

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12634 *Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XVIII de Madrid a inscribir la modificación de determinado precepto estatutario.*

En el recurso interpuesto por doña M. P. J. J., en nombre y representación de la sociedad «Chip Card, S.A.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVIII de Madrid, don Pedro Ávila Navarro, a inscribir la modificación de determinado precepto estatutario.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Rafael Bonardell Lenzano, el día 15 de junio de 2015, número de protocolo 795, doña M. P. J. J., como secretaria del consejo de administración de la sociedad «Chip Card, S.A.», otorgó escritura de elevación a público de acuerdos sociales, dándose nueva redacción de determinados artículos de los estatutos de dicha sociedad, entre ellos el 41, pues según se dice –literalmente– en la certificación incorporada a la escritura: «...(vii) Se acuerda la modificación del artículo 41 para la introducción de mejoras técnicas y de redacción. En consecuencia el artículo 41 de los Estatutos Sociales queda con la siguiente redacción: Artículo 41. No podrán los accionistas incoar demanda alguna contra la Sociedad sin antes haber sometido la cuestión a la Junta General de Accionistas y haber resuelto ésta sobre el asunto planteado».

II

El día 16 de junio de 2015, se presentó copia autorizada de dicha escritura al Registro Mercantil de Madrid, con el número de entrada 73.299, asiento 1/2579/409, y fue objeto de inscripción parcial, con calificación por el registrador, don Pedro Ávila Navarro, que, a continuación, se transcribe: «(...) Fundamentos de Derecho: (...) 1. De acuerdo con lo solicitado se ha practicado inscripción parcial no inscribiéndose el artículo 41 de los estatutos sociales por ser contrario al principio de amparo judicial del artículo 24 de la Constitución española. En relación con la presente calificación: (...) Madrid, uno de julio de dos mil quince».

III

Mediante escrito presentado en el Registro Mercantil de Madrid el día 30 de julio de 2015, doña M. P. J. J., en nombre y representación de la sociedad «Chip Card, S.A.», interpuso recurso contra la calificación en el que alega, en síntesis, lo siguiente: Primero.– En relación con el alcance de la modificación del citado artículo 41, el único cambio introducido en la nueva redacción, respecto de la previa inscrita en 1999, se refiere a la supresión del tipo de junta al que los accionistas habrían de someter la cuestión con carácter previo a la incoación de demanda, señalándose en el nuevo artículo que será la junta general, sin especificar si ha de ser la ordinaria o la extraordinaria, y, como es sabido, no se ha producido ningún cambio en la Constitución Española que justifique el cambio de criterio respecto del señalado artículo 41; Segundo.–El artículo 41 en cuestión no vulnera el artículo 24 de la Constitución Española, ya que el hecho de que se prevea estatutariamente que los accionistas sometan previamente a la junta la cuestión, ha de ser interpretado como

un estadio previo a la vía judicial; e igual que podría serlo el acuerdo de sometimiento de los conflictos a arbitraje o a un recurso previo en la vía contenciosa-administrativa, pero no como un impedimento para la vía judicial, y menos aún como un supuesto de indefensión para el accionista. Lo que se prevé es que la sociedad, a través de la junta, pueda alcanzar una solución al presunto conflicto que satisfaga el interés del accionista afectado y que pueda evitar que éste tenga que acudir a los tribunales, si bien ello no perjudica que acuda si lo considera adecuado a sus intereses, y Tercero.—El hecho de que el citado artículo se inscriba e integre en los estatutos, lo convertirá en una norma contractual aplicable entre accionistas, lo cual no le concede ninguna fortaleza jurídica, caso de que el socio, aun inscrito el artículo, decide demandar a la sociedad sin más, toda vez que serán los tribunales quienes se pronunciarán sobre el derecho a la tutela judicial del socio en relación con la alegación que del citado artículo 41 haga la sociedad en vía judicial.

IV

El notario autorizante de la escritura calificada alegó lo siguiente: Primero.—Que se adhería a los motivos y fundamentos esgrimidos en el escrito de impugnación presentado por la sociedad recurrente; Segundo.—Que comparando el texto ya inscrito con el reformado, la única modificación es la supresión del adjetivo «extraordinaria», sin que resulte alterado el resto del mismo, por lo que ha de tenerse en cuenta el principio de salvaguardia de los asientos registrales que proclama el artículo 20.1 del Código de Comercio, con la consecuencia de que la calificación del registrador no puede extenderse en esta instancia al contenido sustancial del artículo, que en la redacción modificada continúa incólume y, por tanto, bajo la salvaguardia de los tribunales, de manera que sólo podría alcanzar a la eliminación del término «extraordinaria»; Tercero.—Que en la calificación impugnada, el registrador no cuestiona la validez de la alteración gramatical introducida, sino que objeta la regulación material recogida en el precepto estatutario por estimar que vulnera el artículo 24 de la Constitución Española. Con ello no consigue obstaculizar el acceso al Registro Mercantil de la previsión pretendidamente defectuosa, ya inscrita, sino tan sólo que el texto estatutario publicado por el Registro condiciona la iniciación del procedimiento judicial al previo tratamiento de la cuestión conflictiva en una junta general extraordinaria, añadiendo el informante lo siguiente: «Sin duda alguna, ha de tratarse de un error causado por no cotejar el texto modificado con el previamente inscrito», y Cuarto.—Que en cuanto al fondo del argumento esgrimido por el registrador, no parece que el sometimiento a un trámite previo de finalidad conciliadora, como es el tratamiento de los eventuales conflictos por la junta de accionistas, suponga una vulneración flagrante del principio de tutela judicial efectiva que impida el acceso al Registro Mercantil de una disposición estatutaria. Si la supusiera, también habría que plantearse la eventual inconstitucionalidad de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, o del artículo 132-4 del Código Civil Catalán.

V

Mediante escrito, de fecha 3 de agosto de 2015, el registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1284 del Código Civil; 1, 2, 9, 11, 11 bis, 11 ter, 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; la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 85/2008, de 21 de julio, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de abril de 1989, 18 de febrero de 1991, 10 de noviembre de 1993, 19 de febrero de 1998, 4 de mayo de 2005 y 25 de junio de 2013.

1. Mediante la escritura cuya calificación es impugnada se elevan a público los acuerdos sociales de una sociedad anónima, adoptados en junta universal y por unanimidad, consistentes en la modificación, entre otros, de un artículo de los estatutos sociales, de suerte que queda con la siguiente redacción: «No podrán los accionistas incoar demanda alguna contra la Sociedad sin antes haber sometido la cuestión a la Junta General de Accionistas y haber resuelto ésta sobre el asunto planteado».

Como ponen de relieve tanto la recurrente como el notario autorizante de la escritura, comparando la nueva redacción del citado artículo estatutario con la del previamente inscrito en el Registro Mercantil, la única modificación operada consiste en la supresión del adjetivo «extraordinaria» referida a la junta general, sin que resulte alterado el resto del mismo.

El registrador resuelve no practicar la inscripción solicitada porque, a su juicio, es contrario al principio de amparo judicial del artículo 24 de la Constitución Española.

2. Antes de entrar a resolver el fondo del recurso, cabe recordar el significado constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no en vano es alegado escuetamente por el registrador en la nota de despacho, y que según la doctrina no es sino el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener de los tribunales una resolución motivada, proscribiéndose que por parte de éstas se pueda sufrir indefensión al no permitírseles ejercer todas las facultades que legalmente tienen reconocidas.

En esa línea, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 2008 expresa lo siguiente: «...debe recordarse que este Tribunal afirmó en la STC 175/2001, de 26 de julio, que las personas... son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso, constituyendo doctrina consolidada de este Tribunal (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 2) que uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales, si bien ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión».

3. Aunque no es propiamente análogo al supuesto que motiva este recurso, puede traerse a colación la problemática de la posible arbitrabilidad, o mediación, de ciertas controversias en el seno societario, algo que suscitó en su día cierta polémica (y varios pronunciamientos de este Centro Directivo), llegándose a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, que en su Exposición de Motivos expresa lo siguiente: «La Ley también aclara, mediante la inclusión de dos nuevos preceptos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital. Con la modificación se reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen, y en línea con la seguridad y transparencia que guía la reforma con carácter general, se exige una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje. Junto a ello también se establece que el sometimiento a arbitraje, de la impugnación de acuerdos societarios, requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral».

En esa línea, se introduce mediante reforma en la citada Ley 60/2003 el nuevo artículo 11 bis, en cuyo apartado número 2 dispone que «la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social». De este modo, al contener este pacto una regla de funcionamiento de la sociedad, resulta que no sólo obliga a las partes en el contrato fundacional, sino a la sociedad que de él nace, que no es parte sino efecto de ese contrato, y a sus órganos y a cuantos sean miembros de éstos, siendo una consecuencia peculiar del arbitraje estatutario, como también lo es que no sólo obliga a las partes y sus herederos, sino a cuantos adquieran la condición de socios derivativamente, por actos «inter vivos» o «mortis causa» (causahabientes, herederos y legatarios) o de forma originaria (en ampliación de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones). La obligación de

someterse a arbitraje forma parte de esa condición y, por la publicidad registral, es oponible al adquirente.

Por su parte, 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 cuál es el conflicto concreto en que se ha de desenvolver la actividad del mediador –artículo 19.1.c)– por lo que éste 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–. Aun 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–.

También debe tenerse en cuenta la reciente Ley de la Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio, que en su Exposición de Motivos señala que «por último, en el Título IX se contiene el régimen jurídico del acto de conciliación de forma completa, trasladando y actualizando a esta Ley lo hasta ahora establecido en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las personas tengan la posibilidad de obtener acuerdos en aquellos asuntos de su interés de carácter disponible, a través de otros cauces, por su sola actuación o mediante la intervención de otros intermediarios u operadores jurídicos, como los Notarios o Registradores».

4. Este Centro Directivo en la Resolución de 25 de junio de 2013, que aun no incardinable tampoco en la cuestión que ahora se suscita, ofrece pautas interpretativas útiles, habiéndose declarado entonces que «...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.(...) 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 (...) 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) (...) 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...».

5. A través del prisma anterior debe analizarse la cuestión debatida y para ello hay que tener en cuenta que la denegación de la inscripción del referido artículo estatutario, tal y como ahora es redactado, dejaría incólume el primitivo precepto estatutario que sólo se diferencia del nuevo en un plus, el adjetivo «extraordinaria» añadido a la referencia a la junta general.

Indudablemente, enjuiciar esta última cuestión es ajena a las competencias de este Centro Directivo, pues corresponde a tribunales, tanto a la hora de determinar –a la vista del principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales– si efectivamente contradice el principio consagrado en el artículo 24 de la Constitución; o si, por el contrario y se diera el caso de un ejercicio directo de acciones ante los tribunales, obviando el trámite estatutario hoy inscrito, tal aparente trámite previo sería una mera instancia facultativa en aras de lograr una avenencia que evitara el recurso a los tribunales (lo que no es sino un ejercicio intelectual en pro de la operatividad de la cláusula, interpretándola en un sentido favorable a que produzca determinados efectos no contra legem, ex artículo 1284 del Código Civil), pero sin efectos interruptivos de una posible prescripción y sin que desencadenara una posible suspensión en sede judicial, pues serán los tribunales quienes decidirían sobre la procedencia o improcedencia de la acción directa ejercitada (algo que como antes se apuntó tiene perfecto encaje en la exégesis del artículo 24 de la Constitución). Por lo demás no se trata de supuestos de arbitraje o mediación societarios, en el sentido técnico que a dichos términos confiere el marco legal vigente antes reseñado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 29 de octubre de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.