

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3793 *Resolución de 12 de marzo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de La Rioja a inscribir una escritura de aumento de capital social, ampliación de objeto y cambio de estatutos de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don J. M. M. S., como administrador y socio único de la sociedad «Netsite Consulting, S.L.U.», contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez Bernal, a inscribir una escritura de aumento de capital social, ampliación de objeto y cambio de estatutos de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Logroño, don Gonzalo Sánchez Casas, el día 26 de septiembre de 2014, con el número 70 de protocolo, se formalizó aumento de capital social, ampliación de objeto y cambio de estatutos de la sociedad «Netsite Consulting, S.L.U.», compareciendo en nombre de la misma su administrador único, quien indicaba que, por decisión del socio único, se adoptaban las siguientes modificaciones estatutarias: aumento de capital, ampliación del objeto social y modificación del sistema de retribución del cargo de administrador, y que ello resultaba de certificación expedida por el compareciente como administrador único de la sociedad. En dicha certificación consta el contenido del acta de decisiones del socio único adoptadas el día 18 de septiembre de 2014.

En la parte dispositiva de la escritura el compareciente, «en ejecución de sus propias decisiones», declaró aumentado el capital social, ampliado el objeto social (con la consiguiente modificación estatutaria respecto de tales extremos) y, por último, asimismo modificado el sistema de retribución del cargo de administrador, por lo que el artículo 15 de los estatutos sociales queda redactado de la siguiente forma: «Art. 15.º–Retribución del administrador. 1.º–El cargo de administrador será retribuido y consistirá en una cantidad dineraria, que resultará de la cantidad más alta de entre el del dos por ciento (2%) sobre el resultado de la sociedad después de impuestos del ejercicio anterior o la cantidad de mil euros (1.000,00 euros) anuales para cada uno de los administradores. 2.º–Los miembros del órgano de administración, además de ejercer las funciones propias de éste, podrán desempeñar en la propia entidad cualquier empleo contemplado en la legislación laboral, percibiendo por su trabajo en la misma; la contraprestación que comprende en calidad de trabajadores y según su categoría, todos ellos valorados según valor de mercado. Dicha retribución será independiente de la función de administrador».

II

Se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de La Rioja, y fue objeto de la calificación negativa que a continuación se transcribe únicamente respecto de los defectos objeto de impugnación: «Doña María Celia Meneses Martínez Bernal, Registradora Mercantil de La Rioja, 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 conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 38/2470 F. Presentación: 10/10/2014. Entrada: 1/2014/3.200,0 Sociedad: Netsite Consulting, Sociedad Limitada. Autorizante:

Sánchez Casas, Gonzalo. Protocolo: 2014/70 de 26/09/2014. Fundamentos de Derecho (defectos): 1.–(...) 2.–Artículos 15, 202 y 285.1 de la Ley de Sociedades de Capital, artículos 107, 164 y 197 del Reglamento del Registro Mercantil.–La nueva redacción de los estatutos sociales dada como consecuencia de la ampliación del capital, de la ampliación del objeto social y del cambio en el sistema de retribución de los administradores debe constar en la certificación del acta de la junta que recoge las decisiones tomadas por el socio único que se eleva a público, puesto que la modificación de los estatutos sociales es competencia de la junta general y estos deben ser elevados a público, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.–Artículos 217 y 218 de la Ley de Sociedades de Capital, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de marzo de 2013 («BOE» de 11 de abril de 2013).–No es admisible la forma de retribución elegida puesto que el sistema de retribución del órgano de administración puede ser acumulativo, pero no alternativo, y en el presente supuesto, se alternaría una cantidad fija (mil euros) con una participación en beneficios (el dos por ciento), dependiendo del resultado obtenido por la sociedad tras impuestos, que daría lugar a una retribución incluso aunque la sociedad obtuviese unos resultados negativos; por tanto o se establece que serán retribuidos mediante una participación en beneficios o se establece que la retribución sea fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general, o se acumulan ambas formas de retribución. En relación con la presente calificación: (...) Logroño, a 29 de octubre de 2014 (firma ilegible). La Registradora».

Habiendo resultado infructuosa una primera notificación de la calificación al presentante el día 4 de noviembre de 2014, le fue posteriormente notificada el día 5 de diciembre de 2014.

III

Mediante escrito presentado en el Registro Mercantil de La Rioja el día 17 de diciembre de 2014, don J. M. M. S., como administrador y socio único de la sociedad «Netsite Consulting, S.L.U.», interpuso recurso contra la calificación en el que alega lo siguiente: Primero.–Respecto del fundamento de Derecho 2 de la calificación no se está conforme por las siguientes razones: a) En esta sociedad no hay «junta general» sino socio único, y sus decisiones ya fueron consignadas en acta y han sido ejecutadas y formalizadas por el mismo socio único y, a su vez, administrador único, como resulta de la disposición primera de la escritura donde dice «el señor compareciente, en ejecución de sus propias decisiones»; b) La nueva redacción de los estatutos se ha dado por el socio-administrador único respetando la literalidad del acta, sin que haya ninguna discrepancia entre el acta y la redacción nueva de los estatutos, por lo que se ha limitado a formalizar y, además (como permite el artículo 15.2 de la Ley de Sociedades de Capital), «ejecutar» en la escritura una decisión ya tomada y en los mismos términos que fue tomada y consignada en el acta; c) Aunque no respetara la literalidad del acta, las decisiones del socio único tomadas en la propia escritura pública directamente no precisan ser elevadas a público (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de enero de 1993), sin perjuicio de que su contenido se lleve posteriormente al libro de actas de la sociedad; d) El acta no es requisito constitutivo para la validez de las decisiones del socio, sino que caben actas a posteriori, y así reconoce el artículo 97.2 del Reglamento del Registro Mercantil la posibilidad de la «transcripción» posterior, y e) El administrador se entiende facultado por el mismo acuerdo de junta para dar nueva redacción a los estatutos en los aumentos de capital, según artículo 313 de la Ley de Sociedades de Capital, y Segundo.–En el fundamento de Derecho 3 de la nota se pretende que el sistema de retribución elegido es «alternativo». El error de la nota de calificación es patente, porque no hay retribución alternativa sino que, como dice literalmente el artículo de los estatutos, «... resultará de la cantidad más alta de entre...», y establece dos posibilidades; de manera que la junta no podrá optar entre un sistema u otro de retribución, sino que debe retribuirse al administrador obligatoriamente por el sistema del que resulte una cantidad dineraria más alta.

IV

Mediante escrito, de fecha 23 de diciembre de 2014, la registradora elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo. En dicho informe manifiesta que se dio traslado del recurso al notario autorizante, sin que se haya recibido alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 15, 23.e), 28, 202, 217, 218, 285.1 y 313 de la Ley de Sociedades de Capital; 97, 103.2, 107, 108.1, 109.3, 164, 185.4 y 197 del Reglamento del Registro Mercantil; 148 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de noviembre de 1956; 18 y 20 de febrero, 20 y 25 de marzo, 26 de julio y 4 de octubre de 1991; 17 de febrero de 1992; 5 de enero, 23 de febrero y 3 de mayo de 1993; 7 de mayo de 1997; 19 de febrero y 15 y 18 de octubre de 1998; 15, 18 y 21 de septiembre de 1999; 15 de abril de 2000; 19 de marzo y 30 de mayo de 2001; 12 de abril de 2002; 12 de noviembre de 2003; 1 de junio de 2005; 7 de abril y 4 de junio de 2011; 16 de febrero, 7 de marzo, 5 de abril y 18 de junio de 2013; 25 de febrero, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014, y 19 de febrero de 2015.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se formaliza el aumento de capital social, ampliación de objeto y modificación del sistema de retribución del cargo de administrador. Dicho título es otorgado por quien es administrador único y también socio único. Aunque expresa que interviene en su condición de administrador, añade que tales modificaciones estatutarias se adoptan por decisiones del socio único (en los términos que se expresan tanto en la escritura –en la que consta claramente que dicho señor es el socio único que ha tomado tales decisiones– como en la certificación expedida por el propio compareciente como administrador único) y, en la parte dispositiva, declara realizados tales actos y la correspondiente modificación de los estatutos, con la nueva redacción de los artículos afectados, «en ejecución de sus propias decisiones».

2. Según el primero de los defectos impugnados, la registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, «la nueva redacción de los estatutos sociales dada como consecuencia de la ampliación del capital, de la ampliación del objeto social y del cambio en el sistema de retribución de los administradores debe constar en la certificación del acta de la junta que recoge las decisiones tomadas por el socio único que se eleva a público, puesto que la modificación de los estatutos sociales es competencia de la junta general y estos deben ser elevados a público, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil».

Ciertamente, la reunión de todas las participaciones sociales en una sola mano no puede dispensar de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad y, en particular, de las que disciplinan su organización interna, razón por la cual la sociedad unipersonal ha de contar con los órganos previstos en la Ley y observar los preceptos procedimentales y formales relativos a la toma de decisiones, salvo los que tengan carácter dispositivo (cfr. la Resolución de 4 de junio de 2011, según la cual la junta general, aun constituida por el socio único, no tiene capacidad para otorgar un poder, por ser su otorgamiento competencia del órgano de administración –que, por lo demás, en tal caso estaba integrado por personas distintas del socio único–).

El artículo 15 de la Ley de Sociedades de Capital establece que en la sociedad unipersonal el socio único ejercerá las competencias de la junta general, y que las decisiones del mismo se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad. Y, conforme a dicha norma legal, el Reglamento del Registro Mercantil reconoce como titulares de la facultad certificante y la de elevación a público de las decisiones del socio único consignadas en acta no sólo a los administradores de la sociedad sino también al propio socio único (cfr. artículos 97.2, 108.1, párrafo segundo, y 109.3 del citado texto reglamentario).

Respecto de la modificación de los estatutos para hacer constar la nueva cifra del capital social, el artículo 313 de la Ley de Sociedades de Capital establece que, una vez ejecutado el acuerdo de aumento del capital, los administradores deben dar nueva redacción a la disposición estatutaria afectada, a cuyo efecto se entenderán facultados por el acuerdo de aumento.

En todo caso, debe tenerse en cuenta, como expresó esta Dirección General en Resolución de 7 de abril de 2011: «a) Que el Acta no constituye la forma "ad substantiam" de las declaraciones de los socios ni de los acuerdos sociales sino que preserva una declaración ya formada, de modo que mediante la constatación de los hechos –consistentes o no en declaraciones– garantice fundamentalmente el interés de todos aquéllos a quienes pueda afectar tales acuerdos y en especial el de los socios disidentes y ausentes; b) Que si lo que se eleva a público es el acuerdo social y para ello puede tomarse como base la certificación de los mismos, no existe inconveniente para que el título inscribible sea una escritura en la cual quien tenga facultades suficientes para ello certifique sobre tales acuerdos en el cuerpo de la escritura sin que sea necesaria una certificación en documento unido a dicho título público; y c) Que, según la doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, la Resolución de 3 de mayo de 1993) las especificaciones formales relativas a las circunstancias y requisitos establecidos en el artículo 97.1 y demás concordantes del Reglamento del Registro Mercantil para protección de los intereses de los socios ausentes y disidentes carecerían de sentido en los casos en que los acuerdos sean adoptados unánimemente por los dos únicos socios que sean además los administradores de la sociedad. Por tanto si la escritura otorgada expresa los requisitos que necesariamente debe contener la inscripción solicitada y cumple las exigencias establecidas por la legislación notarial para la validez formal del instrumento público, ha de concluirse que no existiría inadecuación de la forma documental por el hecho de que los acuerdos adoptados en Junta por los dos únicos socios y administradores de la sociedad se otorgaran directamente ante Notario, ni sería necesario que el proceso de formación de tales acuerdos (que aparece simplificado en tanto en cuanto por la unificación de las voluntades concordes de ambos socios se transforman éstas en voluntad social) quede reflejado en una previa Acta –notarial o no notarial– de la Junta que luego hubiera de servir de base de la correspondiente elevación a escritura pública, máxime si se tiene presente que la función de garantía que se atribuye a la constatación de los acuerdos sociales mediante acta de la Junta queda cumplida (y con mayores garantías de autenticidad y legalidad) por el otorgamiento directo ante el Notario; todo ello sin perjuicio de la obligación de trasladar dichos acuerdos a los libros de actas de la sociedad (vid. artículo 103.2 del Reglamento del Registro Mercantil)».

Estas últimas consideraciones son aplicables a los supuestos como el presente, de decisiones tomadas por el único socio que es, además, administrador único. Ciertamente, aunque una buena técnica documental (cfr. artículo 148 del Reglamento Notarial) exigiría haber empleado un mayor rigor en la redacción de la escritura, evitando imprecisiones en la expresión del concepto en que interviene el compareciente, las mismas, dado que éste es a la vez administrador y único socio y puede formalizar directamente las decisiones en la escritura, no han de vedar su acceso al Registro, pues el criterio contrario conduciría a formalismo que en este caso no añadiría garantía sustancial alguna a tales decisiones y a su reflejo tabular (algo en suma beneficioso para la seguridad del tráfico mercantil, pues no lesionan ningún interés legítimo). Por ello, el citado defecto debe ser revocado.

3. Según el segundo de los defectos objeto del recurso, considera la registradora que «no es admisible la forma de retribución elegida puesto que el sistema de retribución del órgano de administración puede ser cumulativo, pero no alternativo, y en el presente supuesto, se alternaría una cantidad fija (mil euros) con una participación en beneficios (el dos por ciento), dependiendo del resultado obtenido por la sociedad tras impuestos, que daría lugar a una retribución incluso aunque la sociedad obtuviese unos resultados negativos; por tanto o se establece que serán retribuidos mediante una participación en beneficios o se establece que la retribución sea fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general, o se acumulan ambas formas de retribución».

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) que el concreto sistema de retribución de los administradores de las sociedades de capital debe estar claramente establecido en estatutos –sea simple o combinado–, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se desee establecer.

Así, en concreto, la Resolución de 12 de noviembre de 2003 (cuyo criterio ha sido reiterado, entre otras, en las Resoluciones de 16 de febrero, 7 de marzo y 18 de junio de 2013, y 25 de febrero, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014, en relación con el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción vigente en el momento de la calificación impugnada), mantuvo que el régimen legal de retribución de los administradores exige que se prevea en estatutos, de forma expresa, que el administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, y también la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma –que pueden ser cumulativos pero no alternativos–, de modo que su alteración exigirá la previa modificación estatutaria. Mas cuando este Centro Directivo ha expresado que esos sistemas no pueden ser alternativos lo que ha entendido es que no es suficiente la mera previsión estatutaria de varios sistemas y dejar al arbitrio de la junta general la determinación de cuál de ellos debe aplicarse en cada momento (vid. Resoluciones de 18 y 20 de febrero, 25 de marzo y 4 de octubre de 1991; 23 de febrero de 1993; 15 de octubre de 1998; 15 de abril de 2000; 19 de marzo de 2001; 12 de abril de 2002, y 12 de noviembre de 2003).

En el presente caso no puede confirmarse la calificación en todos los términos en que ha sido expresada. Así, no admite que se alterne una cantidad fija establecida en estatutos (mil euros) con una participación en beneficios (dos por ciento), cuando del texto de la disposición estatutaria cuestionada resulta que no se deja a la decisión de la junta general el concreto sistema retributivo de entre ambos, sino que se trata de un sistema combinado por el que la retribución es determinable sin intervención de la junta (consistirá en la cantidad mayor de las dos contempladas en los estatutos). Por otra parte, no puede exigirse que, en vez de establecerse en los estatutos esa cantidad fija anual, sea fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general, pues, como ha puesto de relieve recientemente esta Dirección General, la Ley establece una reserva estatutaria respecto del sistema de retribución, pero no en cuanto a la retribución exacta o aspecto cuantitativo de la misma –con las limitaciones establecidas en caso de participación en beneficios, conforme al artículo 218.1 de la Ley de Sociedades de Capital– (vid. la Resolución de 19 de febrero de 2015, según la cual la previsión estatutaria de una retribución consistente en una cantidad fija determinada no sólo no es contraria a la Ley ni a los principios configuradores del tipo social escogido –artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital–, sino que garantiza una mayor certidumbre y seguridad tanto para los socios actuales o futuros de la sociedad, como para el mismo administrador cuya retribución, en su aspecto cuantitativo concreto, dependería de las concretas mayorías que se formen en el seno de la junta general).

Cuestión distinta es determinar si la previsión sobre retribución consistente en un porcentaje «del dos por ciento (2%) sobre el resultado de la sociedad después de impuestos del ejercicio anterior» se ajusta o no a las exigencias legales. Según el artículo 218.1 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios es necesario que los propios estatutos la concreten con el límite máximo del diez por ciento de los repartibles entre los socios. Pero en la calificación no se expresa objeción alguna respecto tal extremo, por lo que en el presente recurso no debe decidirse sobre dicha cuestión (vid. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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, 12 de marzo de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.