

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8163 *Resolución de 25 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles III de Valencia, por la que se deniega parcialmente una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Gonzalo Cano Mora, notario de Gandía, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig, por la que se deniega parcialmente una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Por el notario recurrente se autoriza en fecha 19 de abril de 2013 escritura pública de constitución de sociedad de responsabilidad limitada en cuyo encabezamiento y tras la numeración y descripción del negocio se lee: «Real Decreto Ley 13/2010». Los estatutos sociales se acomodan a los establecidos en la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre salvo en que incorporan un artículo 13 con la siguiente redacción: «Salvo en los casos excluidos por la Ley, toda controversia o conflicto de naturaleza societaria entre la sociedad y los socios, entre los socios, entre los órganos de administración de la sociedad cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, entre los administradores, o entre cualquiera de los anteriores se someterá para su resolución en primer lugar a mediación. En caso de falta de acuerdo, la mediación será administrada por la «Fundación Notarial para la Mediación y el Arbitraje Solutio-Litis-Fundación de la Comunitat Valenciana». Si la mediación resultará infructuosa, la controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje de derecho, administrado por la «Fundación Notarial para la Mediación y el Arbitraje Solutio-Litis-Fundación de la Comunitat Valenciana». La designación de árbitros y mediadores y la administración del arbitraje y la mediación se regirán por las normas de la Fundación vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje o mediación».

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Valencia, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Don Carlos Javier Orts Calabuig, Registrador Mercantil de Valencia Mercantil, 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 practicar la inscripción del documento al tomo 9619 folio 56 inscripción 1, habiendo resuelto no practicar la inscripción de los extremos que constan a continuación conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos. Diario / Asiento: 751 / 46. F. presentación: 19/04/2013. Entrada: 1/2013/12.846,0. Sociedad: Automoción Viconmar Sociedad Limitada. Hoja: V-153589. Autorizante: Cano Mora Gonzalo. Protocolo: 2013/445 de 19/04/2013. Fundamentos de Derecho. Calificado el presente documento al amparo del artículo 5.1 del R.D. Ley 13/2010 de 3 de diciembre de 2010.—Es de señalar que la precedente sociedad incorpora determinados estatutos que no se ajustan a los aprobados por la Orden Jus/3.185/2010 de 9 de Diciembre que desarrolla el artículo 5.dos del Real Decreto Ley 13/2010 de 3 de diciembre; calificado tal requisito como estructural o tipológico la falta de su cumplimiento

no impide la inscripción de la sociedad pero sí la exclusión del régimen disciplinado en aquél punto del Real Decreto citado, así se apunta por diversas RDGRN como la de 23-marzo-2011. En efecto se observan divergencias respecto de los Estatutos aprobados por la citada Orden Ministerial en los siguientes puntos: 1) Se añade un Artículo 13.º a los Estatutos sociales. Inscripción parcial: Excepto las siguientes palabras del artículo 13.º de los Estatutos Sociales: «entre los administradores» conforme al artículo 63 del R.R.M., por los siguientes fundamentos de Derecho: Dado que la aplicación de la institución de la mediación y el arbitraje para resolver conflictos o controversias de naturaleza societaria plantea dificultades pues los administradores no actúan sus propios derechos e intereses, ni tratan de conciliar pretensiones jurídicas enfrentadas, sino que con sus posiciones contribuyen a definir una voluntad jurídicamente ajena; desenvuelven el proceso de formación de la voluntad social, como señaló la RDGRN de 27 de abril de 1989 y sería pues quedar en manos de terceros las controversias societarias, con infracción del artículo 214 de la Ley de Sociedades de Capital que establece la competencia para el nombramiento del órgano de administración y del deber de secreto que señala el artículo 232 de la misma Ley.–Denegatorio.–Se han cumplido en su integridad los trámites previstos en el artículo 18 del Código de Comercio y 6 y 15 del Reglamento del Registro Mercantil. Asimismo, como ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado reiteradamente, no puede desconocerse a tales efectos la independencia que tiene cada Registrador al ejercitar su función calificadoras bajo su propia exclusiva responsabilidad conforme al citado art. 18 del Código de Comercio (RDGRN de 5 de julio de 2011). (...). Valencia, veintitrés de abril de dos mil trece».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Gonzalo Cano Mora, notario de Gandía, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 8 de mayo de 2013, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: En cuanto a la primera cuestión, hay que tener en cuenta que la mediación y el arbitraje son medios alternativos de resolución de conflictos que han recibido un fuerte impulso de los organismos internacionales; Que lo mismo ha ocurrido en nuestra legislación desde la primera Ley de 1988, hasta la actual de 2003 y su importante reforma de 2011; Que es cierto que en un primer momento se entendió que estos medios podían suponer una injerencia en la actividad jurisdiccional pero esta postura está superada y ahora es la propia Administración la que promueve estas figuras como modo de modernizar la justicia, aligerarla de cargas disminuyendo costes y tiempo de resolución (como expresamente reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011); Que la Resolución citada por el registrador de 1989 hay que enmarcarla en aquella primera etapa superada pues además se basaba en un supuesto de hecho muy distinto al que provoca el recurso; Que posteriores decisiones así lo confirman citando diversas sentencias así como la Resolución de 19 de febrero de 1998 que declara inscribible un convenio arbitral general; Que el artículo 11 bis de la Ley de arbitraje establece expresamente la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos que se planteen en las sociedades mercantiles; Que al hilo de aquella Resolución lo trascendente no es determinar en qué supuestos sería posible un arbitraje entre administradores ni determinar en qué casos concretos sería aceptable pues si el laudo se extiende a materias no disponibles estará viciado de nulidad; Que existen supuestos de Resoluciones en los que se ha puesto de manifiesto el conflicto existente entre administradores nombrados por distintas juntas provocando la paralización social, claro ejemplo de utilidad de la figura; Que el artículo 214 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere a la competencia para el nombramiento de administradores lo que no puede equipararse al nombramiento de un árbitro que no es administrador. Tampoco el artículo 232 es aplicable pues el deber de secreto está garantizado en la Ley de arbitraje; Que los anteriores argumentos son aplicables a la mediación si bien con mayor énfasis pues en este caso son las propias partes las que llegan a aun acuerdo guiadas por el mediador; Que el fomento de la mediación es un objetivo de ámbito europeo como demuestra la Directiva 2008/52/CE y como recoge también la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012; Que la mediación es

voluntaria pudiéndose abandonar en cualquier momento por lo que no debe haber problema en su admisión; y, Que su ámbito es el mismo del arbitraje, con la limitación de los derechos indisponibles o las materias excluidas por la Ley por lo que no habiendo una exclusión expresa debe admitirse; y, Respecto de la segunda cuestión, Que en lo único que los estatutos se apartan del modelo oficial es en la inclusión de un artículo dedicado a la mediación y arbitraje; que la propia resolución citada por el registrador en su nota y de otras resulta una interpretación flexible como demuestra que se permitiera que la certificación de denominación se obtuviera directamente por el emprendedor, o la necesaria inclusión del número de administradores o su mínimo y máximo o la posibilidad de incluir actividades en el objeto social que no se ajusten literalmente al modelo; que de lo anterior resulta una interpretación por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado no rigorista en aras a cumplir los objetivos de la misma: agilidad y costes reducidos; y, Que la reforma de la Ley de arbitraje así como la nueva Ley de mediación son superiores en rango y posteriores a la Orden Ministerial que aprobó el modelo de estatutos por lo que esta norma no pudo tenerlas en cuenta; que una interpretación rígida llevaría a que una norma de rango inferior como la orden ministerial impediría a las sociedades acogerse a dichas medidas y no tendrían mas remedio que o bien constituir la sociedad conforme a las reglas generales o bien hacerlo conforme a las exigencias del Real Decreto Ley para luego modificar estatutos con lo que en ambos casos se incurriría en costes y dilaciones que pretendía evitar el citado Real Decreto Ley.

IV

El registrador emitió informe el día 17 de mayo de 2013, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 5 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo; Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre por la que se aprueban los estatutos-tipo de las sociedades de responsabilidad limitada; Instrucción de 18 de mayo 2011, sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, en aplicación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre; artículos 1, 2, 9, 11, 11 bis, 11 tris, 22, 40 y 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje en su redacción dada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo; 1, 2, 6, 8, 10, 14, 16, 19 y 22 de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles; las sentencias del Tribunal Supremo expresadas en el texto y las Resoluciones de este Centro Directivo (estatutos tipo) de 26 de enero, 23 de marzo, 18 de abril, 4, 15 y 29 de junio y 6 de julio de 2011 y 16 de mayo de 2012 y las Resoluciones de fechas (cláusulas de arbitraje) 27 de abril de 1989, 10 de noviembre de 1993, 19 de febrero de 1998 y 4 de mayo de 2005.

1. Dos son las cuestiones que se presentan en este expediente que se analizarán en orden inverso a como se han planteado. Por un lado si la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada al amparo de lo previsto en el artículo 5.2 del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre y con incorporación de los estatutos tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre puede incorporar un artículo adicional y mantener al mismo tiempo los beneficios de plazo y arancel previstos en dicho precepto. La segunda cuestión hace referencia a si los estatutos pueden prever que las controversias entre los administradores de la sociedad sean objeto de mediación y arbitraje.

2. Respecto de la primera cuestión es claro que el recurso no puede prosperar. Como pone de relieve la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre su promulgación tiene por objeto, en este concreto aspecto, la agilización en la constitución de sociedades mercantiles posibilitando que se lleve a cabo, con carácter

general, en un plazo reducido y «exceptuando sólo aquellos casos en que la elevada cuantía del capital o la complejidad de la estructura societaria exijan un examen más detallado». La técnica que utiliza el Real Decreto Ley para obtener el resultado propuesto supone la reducción de los plazos de formalización, el uso de procedimientos telemáticos de remisión y comunicación y la reducción de los plazos de calificación y despacho registral. A ello se unen incentivos de tipo fiscal y arancelario. La técnica no se usa indiscriminadamente sino que el artículo 5 del Real Decreto Ley distingue tres supuestos en función de la complejidad estructural de la sociedad que se pretende constituir.

En el supuesto que nos ocupa y que es el regulado en el artículo 5.2, la reducción de plazos en el ámbito registral es drástica puesto que se exige que el total procedimiento de presentación, notificación de asiento, calificación, despacho y notificación de despacho esté finalizado en siete horas hábiles. Para la consecución de este objetivo el precepto extrema los requisitos exigiendo la mayor sencillez estructural de la sociedad y que los estatutos «se adapten a alguno de los aprobados por el Ministerio de Justicia». La Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre completó la regulación mediante la publicación de los estatutos tipo con los que, conforme a su artículo 1, se da cumplimiento a la previsión contenida en el artículo 5.2 del Real Decreto Ley. En consecuencia si la sociedad no presenta la sencillez estructural exigida o los estatutos no se adaptan a los previstos no puede acogerse a los beneficios de plazo y arancel previstos en dicho apartado (vid. apartado 5.1 y 5.3 del mismo precepto así como las resoluciones contenidas en los vistos).

3. Es cierto que esta Dirección General ha entendido en diversas Resoluciones que el contenido de los estatutos tipo permitía una cierta modalización al caso concreto, bien para recoger una exigencia legal (número de administradores, artículo 8 de la Instrucción de 18 de mayo 2011), bien porque los propios estatutos tipo así lo permiten (delimitación del objeto social a alguno o algunos de los previstos, concreción de actividades dentro del objeto escogido, atribución de carácter retribuido al cargo de administración y elección de un concreto sistema de retribución). En todos los supuestos en que así se ha entendido (vid. Resoluciones en los «Vistos») ha sido respetando escrupulosamente el marco definido por el contenido de los estatutos tipo porque mas allá, sencillamente, dejan de serlo. Por este motivo cuando se ha pretendido proporcionar la cobertura del artículo 5.2 del Real Decreto Ley a un contenido que excedía de la previsión de los estatutos tipo, se ha rechazado (Resolución de 16 de mayo de 2012). Y es que no es posible aceptar una expansión del contenido de los estatutos tipo cuando el legislador ha dejado deliberadamente fuera de su regulación cualesquiera otros supuestos posibles de regulación convencional (privilegios de participaciones, prestaciones accesorias, requisitos de convocatoria, causas de exclusión...).

No quiere esto decir que no puedan las partes, en uso de su libertad civil, introducir en el marco de los estatutos tipo aquellas variaciones en sus artículos que se alejen del modelo pero que sean viables conforme a la normativa sobre sociedades de capital o que incluyan cualesquiera otras cláusulas no previstas en los mismos. Como ha reiterado este Centro Directivo (vid. «Vistos») el efecto de dicha actuación será la sujeción a la norma y a las especialidades de procedimiento que corresponda sin aplicación de los beneficios fiscales o arancelarios reservados para los supuestos contemplados en el Real Decreto Ley en su artículo 5.2.

No es posible en consecuencia extender, como pretende el recurrente, una doctrina dictada con la finalidad de hacer efectiva la previsión legal de agilidad en un marco de seguridad jurídica preventiva a supuestos que el legislador ha dejado fuera expresamente de la regulación especial. Téngase en cuenta que la drástica reducción del plazo del procedimiento registral, que forma parte del conjunto de técnicas escogidas por el legislador para hacer efectiva la finalidad de agilizar el proceso de constitución de sociedades, sería inviable si en aras de una supuesta interpretación favorecedora las partes pudieran modelar a voluntad el contenido de los estatutos tipo.

Tampoco se puede sostener que siendo la reforma de la Ley de Arbitraje y la Ley de Mediación posteriores a la publicación de los estatutos tipo, su existencia no ha sido contemplada en la Orden Ministerial por la que se publicaron por lo que debe aceptarse

una cláusula adicional como la propuesta. Y no es posible porque este argumento parte de una presunción imposible: que el legislador habría tenido en cuenta dichas normas (como cualquiera otra posterior debería añadirse) cuando lo cierto es que acotando el contenido de los estatutos tipo ha dejado deliberadamente fuera un extenso conjunto de normas y de regulaciones posibles.

No es aceptable tampoco la afirmación de que por medio de una Orden Ministerial se estaría violentando el contenido de normas de rango superior (las citadas leyes) porque es una norma de rango legal, el Real Decreto Ley 13/2010 el que exige para la aplicación de las especialidades procedimentales y beneficios anexos que la tipología de la sociedad se acomode a los requisitos de estructura y estatutos tipo previstos en su artículo 5.2.

Tiene razón el recurrente cuando afirma que una sociedad que quiera escoger otra estructura o un contenido diverso de los estatutos no tiene mas remedio que acogerse al régimen general o proceder, tras la constitución, a la modificación estatutaria. En realidad, esta es exactamente la previsión de la Ley. Así lo afirma expresamente su Exposición de Motivos y así resulta de su articulado que prevé tres posibles sistemas procedimentales de constitución cada uno con sus requisitos, plazos e incentivos en función de cual sea la voluntad de los socios constituyentes.

4. La segunda cuestión hace referencia a la sumisión a arbitraje y mediación de los conflictos que puedan surgir entre administradores. Es cierto como pone de relieve la nota de defectos que esta Dirección General afirmó en la Resolución de 27 de abril de 1989 que la sumisión a arbitraje, en un caso en el que el sistema de administración era de consejo y se preveía como fórmula para solucionar las situaciones de empate, se aviene mal con el sistema de formación de la voluntad del órgano así configurado pues no puede afirmarse en puridad que la situación de empate de votos constituya un conflicto susceptible de ser conocido por los Tribunales de Justicia o, por pacto de sumisión, por un árbitro nombrado al efecto. Este razonamiento sigue siendo válido pues no todo conflicto en el ámbito societario tiene naturaleza litigiosa y el ordenamiento prevé soluciones cuando resulta imposible alcanzar acuerdos dentro de la sociedad, soluciones que si bien traumáticas (artículo 363.1.d de la Ley de Sociedades de Capital) responden rigurosamente a su base contractual.

Con posterioridad este Centro Directivo ha entendido que no puede rechazarse la inscripción de la cláusula genérica de sumisión porque no cabe presumir que cualquier conflicto entre los administradores sea ajeno al conocimiento jurisdiccional y por consiguiente susceptible de arbitraje. Así se afirmó en las resoluciones de 10 de noviembre de 1993 y 4 de mayo de 2005 y es que, como puso de relieve la de 19 de febrero de 1998, una cláusula genérica de sumisión a arbitraje remite a un momento posterior la decisión de si el conflicto es susceptible de ser solventado por esta vía o no.

Esta doctrina, por un lado, refleja más adecuadamente la incontrovertida posibilidad de incluir en los estatutos una cláusula de arbitraje en general (posibilidad aceptada tras algunas vacilaciones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 18 de abril de 1998, ratificada por las de 30 de noviembre de 2001 y 15 de septiembre de 2004) y por otro el propio funcionamiento tanto de los Tribunales como de la institución arbitral. Al igual que el juez debe rechazar de oficio o a instancia de parte su actuación cuando carezca de jurisdicción (artículos 37 y 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el árbitro designado debe proceder de forma semejante. Como pusieron de relieve las Resoluciones citadas anteriormente será en el momento en que la controversia concreta y específica se someta al conocimiento del árbitro cuando este deberá apreciar si la misma cae o no dentro del ámbito de su actuación (artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje). Y ello sin perjuicio de que la apreciación de incompetencia se haga valer por la parte (artículo 22.2) o por la vía de la impugnación del laudo tal y como expresamente prevé su Ley reguladora al contemplar como causa de nulidad «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje» (artículo 41.1.e, de la Ley).

Como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, de 20 de mayo por la que se llevó a cabo la reforma de la Ley de Arbitraje, «se reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas (las sociedades de capital) se planteen». La previsión legal de

que se incluya en los estatutos una cláusula de arbitraje en general (artículo 11.1 bis de la Ley) lo es sin perjuicio de que el ámbito concreto de la arbitrabilidad venga determinado tanto por la materia (artículo 1 y 2 de la Ley) como por el específico convenio de sumisión (artículo 9).

5. En el supuesto de la mediación regulada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, el acuerdo genérico de mediación contenido en una cláusula estatutaria (artículos 6, 10.2 y 16.1.b de la Ley) no excluye que con posterioridad se deba fijar cual es el conflicto concreto en que se ha de desenvolver la actividad del mediador (artículo 19.1.c) por lo que este puede siempre excusar su actuación (artículo 14) o renunciar posteriormente (artículo 22.2). Es cierto que en el ámbito de la mediación no se sustituye la voluntad de las partes en conflicto que por otro lado pueden poner fin al proceso en cualquier momento (artículos 1, 6 y 8). Aún así la Ley prevé un determinado ámbito para la actuación del mediador lo que confirma que, fijada la controversia sometida a su actuación, deba el mediador abstenerse de actuar cuando desborde el ámbito legal de su competencia (artículos 2 y 19).

6. Aplicadas las anteriores consideraciones al supuesto que provoca este expediente es claro que procede estimar el recurso en este punto pues la cláusula no contiene elemento alguno que permita, a priori, entender que el posible objeto de controversia sea contrario a Derecho (como si, por ejemplo, incluyera supuestos de responsabilidad penal, excluidos del ámbito de conocimiento de árbitros y mediadores). Será en consecuencia en cada supuesto en que se plantee un posible conflicto entre administradores (pues a este supuesto se contrae el expediente) cuando bien el mediador designado bien el árbitro a quien corresponda conocer la controversia, habrán de pronunciarse al respecto tal y como hemos visto prevé el ordenamiento.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en cuanto a la primera cuestión analizada y estimar el recurso y revocar la nota en cuanto a la segunda.

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