

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

1353 *Resolución de 21 de enero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIII de Madrid a inscribir la escritura de constitución de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por doña M. S. P. G., como Administradora única de la sociedad «Eikoba 4D, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XIII de Madrid, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, a inscribir la escritura de constitución de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 3 de septiembre de 2015 por el Notario de Madrid, don José María Recio del Campo, con número 1.704 de protocolo, se constituyó la sociedad «Eikoba 4D, S.L.». Según el artículo 2.º de los estatutos sociales, el objeto social está constituido, entre otras, por las siguientes actividades: «Tenencia, administración, adquisición y enajenación de valores mobiliarios y participaciones sociales de empresas, bajo la normativa de la Ley del Mercado de Valores». Y según el artículo 7.º, párrafo tercero, de dichos estatutos, «El cargo de administrador será retribuido con la cantidad que, para cada ejercicio, acuerde la Junta General».

II

El día 11 de septiembre de 2015 se presentó copia autorizada de dicha escritura al Registro Mercantil de Madrid, con el número de entrada 1/2015/110.845, y fue objeto de inscripción parcial, con calificación por el registrador, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, que, a continuación, se transcribe: «(...) Observaciones e incidencias No se inscribe de conformidad con la solicitud de inscripción parcial contenida en la escritura: 1.º-Del artículo 2.º de los Estatutos Sociales, el párrafo segundo, primero de "otras actividades", porque el lugar de excluir la normativa de la Ley del Mercado de Valores, que exige unos requisitos que no cumple la Sociedad, establece lo contrario, es decir, que la actividad queda sujeta a normas de la Ley del Mercado de Valores. Art. 58 RRM. 2.º-El párrafo tercero del artículo 7.º por no señalar sistema de retribución alguno. Art. 23 y 217 LSC. Sin perjuicio del derecho a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, el interesado podrá: (...) Madrid, 21 de septiembre de 2015 El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

La calificación fue notificada a los interesados el día 23 de septiembre de 2015.

III

El día 23 de octubre de 2015, mediante escrito que entró en el Registro Mercantil de Madrid el día 27 de octubre de 2015, doña M. S. P. G., como administradora única de la sociedad «Eikoba 4D, S.L.», interpuso recurso contra la anterior calificación en el que se limita a alegar, respecto del primer defecto, que la calificación resulta contraria a la Resolución de esta Dirección General de 29 de enero de 2014, y en cuanto el segundo defecto, que resulta contrario al poder dispositivo de la junta general, ya que sólo el importe

de la retribución es fijado por la misma, pero no la forma de retribución que lo será, como especifica el referido artículo 7.º de los estatutos, con la cantidad que se acuerde.

IV

Mediante escrito, de fecha 17 de noviembre de 2015, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe manifiesta que fue remitida copia del expediente del recurso al notario autorizante a los efectos previstos en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria. Asimismo, afirma que el día 30 de octubre de 2015 se requirió a la recurrente para que aportara el título objeto de calificación, en original o por testimonio, sin que se haya dado cumplimiento al requerimiento, y que el día 13 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el Registro, remitida «desde la Comunidad de Madrid, una fotocopia de la escritura objeto del presente recurso con un sello de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras y la firma de la jefa de negociado».

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 327 de la Ley Hipotecaria; 18 del Código de Comercio; 1284 del Código Civil; 23, apartados b) y e), 56.1.e) y 217 de la Ley de Sociedades de Capital; 35, 38, 46 y 70.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 138.1, 139.1.a) y 144 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores; 6, 58, 84.1, 130, 178 y 185.4 del Reglamento del Registro Mercantil; 8 del Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, modificado por el Real Decreto 136/2010, de 12 de febrero, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, 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, 23 de febrero 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, 8 de enero y 15 de abril de 2000, 19 de marzo y 30 de mayo de 2001, 12 de abril de 2002, 12 de noviembre de 2003, 16 de febrero, 7 de marzo, 5 de abril, 18 de junio y 5 de septiembre de 2013, 29 de enero, 25 de febrero, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014 y 19 de febrero y 12 de marzo de 2015.

1. Como cuestión previa, de procedimiento, debe abordarse la cuestión que plantea el registrador al afirmar que el recurso debe ser inadmitido por falta de presentación del título calificado.

En su informe, el registrador afirma que, notificado el recurrente para que aportara el título objeto de calificación, no se ha presentado original ni testimonio del mismo, pues únicamente ha tenido entrada en el Registro, remitida «desde la Comunidad de Madrid, una fotocopia de la escritura objeto del presente recurso con un sello de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras y la firma de la jefa de negociado».

Debe tenerse en cuenta que la fotocopia referida aparece compulsada por «La Jefa de Negociado de Registro» de dicha Consejería mediante «Diligencia» estampada en cada página (con el sello y su firma), que expresa lo siguiente: «Para hacer constar que el presente documento compuesto de ... folios, concuerda bien y fielmente con el original al que se remite. Madrid, 10 nov 2015».

El artículo 327 de la Ley Hipotecaria establece que para la interposición del recurso contra la calificación del registrador es necesario acompañar, junto al escrito de recurso, el título objeto de la calificación, original o por testimonio. Esta exigencia está justificada por el hecho de que, según el mismo precepto legal, el registrador que realizó la calificación podrá, a la vista del recurso y, en su caso, de las alegaciones presentadas, rectificar la calificación, para lo que es imprescindible que pueda volver a examinar los documentos

que dieron lugar a ella y que habrán sido devueltos con la nota correspondiente, sean los mismos u otros que garanticen la identidad de su contenido.

En el presente caso debe decidirse si la copia compulsada que se ha presentado por el recurrente equivale al testimonio del título al que se refiere el citado artículo.

El procedimiento registral se articula en nuestro ordenamiento como un procedimiento de carácter especial, regulado en la Ley Hipotecaria, si bien le será aplicable la legislación sobre Procedimiento Administrativo Común cuando aquélla se remita específicamente a ésta.

Según el párrafo tercero del artículo 327 de la Ley Hipotecaria, el recurso «podrá presentarse en los registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» (desde el próximo 2 de octubre de 2016, artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

En este sentido, deben aplicarse los artículos 35.c) y 38.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en orden a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, y concretamente en cuanto a la aportación de documentos al procedimiento, destacando el derecho a obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento. En este punto hay que tener así mismo en cuenta lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, modificado por el Real Decreto 136/2010, de 12 de febrero, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, según el cual: «1. Cuando las normas reguladoras de un procedimiento o actividad administrativa requieran la aportación de copias compulsadas o cotejadas de documentos originales, el ciudadano podrá ejercer su derecho a la inmediata devolución de estos últimos por las oficinas de registro en las que se presente la solicitud, escrito o comunicación a la que deba acompañar la copia compulsada, con independencia del órgano, entidad o Administración destinataria».

Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 5 de septiembre de 2013, la compulsas, es el resultado de una operación del cotejo que realiza un funcionario público encargado de recibir documentos. El artículo 8 del Real Decreto 772/1999, que desarrolla los artículos 35.c), 38, 46 y 70.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación en la Administración General del Estado, se refiere a los funcionarios del registro, sin designación de un cargo concreto (de hecho se refiere a las oficinas del registro), como los encargados de compulsar, y sólo procede la compulsas, previo cotejo, de aquellos documentos que se presenten en el Registro correspondiente de cualquiera de los organismos a que hace referencia el artículo 2 de la propia norma para su recepción y con la finalidad de su posterior tramitación ante la Administración correspondiente. El objetivo del artículo 35.c) de la Ley 30/1992 es facilitar a los administrados el cotejo de las copias, para que éstas surtan los efectos de los originales y así lo confirma el punto 3 del artículo 8 al disponer que la copia compulsada tendrá la misma validez que el original en el procedimiento concreto de que se trate, sin que en ningún caso acredite la autenticidad del documento original.

Por lo tanto las copias compulsadas, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y exclusivamente a los efectos del procedimiento de presentación que regula el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que no hay que olvidar ejecuta la propia Administración receptora de forma que las copias cotejadas se dirigen directamente por ésta al organismo destinatario, cumplen los requisitos del artículo 327 de la Ley Hipotecaria.

2. Por lo que se refiere al fondo del asunto, según el primero de los defectos expresados en la calificación el registrador rechaza la inscripción de una parte de la

cláusula de los estatutos, relativa al objeto social, según la cual se incluye en éste, entre otras actividades, las siguientes: «Tenencia, administración, adquisición y enajenación de valores mobiliarios y participaciones sociales de empresas, bajo la normativa de la Ley del Mercado de Valores».

Considera el registrador que dicha cláusula, «en lugar de excluir la normativa de la Ley del Mercado de Valores, que exige unos requisitos que no cumple la Sociedad, establece lo contrario, es decir, que la actividad queda sujeta a normas de la Ley del Mercado de Valores».

3. Como puso de relieve la Resolución de este Centro Directivo de 29 de enero de 2014, es indiscutible que la legislación sobre el Mercado de Valores, determina que «ninguna persona o entidad podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos, desarrollar con carácter profesional las actividades previstas...» (artículo 64.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, actual artículo 144.1 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre). Pero dichas limitaciones se predicen exclusivamente de las empresas cuya «actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2», sin que sean de aplicación a aquellos supuestos en que las personas «no realicen más servicio de inversión que negociar por cuenta propia» [vid. artículo 62, apartados 1 y 3.a), de la Ley 24/1988, actuales artículos 138.1 y 139.1.a) del citado texto refundido de la Ley del Mercado de Valores]. Por ello, el mero hecho de que la sociedad tenga prevista como una de sus actividades la compra y venta de valores, sin más especificación, no la convierte en sujeto activo del Mercado de Valores ni en sujeto obligado al cumplimiento de los rigurosos requisitos que para los mismos exige la legislación especial. Lo que ocurre en el presente caso es que, no sólo no se excluyen de la definición estatutaria del objeto social aquellas actividades relativas a los valores -o a determinadas operaciones sobre ellos- que estando comprendidas en el ámbito de la citada Ley especial no se ajusten a los requisitos establecidos en ella, sino que se incluyen en el mismo las actividades cuestionadas y expresamente se sujetan a la normativa especial, de modo que se impone el rechazo previsto en el apartado número 9 del artículo 144 del vigente texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Si la intención de los fundadores es no incluir tales actividades en el objeto social es evidente que la redacción de la disposición estatutaria debatida no se ajusta a las exigencias mínimas de claridad y precisión que deben cumplir los estatutos para su incorporación al instrumento público y para su inscripción registral.

4. El segundo de los defectos objeto del recurso se refiere a la cláusula estatutaria por la que se dispone que «el cargo de administrador será retribuido con la cantidad que, para cada ejercicio, acuerde la Junta General». Considera el registrador que no puede inscribirse porque no señala sistema de retribución alguno.

5. Para decidir si la disposición estatutaria cuestionada se ajusta o no al artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual el sistema de retribución de los administradores deberá constar, en todo caso, en los estatutos sociales, debe tenerse en cuenta la doctrina de este Centro Directivo, que ha tenido ocasión de pronunciarse, repetidamente, sobre la materia en diversas Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente, de las que resulta que el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en estatutos, 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 en las Resoluciones de 16 de febrero y 7 de marzo de 2013 y 17 de junio de 2014), 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, de suerte que en ningún caso quede a la voluntad de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos. Por ello procede confirmar la calificación del registrador, pues al limitarse los estatutos a establecer que el referido cargo será retribuido con la cantidad que, para cada ejercicio, acuerde la junta general, es evidente que deja al arbitrio de este órgano el concreto sistema de retribución del administrador, con la falta de seguridad que ello supone tanto para los socios actuales o futuros de la sociedad, como para el mismo administrador cuya retribución dependería de las concretas mayorías que se formen en el seno de la junta general.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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, 21 de enero de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.