

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9067 *Resolución de 18 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil de Palma de Mallorca n.º III, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil de Palma de Mallorca n.º 3, don Jesús Víctor Muro Villalón, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Hechos

I

Por el notario recurrente se autorizó en fecha 18 de noviembre de 2019 escritura en la que comparece don A.B. en su calidad de secretario del consejo de administración de la sociedad San Lorenzo Baleari S.L. a fin de elevar a público los acuerdos sociales alcanzados en la junta general celebrada el día 30 de septiembre de 2019 en la localidad italiana de Ameglia, y en la reunión celebrada a continuación por el consejo de administración. De la escritura resulta que la junta general de la sociedad fue convocada por el vicepresidente del consejo por renuncia de su presidente comunicada a los socios por carta el día 14 de septiembre de 2019. Entre otros acuerdos se acordó la renovación de todos los cargos del consejo de administración, así como la modificación del artículo 2.º de los estatutos sociales.

De la diligencia de fecha 25 de febrero de 2020 resulta que el notario hace constar que se le entrega la carta de convocatoria dirigida a los socios, así como el certificado de la junta general.

De la carta de convocatoria resulta que la misma se lleva a cabo por el vicepresidente del consejo de administración en funciones de presidente por renuncia del mismo.

De contenido del certificado de la junta general resulta que a la misma concurre un único socio que representa el 51% del capital social.

Del contenido de la documentación resulta que se da nueva redacción al artículo 2.º de los estatutos que pasa a tener la siguiente: «2.1 La sociedad tiene por objeto: la comercialización de embarcaciones y naves deportivas, nuevas o usadas, de una eslora no inferior a 24 metros, y la ejecución de mandatos de agencia, de representación o distribución en relación con las mismas. 2.2 La sociedad podrá asimismo desarrollar las actividades integrantes del objeto social total o parcialmente de modo indirecto...»

Del contenido del registro resulta que la sociedad tiene como órgano de administración un consejo de administración. De su inscripción 5.ª resulta que el consejo se integra por tres consejeros: Presidente, don K.L; vicepresidente, don M. P.; Secretario, don D. C.

De la inscripción 1.ª de traslado resultan sus estatutos sociales. La inscripción se llevó a cabo en fecha 26 de agosto de 2005 en virtud de la escritura pública autorizada por el notario de Barcelona don Eduardo Pobes Layunta el día 10 de agosto de 2005.

De la inscripción 9.ª resulta el contenido del artículo 5.º de los estatutos del siguiente tenor: «5.1 El domicilio de la sociedad se establece en (...) término de Calvià, Mallorca-Baleares».

El artículo 11 Junta General, de los estatutos inscritos, dice así: «11.1 Los socios reunidos en junta general decidirán, por mayoría legal, en los asuntos propios de la competencia de la junta. 11.2 La junta general podrá reunirse en cualquier lugar de España o del extranjero».

Resulta igualmente el artículo 12 Convocatoria con el siguiente contenido: «12.1 La junta general será convocada por los administradores mediante comunicación individual y escrita del anuncio a todos los socios al domicilio que conste en el libro registro por correo certificado con acuse de recibo. En caso de que la sociedad esté regida por un consejo de administración, la junta general podrá ser convocada por el presidente o al menos por dos consejeros».

Igualmente resulta de su inscripción 9.^a que el artículo 2 de los estatutos sociales relativo al objeto social tiene la siguiente redacción: «2.1 La sociedad tiene por objeto: la comercialización de embarcaciones y naves deportivas, nuevas o usadas, y la ejecución de mandatos de agencia, de representación o distribución en relación con las mismas. Y la intermediación y arrendamiento “chárter” de embarcaciones. 2.2 La sociedad podrá asimismo desarrollar las actividades integrantes del objeto social total o parcialmente de modo indirecto...»

II

Presentada la referida documentación, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Notificación de calificación:

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 conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Diario/Asiento: 232/11604 F. presentación: 20/11/2019 Entrada: 1/2020/3.072,0.

Sociedad: Sanlorenzo Baleari SL.

Autorizante: Morote Mendoza, Jesús María.

Protocolo: 2019/1029 de 18/11/2019.

Fundamentos de Derecho (defectos).

1. Se reitera la calificación efectuada en fecha 13/12/2019:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 del RDL 1/2010 de 2 de julio y 378 del RRM, la Hoja de la sociedad ha quedado cerrada por no constar depositadas las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2015, 2016 y 2017.”

2. En el nuevo texto de convocatoria de Junta que se incorpora por Diligencia se aprecia que Don M. P. afirma actuar en su calidad de “Presidente del Consejo de Administración”, cuando según el Registro era Vicepresidente del mismo, no ostentado la cualidad de Presidente hasta su nombramiento efectuado en la Junta que se convoca, celebrada el día 30 de septiembre de 2019.

3. Se reitera la calificación efectuada en fecha 13/12/2019:

“La junta ha sido convocada para celebrarse en Italia, en (...) Ameglia, lugar donde se celebró, y si bien consta en el artículo 11.2 de los estatutos sociales que la Junta General podrá reunirse en cualquier lugar de España o del extranjero, no cabe que el lugar de celebración quede al absoluto arbitrio del administrador, inconcreción que determina la necesidad de que en la convocatoria se fije como lugar de celebración el del término municipal donde la sociedad tenga su domicilio social conforme a lo dispuesto en el artículo 175 LSC.”

4. Se reitera la calificación efectuada en fecha 13/12/2019:

“La modificación estatutaria es causa legal de separación (art. 346 1. A LSC), por lo que deberá constar en la escritura la fecha de publicación del acuerdo en el BORME o, en su caso, la del envío de la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo, así como la declaración de los administradores de que ningún socio ha ejercitado el derecho de separación dentro del plazo establecido o de que la sociedad, previa autorización de la junta general, ha adquirido las participaciones sociales de los socios separados, o la reducción de capital (arts.348 y 349 LSC, y 206.1 RRM).”

5. Se reitera la calificación efectuada en fecha 13/12/2019:

“El poder debe ser revocado por el órgano de administración, conforme al artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital. Es doctrina ya consolidada que la Junta General no puede otorgar poderes -y lo mismo debe entenderse de la revocación de los mismos-, ya que el órgano competente para ello es el órgano de administración dada la distribución competencial entre los diversos órganos sociales y a la atribución a aquél de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él (Resoluciones de la DGRN de 08-02-1975, 31-10-1989, 26-02-1991, 13-10-1992,01 y 07 de diciembre de 1993, y 04-02-2011).”

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.

En relación con la presente calificación: ...

Palma, a 14 de abril de 2020 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador).»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Jesús María Morote Mendoza, en su calidad de notario autorizante, interpone recurso exclusivamente frente a los defectos señalados con los números 2, 3 y 4 en virtud de escrito de fecha 14 de mayo de 2020, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: «1.º Que en relación a la convocatoria realizada por el vicepresidente, se trata de un mero error formal pues se omitió que el vicepresidente actuaba como presidente en funciones al estar vacante el cargo de presidente como resulta del propio registro. Que aunque ni la ley ni el Reglamento del Registro Mercantil precisan las funciones del vicepresidente es obvio que resultan en hacer las funciones de presidente como resulta de su definición en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 2.º Que el artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital determina que salvo disposición contraria de los estatutos la junta se celebrará en el término municipal de su domicilio, tal y como es el caso. Que es desmesurado que el registrador, desconociendo las circunstancias de la sociedad y de residencia de sus socios, se arrogue la facultad de decidir dónde deben celebrarse sus juntas. 3.º Que el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital exige que la modificación del objeto sea sustancial de donde resulta que no toda modificación permite el ejercicio del derecho de separación. Que la inclusión de la frase “eslora no inferior a 24 metros”, que viene motivada por la distinción administrativa entre embarcación de recreo y buque de recreo (real decreto 1435/2010), no modifica nada a la situación anterior. Que no puede ser calificada dicha modificación de sustancial y que de aplicarse lo contrario no existiría supuesto de modificación del objeto que no fuese sustancial».

IV

El registrador, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 21 de mayo de 2020, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3 del Código Civil; 23, 93, 159, 175, 188, 189, 204 y 346 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; los artículos 94.1, 109, 146 y 206 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1989 y 17 de diciembre de 1997, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 9 de febrero, 13 de marzo, 8 de mayo, 10 de octubre, 20 de noviembre y 19 de diciembre de 2012, 11 de febrero, 6 de septiembre, 14 de octubre y 20 de diciembre de 2013, 11 y 19 de marzo, 10 de julio y 30 de septiembre de 2014, 25 de marzo y 30 de octubre de 2016 y 30 de octubre de 2019.

1. Una sociedad de responsabilidad limitada eleva a escritura pública los acuerdos adoptados en junta general convocada por el vicepresidente del consejo de administración en ejercicio del cargo de presidente por renuncia del mismo. El registrador señala diversos defectos de los que el notario autorizante sólo recurre tres: el relativo a la convocatoria realizada por el vicepresidente cuando de los estatutos inscritos resulta que debe ser realizada por el presidente o dos consejeros; el del lugar de celebración de la junta cuando de los estatutos resulta que podrá ser celebrada en cualquier lugar de España o del extranjero; y el de que no se tiene en cuenta la previsión del artículo 206.1 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con el 346 de la Ley de Sociedades de Capital respecto del derecho de separación en caso de modificación del objeto social inscrito.

2. En relación al primer defecto, el registrador sólo hace referencia en su nota de defectos a que la convocatoria llevada a cabo por el vicepresidente del consejo de administración es contraria al contenido de los estatutos que prevén (vide hechos), que la convocatoria pueda ser llevada a cabo por el presidente. Debiéndose ceñir el contenido de la presente resolución al contenido de la nota del registrador (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), no procede realizar un pronunciamiento sobre la cláusula de los estatutos ni sobre su acomodación al contenido de la Ley de Sociedades de Capital (vide no obstante la Resolución de esta Dirección General de 31 de enero de 2018).

Establecido lo anterior el defecto no puede mantenerse pues resultando del contenido del Registro Mercantil que el presidente ha renunciado a su cargo no existe motivo alguno que impida aceptar la actuación del vicepresidente en su lugar. Aunque no existe una regulación normativa completa sobre la persona y competencias del vicepresidente del consejo de administración, de la escasa regulación existente (artículos 529 sexies y 529 octies de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 94.1. 4.º, 109.1.a y 146 del Reglamento del Registro Mercantil), cabe deducir que su función mínima es actuar en sustitución del presidente cuando por causa justificada no pueda hacerlo este.

3. A diferencia del supuesto anterior, el registrador cuestiona el lugar de celebración de la junta general en base al contenido de la Ley de Sociedades de Capital, aún a pesar de que los estatutos sociales establecen que «la junta general podrá reunirse en cualquier lugar de España o del extranjero». El recurrente se remite al contenido de los estatutos y al artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital para entender que la convocatoria realizada en la ciudad italiana de Ameglia es conforme con ambos.

Para la correcta respuesta a la cuestión planteada es preciso responder por un lado a la interpretación que del artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital ha realizado esta Dirección General y, por otro, cual es la trascendencia del contenido de los estatutos sociales inscritos y su acomodación a aquella.

En respuesta a la primera cuestión, esta Dirección ha sostenido (vide resolución de 30 de octubre de 2019, entre otras), que si de acuerdo a la Ley y a la doctrina jurisprudencial, el lugar de celebración de la junta está íntimamente ligado al ejercicio de los derechos de asistencia y voto de los socios; si la convocatoria que viole el ejercicio de tales derechos por los socios debe reputarse nula de pleno derecho (salvo que concurren circunstancias especiales de apreciación judicial, vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997); si el régimen legal limita el ámbito de discrecionalidad del órgano de administración al término municipal donde esté situado el domicilio social, es inevitable concluir: en primer lugar, que la previsión de los estatutos al amparo del artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital no puede suponer una libertad absoluta a los administradores para convocar donde tengan por conveniente pues implicaría consagrar la posibilidad de alteraciones arbitrarias del lugar de celebración (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1989) y, en segundo lugar, que los estatutos pueden prever que la convocatoria se realice en el ámbito geográfico de un término municipal distinto a aquel donde está situado el domicilio social (habiendo admitido esta Dirección General la designación estatutaria de un término municipal como alternativo -a elección de los administradores- al lugar previsto legalmente para la celebración de la junta -Resolución de 3 de octubre de 2016-). De este modo se combina de un modo razonable la previsión de que los estatutos autoricen a determinar un lugar de convocatoria distinto al previsto legalmente con el derecho de los socios a que su derecho de asistencia y voto no quede al absoluto arbitrio del órgano de administración.

Lo que ocurre en el supuesto de hecho es que tal y como ha quedado reflejado, los estatutos de la sociedad prevén la posibilidad de celebrar la junta general en cualquier lugar de España o del extranjero. La norma estatutaria, proveniente de la primera inscripción de la sociedad en el año 2005, fue dictada al amparo de la normativa entonces vigente (artículo 47 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada), cuyo contenido es idéntico al previsto por el actualmente vigente artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta circunstancia obliga a respetar el contenido de los estatutos inscritos que fueron calificados en su día y que se encuentran protegidos por el principio de legitimación consagrado en el artículo 20.1 del Código de Comercio: «El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad.»

Es cierto que esta Dirección General ha considerado en otras ocasiones que cuando el contenido de los estatutos inscritos es incompatible con la ley como consecuencia de una modificación sobrevenida de esta, prevalece la aplicación de la norma legal como no puede ser de otro modo (ver resoluciones de 23 de mayo de 2014, 16 de junio y 21 de septiembre de 2015 y 3 de febrero de 2016). Empero, esta doctrina no es de aplicación al supuesto de hecho porque el contenido de los estatutos sociales en este punto fue calificado en su día al amparo de la norma entonces vigente que resulta ser idéntica a la actual como ha quedado expuesto. Aceptar en estas condiciones una revisión de la calificación entonces realizada resulta del todo incompatible con los efectos legitimadores del Registro Mercantil.

Procede la estimación del motivo de recurso.

4. Por lo que se refiere a la tercera tacha objeto de recurso, el recurrente entiende que la modificación operada en el contenido del objeto social carece de la trascendencia necesaria para considerar que se ha producido una modificación sustancial en los términos previstos en el artículo 346.1.a de la Ley de Sociedades de Capital.

En el supuesto de hecho y tal y como resulta de la exposición que consta al principio de la presente, comparece a la junta convocada un único socio que aprueba los distintos asuntos sometidos a aquella. Entre los acuerdos adoptados se encuentra el de modificación del artículo 2 de los estatutos relativo al objeto social lo que plantea la cuestión de si existiendo modificación del objeto social han de cumplirse las previsiones

legales relativas al ejercicio del derecho de separación en relación a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo (artículos 346, 348 y 349 de la Ley de Sociedades de Capital).

El Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 206.2 relativo a la inscripción del acuerdo que da derecho a un socio a separarse de la sociedad, y para el supuesto de ejercicio del derecho de separación, se remite a la regulación del artículo 208 donde constan las circunstancias que deben resultar de la documentación presentada entre las que se encuentran la manifestación del órgano de administración en relación al pago o consignación del precio o las relativas a la reducción del capital y reembolso o consignación del valor.

El recurrente considera que la modificación del objeto llevada a cabo no da lugar al nacimiento del derecho de separación por cuanto carece de la condición de sustancial que exige el artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital (tras la reforma operada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto).

El derecho de separación ha tenido reconocimiento en nuestro ordenamiento desde que lo recogiera el artículo 85 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951, de donde pasó al artículo 147 de la Ley de 1989, al artículo 95 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1996 y al vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital (reformado en este punto por la Ley 25/2011, de 1 de agosto), que ya no habla de «cambio de objeto» ni tampoco de «sustitución de objeto», sino de «sustitución o modificación sustancial del objeto social».

Se hace eco así de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (vid. Sentencias de 30 de junio de 2010 y 10 de marzo de 2011), que afirma que el derecho de separación derivado de la modificación del objeto social debe ponerse «en relación con el fin de la norma, que no es otro que respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo que condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella», añadiendo a continuación que: «No habrá sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos, pero sí cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos».

Como resulta de la resolución de esta Dirección General de 28 de febrero de 2019 (2.^a), la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo implica que sea el criterio de actividad el que debe servir de referencia para determinar si la modificación del objeto social tiene o no el carácter de esencial. Tanto la supresión como la adición de actividades distintas a las que constituían el objeto antes de la modificación merecen tal categorización.

Aplicadas las anteriores consideraciones al supuesto de hecho resulta que el objeto social, en lo que ahora interesa y tras su modificación, queda con la siguiente redacción: «2.1 La sociedad tiene por objeto: la comercialización de embarcaciones y naves deportivas, nuevas o usadas, de una eslora no inferior a 24 metros, y la ejecución de mandatos de agencia, de representación o distribución en relación con las mismas...»

Si comparamos el texto aprobado con el inscrito es fácil comprobar que se ha añadido la frase «de una eslora no inferior a 24 metros», y se ha suprimido otra: «Y la intermediación y arrendamiento “chárter” de embarcaciones», que resultaba del texto inscrito: «2.1 La sociedad tiene por objeto: la comercialización de embarcaciones y naves deportivas, nuevas o usadas, y la ejecución de mandatos de agencia, de representación o distribución en relación con las mismas. Y la intermediación y arrendamiento “chárter” de embarcaciones...».

Resulta claro que la restricción de la actividad a determinadas embarcaciones supone una modificación sustancial de la actividad de la empresa con relación a la situación anterior como resulta claro que la supresión de la actividad de intermediación y arrendamiento chárter supone una limitación de las actividades de la sociedad venía realizando. Hay, en definitiva, una modificación sustancial del conjunto de actividades que conforman el objeto social lo que lleva al supuesto al artículo 346.1.a de la Ley de Sociedades de Capital y a la confirmación en este punto de la nota del registrador.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar parcialmente la nota de calificación del Registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 18 de junio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.