

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13431 *Resolución de 27 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil y de bienes muebles I de Tarragona, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por don A. M. A., en su calidad de administrador único de la sociedad «Epcó Sistemas, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Tarragona, don Juan Enrique Ballester Colomer, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Hechos

I

Se autorizó el día 25 de octubre de 2021 por el notario de Reus, don Francisco Javier Pajares Sánchez, escritura de acta de requerimiento [sic], por la que don A. M. A. le requería al notario, al efecto de levantar acta de la junta general por él convocada y a celebrar el día 27 de octubre de 2021, siendo los únicos socios el compareciente (que ostentaba el 75% del capital social), y don J. C. C. (quien ostentaba el resto). La convocatoria a este socio se llevó a cabo mediante burofax, protocolizado, de la que resultaba el siguiente orden del día: «Primero.–Examen, y en su caso aprobación, de las Cuentas Anuales del ejercicio 2020 cerrado en fecha 31 de diciembre y de la propuesta de aplicación del resultado. Segundo.–Aprobación de la gestión del órgano de administración durante el ejercicio. Tercero.–Aprobación de la propuesta de nuevos Estatutos de la sociedad, cuyo texto ha sido redactado por refundición. Cuarto.–Nombramiento de auditor para el ejercicio 2021 (...)».

De la diligencia, de fecha 27 de octubre de 2021, resultaba que se constituía la junta general con la presencia del socio administrador único, así con la asistencia del representante del otro socio. Por diligencia posterior, de fecha 5 de noviembre de 2021, se incorporaba el acta de la junta. De la citada acta, resultaba que, estando presente la totalidad de los socios de la sociedad, acordaban constituirse en junta general universal. En lo que ahora interesa y en relación al punto tercero del orden del día, el representante del socio minoritario preguntaba al administrador la causa de la refundición de los estatutos, a lo que se respondía que se debía a la antigüedad de los existentes. También señalaba el citado representante que la reforma incluía una modificación de la remuneración del administrador lo que, estando la sociedad en pérdidas, no procedía, por lo que vota en contra de los nuevos estatutos. El administrador explicaba la necesidad de la refundición en cuestiones como el domicilio social, transmisión de participaciones, voto a distancia y modos de organización y funcionamiento del órgano de administración.

Del contenido del registro particular de la sociedad, resulta que la inscripción 8.^a se refería a la refundición de estatutos para su adaptación a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y que en relación al artículo 8 se establecía como sujeta a derecho de adquisición preferente la transmisión «inter vivos» a favor de extraños, pero libre la de participaciones a favor del cónyuge, ascendientes o descendientes del socio.

Del ejemplar de los estatutos protocolizado en el documento presentado, resultaba que en su artículo 7 se regulaba la transmisión de participaciones «inter vivos», siendo libre la que se llevaba a cabo entre socios, ascendiente y descendientes.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Tarragona, fue objeto de la siguiente nota 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 la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos

Diario/Asiento: 72/1756
F. presentación: 29/03/2022
Entrada: 1/2022/2.615,0
Sociedad: Epcó Sistemas Sociedad Limitada
Autorizante: Pajares Sánchez, Francisco Javier
Protocolo: 2021/3417 de 25/10/2021

Fundamentos de Derecho (defectos)

1. En relación con el acuerdo tercero que consta en la certificación de elevación a público de acuerdos sociales y según lo dispuesto en el artículo 197 bis LSC en la junta general, deberán votarse separadamente aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes y más concretamente en el apartado b) en la modificación de estatutos sociales, la de cada artículo o grupo de artículos que tengan autonomía propia. Asimismo en relación a la modificación a la modificación del régimen de transmisión de participaciones este una de las causas señaladas en el artículo 346.2 LSC deberá hacerse expresa manifestación sobre la suerte del derecho de separación.

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 del cotitular del Registro.

En relación con la presente calificación: (...)

Tarragona, a 1 de Abril de 2022.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. M. A.A, en su calidad de administrador único de la sociedad «Epcó Sistemas, S.L.», interpuso recurso el día 3 de mayo de 2022 en virtud de escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Primero. Que el artículo 197 bis 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, se refería a la forma en que han de celebrarse las votaciones, pero no tiene regla alguna sobre el desarrollo de las deliberaciones sobre el orden del día; Que el hecho de que en el orden del día se comprendan varios asuntos bajo el mismo punto, no altera el hecho de que deban efectuarse votaciones diferentes si los asuntos son independientes; Que la validez del orden del día debe valorarse atendiendo a sus requisitos y no al artículo 197 bis, como afirma determinada doctrina; Que de ello resulta que hay que atender al resultado de las votaciones y no al orden del día; Que para ello hay que estar al acta de la reunión; Que por parte del socio disidente sólo se llevó a cabo una distinción entre los nuevos estatutos y los antiguos en relación a la remuneración del órgano de administración, y Que los derechos de voto e información no se han visto menoscabados, por cuanto queda clara la voluntad del socio disidente de oponerse a la modificación de estatutos.

Segundo. Que la ubicación del precepto en la Ley de Sociedades de Capital lleva a la conclusión de que solo es aplicable a las sociedades anónimas. El artículo 196 se refiere al derecho de información de sociedades de responsabilidad limitada y el artículo 197 al de las sociedades anónimas, que tiene un apartado bis en la sección relativa a la adopción de acuerdo, y que por ello puede entenderse complementario del artículo 197 y por ello solo aplicable a las sociedades anónimas.

Tercero. Que, en cuanto a la cuestión del derecho de separación, la modificación ni conculca ni puede hacerlo el derecho del socio.

IV

El registrador Mercantil, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 18 de mayo de 2022, ratificándose en su calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del expediente resultaba que, notificada la interposición del recurso al notario autorizante del título calificado, no realizó alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 93, 174, 188, 197 bis, 198, 199, 203, 204, 288, 290, 346, 348 y 349 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, y 97.1.7 y 206 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Una sociedad de responsabilidad limitada es convocada por su administrador para pronunciarse, entre otros asuntos, sobre la «aprobación de la propuesta de nuevos estatutos de la sociedad, cuyo texto ha sido redactado por refundición». Durante el desarrollo de la sesión de la junta, que se constituye con la presencia de sus dos únicos socios, el socio administrador, mayoritario, y el representante del otro socio, minoritario, se vota en su conjunto la propuesta de sustituir los estatutos vigentes por los en ella contenidos. El registrador califica negativamente por incumplimiento de la previsión del artículo 197 bis que exige la votación separada de los artículos propuestos y porque afectando la modificación estatutaria al régimen de transmisión de las participaciones, no contiene el título previsión alguna en relación al derecho de separación. El administrador de la sociedad recurre.

Dejando de lado que el título presentado es una denominada escritura de acta de requerimiento y no la escritura pública a que se refiere el artículo 290 de la Ley de Sociedades de Capital, cuestión sobre la que no existirá pronunciamiento por no referirse a ella la nota de calificación (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), procede resolver sobre el fondo del asunto.

2. Dice así el artículo 197 bis de la Ley de Sociedades de Capital:

«1. En la junta general, deberán votarse separadamente aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes.

2. En todo caso, aunque figuren en el mismo punto del orden del día, deberán votarse de forma separada:

a) el nombramiento, la ratificación, la reelección o la separación de cada administrador.

b) en la modificación de estatutos sociales, la de cada artículo o grupo de artículos que tengan autonomía propia.

c) aquellos asuntos en los que así se disponga en los estatutos de la sociedad».

Como se ve, la norma contiene un mandato general de voto separado de aquellos asuntos que tengan naturaleza independiente y, a continuación, un mandato explícito de que deben tenerse por independientes los acuerdos que se refieran a la modificación de los estatutos sociales, amén de los relativos al nombramiento y cese de administradores y a los así previstos en estatutos.

Por lo que se refiere a la votación de la modificación de estatutos la norma es meridiana por cuanto exige la votación separada por artículos o por grupos de artículos siempre que tengan «autonomía propia». Aunque el precepto no explica que deba entenderse por autonomía propia, y sin perjuicio de lo que se dirá, lo que es claro es que la regla general es la votación separada por artículos y la excepción su agrupación a efectos de ejercicio del derecho de voto. Todo ello sin que los estatutos puedan prever lo contrario: «en todo caso» dice el precepto, y sin necesidad de que en el orden del día de la convocatoria se haga precisión al respecto.

El precepto ha sido introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 31/2014, de 3 diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo con la que, en la materia que nos ocupa y como aclara su Exposición de Motivos: «(...) se pretende con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial». Y más adelante: «Siguiendo con la participación de los accionistas en la junta general, la reforma trata de garantizar que los accionistas se pronuncien de forma separada sobre el nombramiento, la reelección o la separación de administradores y las modificaciones estatutarias, y que puedan emitir de forma diferenciada su voto».

La doctrina más autorizada considera así que la finalidad de la reforma tiende a fortalecer el ejercicio de los derechos individuales de los socios evitando que la agrupación de decisiones distorsione el libre ejercicio del derecho individual del voto, forzando a votar como una unidad cuestiones que se refieran a aspectos distintos. De ahí que la reforma, mediante la introducción del artículo 197 bis, formule tanto el principio general de que los asuntos sustancialmente independientes deben votarse por separado como las reglas especiales que así lo imponen en cualquier caso, sin posibilidad de previsión en contrario.

De este modo se garantiza que los socios minoritarios puedan ejercer su derecho al voto del modo más transparente y consciente posible.

Dados los claros términos en que se pronuncia el precepto transcrito, cuando de la modificación de estatutos se trata, el criterio interpretativo debe ser, también como regla general, el de la necesidad de votación separada de cada artículo cuya modificación se sujete al criterio de la junta general. Sólo se exceptiona el supuesto de que se agrupen artículos que puedan ser objeto de voto único porque así lo permita su redactado de modo que el voto favorable o desfavorable en su conjunto responda a su unidad de objeto, al hecho de que se refieran a cuestiones que puedan tratarse de forma unitaria o a la circunstancia de que resultare imposible votar a favor de uno de ellos y en contra en otro sin caer en contradicción (por ejemplo, y con las debidas reservas, el régimen de transmisión «inter vivos» de las participaciones sociales).

Esta finalidad protectora del artículo 197 bis justifica la extensión de su previsión a todo tipo de sociedades de capital, ya anónimas ya de responsabilidad limitada. La reforma llevada a cabo por el artículo 5 de la Ley 31/2014, de 3 diciembre, crea una nueva subsección primera en la Sección Tercera del Capítulo VII del Título V de la Ley de Sociedades de Capital, en la que bajo el epígrafe «Votación de los acuerdos», se subsume únicamente el artículo 197 bis, dejando para las dos subsecciones siguientes las especialidades propias de las sociedades de responsabilidad limitada (Subsección Segunda), y de las sociedades anónimas (Subsección Tercera). Es claro que el mandato del precepto es predicable de ambos tipos de sociedades por ir dirigido a la protección del ejercicio del derecho de voto y de la autonomía de la junta general.

3. Cuando la previsión del artículo 197 bis no se respeta en el desarrollo de la junta general surge un claro motivo de impugnación por su contrariedad con la previsión legal tal y como así lo prevé el artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital, lo que a su vez fundamenta la calificación negativa en los términos del artículo 18 del Código de Comercio.

Es cierto que el propio artículo 204.3.a) excluye de la impugnación la infracción de requisitos meramente procedimentales, pero la excepción viene a su vez exceptuada en aquellos supuestos en que la infracción sea considerada, a su vez, relevante.

Y así ocurre en el supuesto del artículo 197 bis.2 en aquellos casos en que se prescinde lisa y llanamente del mandato legal violentando el ejercicio individual del derecho del socio sobre cada uno de los asuntos de modificación de estatutos sometidos a su voto. No estamos ante un supuesto de mero error de procedimiento en la convocatoria o constitución de la junta general, sino ante la privación forzada al socio del derecho reconocido con carácter inderogable a ejercer su derecho de voto sobre cada artículo sujeto a modificación o grupo de artículos con autonomía propia.

4. Así ocurre en el supuesto de hecho en el que el desarrollo de la junta impone al socio minoritario un pronunciamiento en globo sobre la totalidad de la refundición estatutaria propuesta con patente y directa violación de la previsión del artículo 197 bis de la Ley de Sociedades de Capital. No obsta a lo anterior el hecho de que el socio, en el desarrollo de la sesión, solo hiciera manifestación por medio de su representante del aspecto relativo al cambio introducido en la remuneración del órgano de administración. Lo trascendente es que en el desarrollo de la sesión se ha violado el contenido del artículo 197 bis de la Ley de Sociedades de Capital y con él, el derecho individual del socio a pronunciarse sobre el asunto de la modificación de estatutos en el modo previsto en la ley. Tampoco es relevante que la propuesta de modificación estuviera fundamentada en la necesaria adaptación del texto estatutario a las distintas modificaciones legales sobrevenidas pues no es esta la cuestión que se ventila. Es la privación al socio del derecho al ejercicio de su derecho de voto en el modo previsto legalmente el que justifica la calificación negativa y con ella, la desestimación del recurso.

5. La cuestión se pone de manifiesto aún con mayor claridad cuando se analiza el segundo defecto señalado relativo al cumplimiento de las exigencias derivadas de la posible existencia del derecho de separación a que se refiere el artículo 346.2 de la Ley de Sociedades de Capital y que, conforme al artículo 349 de la propia ley y 206 del Reglamento del Registro Mercantil, precisan de requisitos especiales para su inscripción.

Partiendo de la patente modificación del régimen (que suprime la libre transmisión a favor del cónyuge del socio), el sentido del voto ejercitado por el socio determina si existe o no derecho de separación (vid. artículos 346 y 348 de la Ley de Sociedades de Capital), por lo que cobra todo su sentido la exigencia de pronunciamiento específico sobre la cuestión sin que deba distorsionarse con el pronunciamiento sobre otras cuestiones que tienen un alcance y unos efectos completamente distintos.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 27 de julio de 2022.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.