaciones ya que es titular de un 1,92% y tiene, además, una participación indivisa de 1/9 en el proindiviso, pero no le consta a la sociedad que represente a dicho proindiviso. En cuanto al requerimiento como socio, se informa a la requirente que quien responde, como socio, adoptará la decisión que entienda que mejor se ajusta al interés de la sociedad y de los socios».

V

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Tenerife, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Don CB Registradores Mercantiles de Tenerife, registrador Mercantil de Santa Cruz Tenerife 2 Merc., 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: 66/1974, f. presentación: 15/03/2013, entrada: 1/ 2013 /2.562,0, sociedad: Tej y Taz S.L., autorizante: Polo García, Juan Manuel, protocolo: 2013/418 de 07/03/2013. Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–En el acta de notificación que se acompaña, interviene doña-Carmen Elena R. H. en su propio nombre y derecho, y requiere al notario para que, entre otras cosas y por lo que aquí interesa, notifique a los administradores el contenido de la minuta de la que le hace entrega, que se protocoliza, en virtud de la cual y al amparo del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital se solicita de los administradores que requieran presencia de notario para que levante acta de la junta general a celebrar a las 18:00 horas del día 14 de marzo de 2013. Conforme citado artículo 203 LSC, el cual se transcribe en la propia minuta, el solicitante, cuando de sociedades de responsabilidad limitada se trata, debe ser titular al menos del 5% del capital social, condición que no concurre en la referida señora doña Carmen Elena R. H., que consta como titular en la escritura fundacional (copia de la cual se acompaña) de 3005 participaciones, números

135.229 al 138.233, ambas inclusive, de un total de 156.263 participaciones de un euro cada una que representan el capital social, lo que representa un 1,92 % del capital, además de una novena parte indivisa de las participaciones números 2 y 5 por adjudicación hereditaria (según copia que se acompaña a la presente de aceptación y adjudicación de herencia autorizada en esta capital por el notario don Alfonso-Manuel Cavallé Cruz el 21 de abril de 2011, número 436 de protocolo); por lo que no concurriendo en la solicitante la condición de ser titular de al menos el 5% del capital social no procede la práctica de la anotación preventiva de la solicitud del levantamiento de acta notarial que previene el artículo 104.1 RRM. 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 del cotitular del Registro. En relación a la presente calificación (...). Santa Cruz de Tenerife, a 20 de Marzo de 2013 (firma ilegible) El registrador».

VI

Contra la anterior nota de calificación, doña Carmen Elena R. H. interpone recurso en virtud de escrito de fecha 22 de marzo de 2013, en base a las siguientes alegaciones: «...Primero: Que con fecha 15 de marzo de 2013 interesé la inscripción del acta de notificación otorgado el 7 de marzo de 2013 ante el notario Juan Manuel Polo García y con número de protocolo 418/2013, en virtud de la cual se requiere al citado notario para que, entre otras cosas, notificara a los administradores para que en virtud de lo establecido en el artículo 203 LSC, requirieran la presencia de notario que levantara acta de la junta general de la empresa Tej y Taz S.L., con CIF (...) que se iba a celebrar a las 18,00 horas del día 14 de marzo de 2013. Segundo: Que con fecha 20 de marzo de 2013 se expidió, por el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife notificación de calificación negativa exponiendo que la que suscribe no es titular de al menos el 5% del capital social de la mercantil Tej y Taz, S.L. Tercero: Que estimamos que se ha producido un error material, que ha de ser subsanado; la apreciación de dicho error resulta de forma manifiesta al confrontar los documentos o escrituras públicas que se aportaron al Registro Mercantil en su día, tales como: a) Escritura de constitución de la sociedad mercantil Tej y Taz, S.L. b) Escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada por los herederos de A. M. R. A., firmada con fecha 21 de abril de 2011, ante notario D. Alfonso Manuel Cavallé Cruz. Cuarto: Que en la escritura de constitución de la sociedad con número de protocolo 2158, firmado ante el notario Juan José Esteban Beltrán, el 30 de julio de 1999, se hace constar que D^a Carmen Elena R. H. ostenta la titularidad de 3.005 participaciones (números 135.229 al 138.233, ambos inclusive) de las participaciones sociales. Que por escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia otorgada en Santa Cruz ante el notario D. Alfonso Cavallé Cruz el 21 de abril de 2011, con número de protocolo 436, se hace constar que D^a Carmen Elena R. H. ostenta la titularidad de 1/9 parte indivisa de las participaciones sociales inventariadas con los números 2 y 5 del inventario (...): Como número 2 del inventario de bienes que integran en patrimonio del causante y que constan en el apartado III) del citado documento notarial, consta (...) 30.052 participaciones sociales (números 37.558 al 67.609, ambos inclusive), de la entidad Tejytaz SL. Como número 5 del inventario de bienes consta 37.563 participaciones sociales (números 1 al 37.557, ambas inclusive y 67.610 a 67.615, ambas inclusive), y 37.563 participaciones sociales (números 67.616 al 105.172, ambas inclusive, y 135.223 al 135.228, ambas inclusive) de la misma entidad Tejytaz SL. Por todo ello, y procediendo a la suma de las participaciones sociales, las que ya tenía suscritas cuando se constituye la mercantil Tej y Taz S.L., esto es, 3.005 participaciones, más la parte que ostenta: en el proindiviso de la aceptación y adjudicación de herencia, esto es una novena parte de 105.172 participaciones, es decir, 11.686 participaciones, suman un total de 14.691 participaciones sociales. El capital social es de 156.263 euros dividido en 156.263 participaciones, tal y como consta en el documento notarial de constitución (el capital social no ha sufrido modificación alguna desde la fecha de su constitución) por lo que el porcentaje de mi participación en el capital social es de 9,40 %, lo que constituye al menos el 5% del capital social necesario para solicitar y requerir la presencia de notario en la junta tal y como

preceptúa el art. 203 de la LSC. Entendemos que la susceptibilidad de confusión y error no puede ser motivo para denegar la inscripción del documento público que se pretende registrar con número de protocolo 418/2013 de fecha 7 de marzo de 2013 otorgado ante el notario D. Juan Manuel Polo García. Por todo ello, solicito: de la Dirección General de los Registros y Notariado: Que una vez recibido expediente del Registro Mercantil de S/C de Tenerife, resuelva sobre el presente recurso, estimándolo, así como aclarando el contenido del art. 132 del Reglamento del Registro Mercantil e instando la práctica de la inscripción del acto solicitado, por proceder así con arreglo a la Ley y Justicia que se piden, en S/C de Tenerife a 22 de marzo de 2013».

VII

El registrador emitió informe el día 10 de abril de 2013 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 20, 90 y 126 a 128 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 104 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, 185/2010 de 16 junio; y las Resoluciones de esta Dirección General de 17 de marzo de 1986, 4 de junio de 1999 y 8 de junio de 2011.

1. Se debate en este recurso la posibilidad de practicar la anotación preventiva prevista en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, al amparo de una solicitud realizada por una socia que alega reunir el mínimo legal exigido del cinco por ciento del capital social.

La cuestión radica en determinar si cumple con esa condición de ser titular del cinco por ciento del capital social, toda vez que de los antecedentes resulta que acredita ser plena titular dominical de participaciones (en concreto 3.005) que representan un porcentaje del 1,92 por ciento, y ser titular de una cuota indivisa de una novena parte de otro lote de participaciones (compuesto de 105.178 cuotas sociales). La recurrente alega que supera ese porcentaje exigido legalmente pues a la cuota que le corresponde con carácter individual de 1,92 por ciento del capital social añade el resultado de transformar en número entero el quebrado que expresa la cuota indivisa que le corresponde en régimen de cotitularidad sobre otras participaciones sociales (1/9 de 105.178), es decir, le añade el cociente de dividir el número de participaciones en situación de proindivisión por el divisor que representa su participación indivisa.

2. En caso de copropiedad o, en general, en todos los supuestos de cotitularidad de derechos sobre acciones o participaciones, el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital establece la regla imperativa según la cual los cotitulares «habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición». La finalidad de esta norma es procurar, en favor de la sociedad, obtener claridad y sencillez en el ejercicio de los derechos de socio. En sentido técnico, la designación del representante común es una carga impuesta por la Ley a los cotitulares y funciona como requisito de legitimación para el ejercicio de los derechos corporativos incorporados a las acciones o participaciones que se tienen en cotitularidad. Dicha carga está establecida en interés exclusivo de la sociedad de tal manera que la propia sociedad puede, si le conviene y a su riesgo, reconocer como válido el ejercicio de un derecho corporativo por uno solo de los cotitulares en beneficio de todos ellos. Fuera de estos casos, la sociedad puede, en principio, resistir el ejercicio de derechos por persona distinta de la designada como representante único de los cotitulares. Resulta no obstante obvio señalar que la sociedad no puede oponerse al ejercicio de los derechos cuando éstos son consentidos por la unanimidad de los cotitulares: como resulta de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 marzo de 1995, 22 marzo 2000, 23 de enero y 26 enero de 2009 en materia de nombramiento de auditores a petición de la minoría.

3. La designación del (único) representante común procederá de acuerdo con las normas, legales o convencionales, aplicables a cada comunidad y en atención a la naturaleza de ésta. La naturaleza voluntaria de la representación no obsta para que cuando, en virtud de norma jurídica o de decisión judicial los cotitulares de una participación tengan un representante legal común, la sociedad deba reputar por cumplido lo que exige el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. Es doctrina consolidada de esta Dirección General y establecida en numerosas Resoluciones dictadas a propósito de la solicitud de designación de auditor por el socio minoritario titular del cinco por ciento del capital social ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital (viejo artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas), que, en caso de que resultare acreditado el carácter de ganancial de las acciones o participaciones, la sociedad deberá reconocer el ejercicio del derecho por cualquiera de los cónyuges sin necesidad del consentimiento del otro: vid. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 julio de 2002, 20 enero, 28 de septiembre y 23 de noviembre de 2004, 26 de enero de 2007, 11 de mayo de 2010, 27 abril de 2011 y 29 febrero y 28 de marzo de 2012. Hasta que la sociedad de gananciales no se liquide con adjudicación de las participaciones que correspondieran a favor de quien fuera o hubiera sido cónyuge o cónyuges, el ejercicio de los derechos de gestión y buena administración que redundan en beneficio de los cotitulares corresponde sin distinción a cualquiera de los cónyuges sin necesidad del consentimiento del otro en aplicación de lo establecido en los artículos 1.375 y siguientes del Código Civil y, muy en particular, lo previsto en los artículos 1382 y 1386 del Código Civil sobre la realización de actos de «administración ordinaria» y «urgentes pero necesarios» por un solo cónyuge sin necesidad del consentimiento del otro. Hasta en tanto no proceda la liquidación del régimen, mientras subsista la cotitularidad inherente al régimen de postgananciales (por la presencia de una causa de disolución del régimen económico, por ejemplo, la separación o divorcio) existe una situación de cotitularidad sobre acciones o participaciones de discutida naturaleza jurídica pero que, en cuanto más afín a la comunidad germánica o sin designación de cuotas, es radicalmente diferente a la de la comunidad ordinaria o por cuotas de los artículos 392 y siguientes del Código Civil. La misma doctrina se sienta por este Centro Directivo en materia de comunidad hereditaria, yacente la herencia y hasta la partición, sobre acciones o participaciones. Acreditada la condición de heredero, cualquiera de los llamados puede solicitar la designación de auditor ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 febrero de 2004, 30 mayo de 2007 y 25 de septiembre de 2008 por solo citar las más recientes asimismo en materia de designación de auditores. Existe también aquí una comunidad germánica o en mano común, en la que en ningún caso está vedada por Ley la administración o gestión de los mismos por uno de los coherederos llamados en interés del conjunto. El albacea testamentario designado por el causante es el representante natural ex artículos 892, 898, 901 y 906 del Código Civil en relación con lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

4. Muy diferente a los casos anteriormente examinados de comunidades germánicas es la comunidad romana o por cuotas de los artículos 392 al 406 y 1522 del Código Civil. La designación del representante común ex artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital procederá de acuerdo con las normas previstas para la comunidad ordinaria. A la vista de lo que dice el artículo 398.1 del Código Civil, no existiendo regla pactada voluntariamente en contrario, será necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes. Se trata de una mayoría de cuotas o intereses, no de personas (argumento ex artículo 398.2 del Código Civil). Si no resultare mayoría o el acuerdo de ésta fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el juez puede proveer a la designación de representante único frente a la sociedad ex artículo 398.3 del Código Civil en relación con lo previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad puede resistir el ejercicio del derecho de solicitud de nombramiento de auditor por un copropietario que no sea el representante único designado por todos los partícipes: así lo tiene declarado este Centro Directivo en Resoluciones de 19 y 20 de abril de 1994, 15 de

septiembre de 2006, 8 de junio de 2007. Esto mismo cabe decir en el supuesto de solicitud de levantamiento de acta notarial que previene el artículo 104.1 del Reglamento del Registro Mercantil objeto de este recurso.

5. No puede en consecuencia considerarse a la recurrente como cotitular de participaciones que representan el cinco por ciento del capital social. Y al no acreditar su carácter de representante de los copropietarios del lote de participaciones poseídas en común, merced a la atribución indivisa en el título particional que se indica en los antecedentes, es dable concluir que no ostenta suficiente legitimación para ejercer el derecho social de exigir de los administradores que soliciten la presencia de un notario para que autorice el acta notarial de la junta (cfr. artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital) ni para demandar la práctica de la correspondiente anotación preventiva, facultad que la legislación registral aplicable (artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil) hace depender de que aquella petición hubiese sido cursada «por la minoría prevista por la Ley».

Por ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

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 y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 13 de junio de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.