

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5421 *Resolución de 25 de abril de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Palma de Mallorca a inscribir la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don José Areitio Arberas, notario de Marratxí, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Palma de Mallorca, don Joaquín Cortes Sánchez, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por don José Areitio Arberas, notario de Marratxí, el día 13 de diciembre de 2016, con el número 522 de protocolo, se constituyó la sociedad «Terminadoent, S.L.», con las siguientes circunstancias: a) se indica que cada uno de los fundadores, si bien por un valor diferente, aportan: «(...) el derecho por las obras de instalación realizadas en las fincas (...), propiedad de (...), por un valor de (...), adjudicándosele (...) participaciones sociales»; b) el artículo tercero de los estatutos dispone que la sociedad comienza sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura fundacional «salvo que en ella se disponga otra cosa»; c) en el artículo 20 de los estatutos sociales, se regula la emisión del voto en las juntas generales, bien por medios físicos o telemáticos, y en su apartado tercero se expresa lo siguiente: «También será válido el voto ejercitado por el socio por medio de escrito con firma legitimada, o por medio de documento remitido telemáticamente con su firma electrónica. No obstante, la Junta podrá aceptar dichos medios aun sin legitimación de firma ni firma electrónica. En ambos casos, el voto deberá de recibirse por la sociedad con un mínimo de 24 horas de antelación a la hora fijada para el comienzo de la junta», y en el párrafo 7 del artículo 27, relativo a las sesiones del consejo de administración se indica lo siguiente: «(...) También será válido el voto ejercitado por el consejero por medio de escrito con firma legitimada, o por medio de documento remitido telemáticamente con su firma electrónica. No obstante, el Consejo podrá aceptar dichos medios aun sin legitimación de firma ni firma electrónica», y d) el artículo 24, titulado «modos de organizar la administración», comienza así: «Por acuerdo unánime de todos los socios en el otorgamiento de la escritura fundacional o, posteriormente, por acuerdo de la Junta General la sociedad podrá optar alternativamente por cualquiera de las siguientes modalidades de órgano de administración: (...)».

II

El día 13 de diciembre de 2016 se presentó dicho título en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, y fue objeto de la calificación negativa que, a continuación, se transcribe: «El registrador Mercantil que suscribe, 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: Diario/Asiento: 229/11748 F. presentación: 13/12/2016 Entrada: 1/2016/15.710,0 Sociedad: Terminadoent SL Hoja: Autorizante: Areitio Arberas, José Protocolo: 2016/522 de 13/12/2016 Fundamentos de Derecho: 1.–De conformidad con lo previsto en el artículo 63 del RDL 1/2010, deberían describirse con más detalle las aportaciones dinerarias realizadas por los socios; Parece

evidente que dicha exigencia deberá de acomodarse a las circunstancias de cada caso y la naturaleza de los bienes aportados, pero lo que está claro es que, en este caso concreto, la descripción realizada deja muy indeterminada la aportación realizada, ya que en ningún caso describe de manera detallada en qué consisten dichos derechos. 2.—En relación con el artículo 3.º de los estatutos sociales: No cabe la expresión «... salvo que en ella se disponga otra cosa», ya que de la redacción del artículo 24 LSC, debe ser el artículo estatutario el que determine una fecha de inicio diferente a la del otorgamiento de la escritura. 3.—En relación al Artículo 20.º de los estatutos sociales, punto 3: De conformidad con lo dispuesto en el art. 189.2 y, por analogía, en el art. 522 -sic-, ambos de la LSC, en el caso de emisión de voto por cualquier medio de comunicación a distancia, se podrá efectuar «siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejercite su derecho a voto», por lo que no cabe admitir el párrafo: «No obstante la junta podrá aceptar dichos medios aun sin legitimación de firma ni firma electrónica».—También por analogía, deberá rectificarse en el mismo sentido el artículo 27, punto 7, en cuyo párrafo final se establece idéntica mención, esta vez en relación al consejo de administración. 4.—En relación al artículo 24.º: Debería suprimirse la expresión: «Por acuerdo unánime de todos los socios en el otorgamiento de la escritura fundacional o, posteriormente», por cuanto dicha disposición se extingue en el momento mismo del otorgamiento de la escritura de constitución, por lo que no debe formar parte de los estatutos que rigen la vida de la sociedad en el tiempo de su duración. En relación con la presente calificación: (...) Palma de Mallorca, veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis».

III

Contra la anterior nota de calificación, el notario autorizante, don José Areitio Arberas, interpuso recurso el día 30 de enero de 2017 mediante escrito en el que alega los siguientes fundamentos de Derecho: «(...) Defecto Primero.—Entiendo que la descripción basta para régimen de responsabilidad por la realidad y valoración de los bienes aportados que establece el artículo 73 LSC y al que obedece el artículo 63 LSC (Resoluciones de 7 de junio 2016, 19 de julio 2013, 21 de junio 2012 y otras que también cita la primera). Defecto Segundo.—No existe incompatibilidad entre el artículo 24 LSC y el artículo 3.º de los estatutos sociales; la redacción abierta propuesta es la corriente en los supuestos de fundación sucesiva por exigencias del contenido del programa fundacional y de mayorías en la Junta Constituyente. Defecto Tercero.—El artículo 20 de los estatutos se refiere al «voto a distancia anticipado en las Juntas Generales de socios»; distintamente el artículo 189 LSC trata de las «especialidades en el ejercicio de los derechos de asistencia y voto en las SA». Además, ¿por qué no va a estar «garantizado debidamente» si lo está a juicio de la Junta General? El artículo 522 trata de la «representación del accionista en la Junta General» en las sociedades anónimas cotizadas que es algo distinto, Además, ¿por qué no bastaría que los requisitos formales sean necesarios y proporcionados a juicio de la Junta General? En cuanto a la referencia de la calificación a la ilegalidad del artículo 27/7.º que trata del «voto a distancia anticipado» en el Consejo de Administración, la misma crítica, cambiando lo que se deba cambiar. Defecto Cuarto.—En cuanto a la redacción del artículo 24 de los estatutos sociales, entiendo perfectamente legal con un contenido explicativo y abierto adaptado a cualquier modo de constitución (...).».

IV

Mediante escrito, de fecha 2 de febrero de 2017, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 15 y 18 del Código de Comercio; 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 24, 58, 59, 63, 183, 189, 210.3, 521 y 522 de la Ley de Sociedades de Capital; 190 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de

los Registros y del Notariado de 19 de diciembre de 2012, 19 de diciembre de 2016 y 3 de enero de 2017.

1. Según el primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, el registrador rechaza la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad -mediante fundación simultánea- porque el objeto de aportación es «(...) el derecho por las obras de instalación realizadas en las fincas (...) propiedad de (...)». A su juicio, conforme al artículo 63 de la Ley de Sociedades de Capital, deben describirse con más detalle las aportaciones dinerarias realizadas por los socios, pues no se especifica en qué consisten dichos derechos.

El defecto debe ser confirmado.

En aras del principio de realidad del capital social se establece que en las sociedades de capital será nula la creación de participaciones sociales que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad (artículo 59.1 de la Ley de Sociedades de Capital), y sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, no pudiendo serlo en ningún caso el trabajo o los servicios (artículo 58 de la misma Ley). Y el artículo 63 de la Ley de Sociedades de Capital establece que en la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento del capital social deberán describirse las aportaciones no dinerarias con sus datos registrales si existieran, la valoración en euros que se les atribuya, así como la numeración de las acciones o participaciones atribuidas. Por último, el artículo 190 del Reglamento del Registro Mercantil exige respecto de las aportaciones no dinerarias que se describan en la escritura los bienes o derechos objeto de la aportación, con sus datos registrales si existieran, el título o concepto de la aportación, la valoración que se le atribuya, así como la numeración de las participaciones asignadas en pago.

Es evidente que en la escritura calificada no se especifica debidamente en qué consisten esos derechos que se aportan.

2. Debe también confirmarse el segundo de los defectos objeto del recurso, que se refiere a la cláusula estatutaria por la que se dispone que la sociedad comienza sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura fundacional «salvo que en ella se disponga otra cosa».

El artículo 24.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece claramente que «salvo disposición contraria de los estatutos, las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución». Por ello, han de ser precisamente los estatutos los que determinen una fecha de inicio diferente a la del otorgamiento de la escritura.

3. El tercero de los defectos expresados en la calificación impugnada es el relativo a dos preceptos estatutarios. En concreto, en el artículo 20 de los estatutos sociales, se regula la emisión del voto en las juntas generales, bien por medios físicos o telemáticos, y en su apartado tercero se expresa lo siguiente: «(...) También será válido el voto ejercitado por el socio por medio de escrito con firma legitimada, o por medio de documento remitido telemáticamente con su firma electrónica. No obstante, la Junta podrá aceptar dichos medios aun sin legitimación de firma ni firma electrónica (...)». Y en el párrafo 7 del artículo 27, relativo a las sesiones del consejo de administración, se indica lo siguiente: «(...) También será válido el voto ejercitado por el consejero por medio de escrito con firma legitimada, o por medio de documento remitido telemáticamente con su firma electrónica. No obstante, el Consejo podrá aceptar dichos medios aun sin legitimación de firma ni firma electrónica».

El registrador considera que, conforme al artículo 189.2 de la Ley de Sociedades de Capital y por analogía con el artículo 522 de la misma, la emisión de voto por cualquier medio de comunicación a distancia se podrá efectuar siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejercite su derecho a voto, por lo que no cabe admitir el párrafo según el cual «no obstante, la Junta podrá aceptar dichos medios aun sin legitimación de firma ni firma electrónica».

El recurrente alega que en tales casos la identidad del sujeto que ejercite su derecho a voto está garantizada debidamente por considerarlo así la junta general, sin que sea

aplicable analógicamente el artículo 522 de la Ley de Sociedades de Capital, que trata de la representación del accionista en la junta general en las sociedades anónimas cotizadas, que es algo distinto. Idénticas apreciaciones formula respecto de la disposición estatutaria que trata del «voto a distancia anticipado» en el consejo de administración.

Sobre estas cuestiones, debe recordarse que este Centro Directivo, en Resolución de 19 de diciembre de 2012, estimó válida la asistencia y votación telemática de los socios en la junta general, pues aunque el artículo 182 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere únicamente a la sociedad anónima, ello no debe llevar a entenderla prohibida en las sociedades de responsabilidad limitada, que ha de ser admitida siempre y cuando se asegure que los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre y en la medida en que los socios puedan intervenir, pues no ofrece menores garantías de autenticidad que la asistencia física; por el contrario, es un medio más de que disponen los socios para regular cuestiones no contrarias a normas imperativas o prohibitivas, posibilitando a socios con domicilios lejanos al domicilio social, incluso en el extranjero, tener un conocimiento directo del modo en que transcurre la celebración de la junta, sin necesidad de costosos desplazamientos o el nombramiento de representantes en personas que, en ocasiones, resulta difícil que sean idóneas, lo cual puede ser especialmente relevante en sociedades con pocos socios, residentes en lugares dispersos. Y lo mismo cabe entender respecto del ejercicio del derecho de voto en los términos del artículo 189 de la Ley de Sociedades de Capital, razón por la que se estimó válida la cláusula estatutaria que posibilite la asistencia a la junta por medios telemáticos, incluida la videoconferencia, siempre que garanticen debidamente la identidad del sujeto, expresándose en la convocatoria los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios, que permitan el ordenado desarrollo de la junta, debiendo a tal efecto determinar los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos de quienes tengan intención de intervenir por medios telemáticos se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de constitución de la junta. Como también entendió que la expresión contenida en el artículo 183 de la Ley de Sociedades de Capital (en las sociedades de responsabilidad limitada la representación ha de constar por escrito), no excluye otras formas de constancia y prueba de que la representación ha sido otorgada, como pueden ser los medios telemáticos o incluso audiovisuales, siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba.

Por lo que se refiere a la cita de preceptos legales que se realiza en la calificación, debe tenerse en cuenta que el artículo 189 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere a las especialidades en el ejercicio de los derechos de asistencia y voto en sociedades anónimas; y por lo que se refiere a los artículos 521 y 522 del mismo texto legal (ambos en sede de sociedades cotizadas), que el primero trata de la «participación a distancia» (voto incluido, por tanto), y el 522 a la representación del accionista en la junta general. Por ello, el precepto que podría traerse a colación en sentido discursivo sería el artículo 521 y no el 522, que se ocupa de la representación y no del voto a distancia o anticipado. Hecha esta aclaración, debe ponerse de relieve que el citado artículo 521 lo único que exige es que se garantice la identidad del sujeto que vota, sin predeterminedar la forma en que se consiga, algo relevante en el presente caso pues el precepto estatutario que a continuación se analiza sí que contempla una mínima cautela al efecto.

Lo que en este expediente se enjuicia es la posibilidad estatutaria de que la junta pueda aceptar dichos medios aun sin legitimación de firma ni firma electrónica. Y en cuanto a tal extremo, sería excesivo vedar a los fundadores que formulan los estatutos sociales la posibilidad de regularlo de una forma basada en la soberanía o libre actuación de la junta general ante una cuestión futura, limitando de este modo la libertad dispositiva de los fundadores al instituir las reglas de funcionamiento social en unos estatutos en los que, por lo demás, se ha añadido la prevención (inciso final del apartado cuestionado, por lo que se refiere a la junta general) de que, en tales casos, el voto habría de recibirse por la sociedad con un mínimo de 24 horas de antelación a la hora fijada para el comienzo de la junta (artículo 20), algo que sin duda permitiría, llegado el caso, poder desplegar medidas de prudente control con una antelación suficiente, tanto por parte de la junta como también

por el órgano de administración (por ejemplo, en casos en los que la sociedad tenga habilitado en la web corporativa accesos restringidos para los socios, o para los administradores, con la consiguiente razonable seguridad que ello comportaría respecto de las comunicaciones recibidas). Por ello se considera excesivo limitar «ex ante» el ámbito de actuación de tales órganos prefijando de forma inexorable cómo pueden realizar es control. Esa prevención no se reproduce en el cuestionado precepto estatutario referido al consejo de administración, si bien es indudable que, en este último caso, las prevenciones y cautelas estatutarias no se antojan tan rigurosas como en el caso de la junta, pues se trata de un órgano que puede ser reducido en cuanto al número de sus integrantes y en el que es más fácil que los llamados a hacerlo puedan desplegar medidas de prevención y de control con mayor facilidad en este caso (cabe traer a colación nuevamente posibilidades tales como zonas de acceso restringido a socios y administradores en la web corporativa), por lo que es perfectamente razonable que aquí no se trasladen, sin más, esas prevenciones o cautelas ya instituidas respecto de la junta general. Por todo ello el defecto ha de ser necesariamente revocado.

4. El último de los defectos invocados por el registrador se refiere al artículo 24 de los estatutos sociales, sobre «modos de organizar la administración» y que comienza así: «Por acuerdo unánime de todos los socios en el otorgamiento de la escritura fundacional o, posteriormente, por acuerdo de la Junta General la sociedad podrá optar alternativamente por cualquiera de las siguientes modalidades de órgano de administración: (...)».

A juicio del registrador «dicha disposición se extingue en el momento mismo del otorgamiento de la escritura de constitución, por lo que no debe formar parte de los estatutos que rigen la vida de la sociedad en el tiempo de su duración». Y el recurrente alega que tal disposición es perfectamente legal, con un contenido explicativo y abierto adaptado a cualquier modo de constitución.

Si se tiene en cuenta que, conforme el artículo 210.3 de la Ley de Sociedades de Capital, en la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria, la objeción expresada en la nota impugnada carece de relevancia y aun de fundamento, toda vez que ningún obstáculo puede verse en que esa disposición estatutaria inicial no haga sino respaldar en ese primer momento de la fundación de la sociedad la determinación del sistema concreto de administración por los socios fundadores aun cuando aquella quede agotada respecto de otras determinaciones futuras. Por ello, tal defecto debe ser revocado.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, revocando los defectos tercero y cuarto de la nota impugnada, y confirmar los dos primeros defectos en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

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, 25 de abril de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.