

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**13000** *Resolución de 10 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil XXIII de Madrid, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por doña María del Pilar López-Contreras Conde, notaria de Madrid, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil XXIII de Madrid, don Fernando Trigo Portela, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.

#### Hechos

##### I

Por la notaria de Madrid, doña María del Pilar López-Contreras Conde, se autorizó el día 15 de diciembre de 2022 una escritura de constitución de la sociedad «La Pecera Estudio de Producción, SL».

De su cláusula primera resultaba lo siguiente:

«El NIF provisional de la Sociedad es el (...) según acreditan con el modelo 036 que me exhiben los comparecientes cuyo testimonio queda unido a esta matriz». Entre los documentos unidos resultaba la declaración censal, modelo 036, en la que, a mano, resultaba manuscrito un número que coincidía con el que resultaba del cuerpo de la escritura.

De los estatutos que constaban protocolizados resultaba lo siguiente:

“Artículo 12.º Las Juntas Generales se convocarán por el Órgano de Administración mediante envío de la convocatoria por conducto notarial, correo ordinario, burofax o correo electrónico con acuse de recibo o cualquier otro procedimiento de comunicación individual o escrito, siempre que el medio elegido asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio señalado al efecto, o, en su defecto, el que conste en el Libro Registro de Socios (...).”

“Artículo 16.º (...) El ejercicio del cargo de administrador será gratuito. En el caso de que el administrador realice trabajos dependientes de carácter laboral a favor de la empresa, la retribución por tales trabajos, que deberán ser estrictamente de carácter laboral y soportarse en el correspondiente contrato laboral, deberá ajustarse a condiciones de mercado y estar aprobada anualmente por la Junta General de Accionistas (...).”»

##### II

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Fernando Trigo Portela, registrador mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto

en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 182/399.  
F. presentación: 12/01/2023.  
Entrada: 1/2023/5.582,0.  
Sociedad: La Pecera Estudio de Producción SL.  
Autorizante: López Contreras Conde Pilar.  
Protocolo:

2022/2830 de 15/12/2022.

Fundamentos de Derecho (defectos).

1. No se acredita el NIF/CIF de la sociedad con documento auténtico. El Artículo 18.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, que aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos dice lo siguiente: “Artículo 18. Obligación de disponer de un número de identificación fiscal y forma de acreditación. Las personas físicas y jurídicas, así como los obligados tributarios a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, tendrán un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria (...)”.

2. En cuanto a la redacción del artículo 12 de los estatutos sociales, dado que el correo ordinario, no es un procedimiento que garantice la recepción de la convocatoria por los socios, debe establecerse que éste sea con acuse de recibo. (Art. 173 LSC.)

3. En cuanto a la redacción del artículo 16 de los estatutos sociales, si bien en principio la relación orgánica que por naturaleza corresponde al administrador no impide la celebración de un contrato laboral o civil con la sociedad con sus retribuciones correspondientes (ver art 220 LSC), esta acumulación de relaciones y retribuciones ha sido condicionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 21 abril 2005, 30 diciembre 1992, 26 marzo 1996 y especialmente la de la Sala 4.<sup>a</sup> de 9 diciembre 2009) a que el administrador desarrolle como consecuencia de las últimas, una actividad distinta a la que le corresponde como órgano de administración y excluyendo en todo caso los contratos laborales de alta dirección pues, en caso contrario, la función que el administrador ha de desempeñar sobre la base del vínculo laboral estaría ya incluida dentro de la posición orgánica siendo incompatible la dualidad de relaciones y retribuciones prevaleciendo la relación orgánica sobre la laboral – doctrina del vínculo único– (Resoluciones 3 abril 2013 y 12 mayo 2014). Por todo lo dicho deberán condicionarse las retribuciones que el administrador perciba por relaciones laborales a que el administrador desarrolle como consecuencia de las mismas una actividad distinta a la que le corresponde como órgano de administración y excluyendo las relaciones laborales de alta dirección.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009: Teniendo siempre presente el anterior argumento, esta Sala ha resuelto reiteradamente la cuestión que se plantea, en el sentido asumido por la sentencia referencial. Las sentencias de 29-9-1988, 21 de enero, 13 mayo y 3 junio y 18 junio 1991, 27-1-92 (rcud. 1368/1991), 11 de marzo de 1.994 (rcud. 1318/1993), 22-12-94 (rcud. 2889/1993), 16-6-98 (rcud. 5062/1997), 20-11-2002 (rcud. 337/2002) y 26-12-07 (rcud. 1652/2006) han establecido que en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, (de ahí que en el caso presente, sea irrelevante que la amplitud de los poderes sea distinta en el caso de la sentencia recurrida y en el de la referencial, al haber actuado ambos demandantes en

función del vínculo que como miembros de consejo de administración les unía con las empresas demandadas); por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral.

Resolución de 3 de abril de 2013 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública: “No sería inscribible una cláusula estatutaria de una sociedad limitada que estableciese que los administradores o consejeros disfrutarán, por sus servicios como tales, además de la retribución cuyo sistema se describa en estatutos, de sueldos u honorarios a percibir, en virtud de cualesquiera contratos, laborales, civiles o mercantiles, la celebración de los cuales se contempla en estatutos”.

Resolución de 10 de mayo de 2016 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública: “Sin embargo, también en estos supuestos que hemos llamado de administración simple pueden existir funciones extrañas al cargo. Estas funciones extrañas al cargo –es decir, las que nada tienen que con la gestión y dirección de la empresa– tampoco es necesario que consten en los estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan (contrato de arrendamiento de servicios para regular las prestaciones profesionales que presta un administrador a la sociedad, contrato laboral común, etc., en función de las labores o tareas de que se trate); lo único que no cabría es un contrato laboral de alta dirección, porque en ese caso las funciones propias del contrato de alta dirección se solapan o coinciden con las funciones inherentes al cargo de administrador en estas formas de organizar la administración”.

Son defectos subsanables.

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Madrid, a 27 de enero de 2023 El registrador (firma ilegible).»

### III

Contra la anterior nota de calificación, doña María del Pilar López-Contreras Conde, notaria de Madrid, interpuso recurso el día 15 de febrero de 2023 en virtud de escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Primero. Que se acredita el número de identificación fiscal (NIF) de la sociedad con documento auténtico que se incorpora a la escritura (modelo 036 con firma digital verificable con código seguro de verificación legible). No se puede negar el carácter de documento auténtico al modelo 036 ni al testimonio notarial del mismo. Ni el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ni el Reglamento del Registro Mercantil establecen que deba acreditarse el número de identificación fiscal presentando un documento auténtico. El artículo 38.5 del Reglamento del Registro Mercantil sólo establece, que respecto de la identidad de las personas jurídicas, debe indicarse el número de identificación fiscal. Además, la calificación no está suficientemente motivada dado que no explica por qué el documento testimoniado no es un documento auténtico, o por qué le resulta insuficiente, o por qué no exige lo mismo para el documento de identidad de los comparecientes (con cita de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y transcripción parcial), y Que habiéndose incorporado a la escritura el número de identificación fiscal de la sociedad mediante documento público y, a falta de otros, argumentos la calificación resulta arbitraria.

Segundo. Que el registrador interpreta literalmente el término «correo ordinario», ignorando que al término de la frase aparece el requisito de «con acuse de recibo», así como que contiene la cláusula de cierre, transcripción de la legal, relativa a la necesidad

de asegurar la recepción, llegando a la conclusión de que la forma de convocatoria es el simple correo ordinario sin acuse de recibo; Que la interpretación lógica, racional y finalista del artículo 12 de los estatutos debe llevar a la conclusión de que el acuse de recibo es un atributo tanto del conducto notarial como del correo ordinario, burofax o correo electrónico. Tampoco se entiende que el registrador ponga objeciones al correo ordinario y no al conducto notarial al que no exige acuse de recibo, y Que la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 3 de diciembre de 2021 resolvió un supuesto semejante del mismo registrador.

Tercero. Que de la lectura de artículo 16 de los estatutos se desprende que el cargo de administrador es gratuito, que puede ser retribuido por la realización de trabajos de carácter laboral y que tales trabajos deben ser de naturaleza estrictamente laboral y soportarse en un contrato de la misma naturaleza; Que la cláusula es clara y en ningún momento se refiere a la realización de actividades de carácter ejecutivo o propias de la alta dirección, y Que así resulta de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 26 de abril de 2021 contra calificación del mismo registrador (con transcripción) o las de 25 de mayo y 16 de noviembre de 2021.

Cuarto. Que los fundadores de la sociedad habían solicitado la inscripción parcial, de modo que el registrador podía haber inscrito sin la mención al correo ordinario del artículo 12 o a la retribución de las relaciones laborales del artículo 16. El registrador hace caso omiso de la solicitud que afecta a pactos que no resultan esenciales, suspendiendo totalmente la inscripción, lo que resulta inaceptable y perjudica a los fundadores.

Quinto. Que en la escritura se solicita expresamente la aplicación del artículo 18.6 del Código de Comercio y de la Instrucción de 12 de febrero de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (con cita de distintas Resoluciones del Centro Directivo), y Que causa perplejidad que el registrador manifieste que la calificación se ha emitido de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 15 del Reglamento del Registro Mercantil, pues la notaria autorizante ha autorizado innumerables escrituras en términos idénticos y que han sido inscritas sin objeción alguna.

Sexto. Que las Resoluciones citadas consagran la interpretación de unas cláusulas estatutarias prácticamente idénticas al contenido del artículo 12 de los estatutos que deberían haber bastado al registrador para inscribir (con cita de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 2008), y Que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha consagrado en distintas Resoluciones el carácter vinculante de las mismas (con cita, así como de la Sentencia del Tribunal Supremo número 195/2014, de 2 de abril), lo que ha sido obviado por el registrador en su calificación.

#### IV

El registrador Mercantil, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 20 de febrero de 2023, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 23, 173, 211, 217, 218, 219 y 220 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; la disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; los artículos 3.3, 16 y 21.1 de Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; 38 y 95 del Reglamento del Registro Mercantil; 156 y 157 del Reglamento Notarial, 9.3 y 18 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección

tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos; la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 y demás citadas en el texto; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 1993, 15 de abril de 1997, 10 de junio y 27 de agosto de 1998, 11 de febrero y 9 de marzo de 1999, 6 de junio de 2002, 21 y 23 de marzo, 29 de junio y 5 y 7 de julio de 2011, 2 de agosto y 10 de octubre de 2012, 16 y 26 de febrero, 23 de septiembre y 1, 3 y 23 de octubre de 2013, 28 de febrero, 12 y 23 de mayo y 28 de octubre de 2014, 13 de enero, 15 de junio, 30 de julio, 9 y 21 de septiembre 21 de octubre y 5 de noviembre de 2015, 27 de enero, 25 de abril, 10 de mayo y 17 de junio de 2016, 22 de mayo y 20 de diciembre de 2017, 17, 25, 27 y 31 de octubre, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2018 y 2, 9 y 31 de enero, 28 de febrero, 2, 3 y 4 de octubre y 6 de noviembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 y 15 de junio de 2020, 26 de abril, 25 y 27 de mayo, 9 de junio, 7 de julio y 3 y 16 de noviembre de 2021 y 22 de julio de 2022.

1. Presentada a inscripción escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, es objeto de calificación negativa por parte del registrador mercantil. La notaria autorizante recurre ante esta Dirección General y posteriormente devuelve la escritura de constitución de sociedad acompañada de acta de modificación de determinados aspectos de su contenido. El registrador mantiene el primero de los defectos señalados en la nota transcrita en los «Hechos».

Con posterioridad tiene entrada escritura pública autorizada por otro notario por la que se subsana el primero de los defectos señalados procediendo el registrador Mercantil a la inscripción de la escritura.

Sin embargo, y de acuerdo a la doctrina de este Centro Directivo, la subsanación del defecto y la práctica en su caso del asiento solicitado no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador. Como recuerda la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de julio de 2018 (1.ª), del artículo 325 de la Ley Hipotecaria resulta que la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación ni impide a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso, ni implica desistimiento de la instancia ni decaimiento de su objeto en caso de que la subsanación haya tenido lugar tras la interposición del recurso, por lo que procede su resolución.

En el expediente que da lugar a la presente se plantean por la notaria recurrente distintas cuestiones de ámbito formal, que afectan al modo que se ha desarrollado el procedimiento registral que por su importancia deben ser objeto de tratamiento previo. Sin embargo, y también con carácter previo, hay que poner de relieve que el objeto de la presente consiste exclusivamente en determinar si la calificación del registrador es o no ajustada a Derecho. Esta afirmación es relevante porque con independencia de que esta Dirección General se ha referido en numerosas ocasiones a cuestiones de procedimiento que incluyen el modo en que debe redactarse la nota de calificación o a la necesaria comunicación entre notarios y registradores, lo cierto es que no puede referirse a cuestiones que deben ser tratadas de forma independiente, en procedimiento especial y con la debida audiencia a las partes a fin de que aleguen aquello que en derecho les convenga para la defensa de su posición jurídica. Esta matización es de especial importancia en un expediente como el presente en el que la notaria autorizante, en su escrito de recurso, y el registrador, en su preceptivo informe, difieren en la exposición y presentación de los hechos que han tenido lugar durante el procedimiento.

Como esta Dirección General ha recordado de modo continuo, el procedimiento contra la calificación de los registradores se fundamenta exclusivamente en el análisis de la documentación presentada a inscripción y en la nota de calificación que en su caso se emita sin que pueda resolver sobre cuestiones ajenas al contenido de la documentación presentada y a su objeto (artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

2. Hecha la advertencia anterior, corresponde hacer una primera valoración de las alegaciones formales y procedimentales que resultan del escrito de recurso.

En primer lugar, el escrito de recurso entiende que el primer defecto no está debidamente motivado. En relación a la cuestión de la motivación de la nota de calificación, esta Dirección General ha afirmado (vid. Resolución de 16 de diciembre de 2021, por todas), que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 20 de julio de 2012 y 18 de noviembre de 2013, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso.

Este régimen es de plena aplicación a los registros de naturaleza Mercantil habida cuenta de que la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social establece: «La regulación prevista en el sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del registrador de la Propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y del de Bienes Muebles».

Es igualmente doctrina de esta Dirección General (vid. Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012, 19 de julio de 2013 y 22 de diciembre de 2015) que la argumentación en que se fundamenta la calificación es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición, por lo que procede entrar en el fondo del asunto. La ausencia de indefensión material impide que la mera presencia de una indefensión puramente formal determine la nulidad del procedimiento.

Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo como recuerda su Sentencia número 969/2022, de 15 de marzo. en la que afirma: «Hemos declarado en otras ocasiones que “deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla” (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, 759/2015, de 30 de diciembre, y 619/2021, de 22 de septiembre)».

Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su Sentencia de 28 de enero de 2013 afirma que: «Esto determina que la supuesta lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que denuncian los recurrentes resulte ser un reproche meramente formal y retórico, carente, por lo tanto, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, de la imprescindible relevancia constitucional, ya que es igualmente doctrina reiterada y conocida de este Tribunal la que señala que –de producirse– no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca inevitablemente un perjuicio material en los derechos de defensa que corresponden a las partes en el proceso (por todas, recientemente STC 42/2011, de 11 de abril, F. 2). Como subraya por su parte la STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 11, lo relevante a estos efectos es determinar si –en este caso– esa supuesta irregularidad procesal causó un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa (...), privando o limitando su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses».

Al igual que afirmara la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de julio de 2022 (2.<sup>a</sup>), la recurrente conoce con precisión cual es el motivo por el que no se ha practicado la inscripción solicitada como demuestra que ha ejercitado su derecho de impugnación por la vía del presente recurso y sin que haya planteado duda alguna sobre el alcance de la calificación. La calificación es suficientemente expresiva en la determinación del motivo por el que entiende que no está acreditado el cumplimiento del requisito relativo al número de identificación fiscal y en base a dicha información la recurrente ha construido su escrito de alegaciones en defensa de su posición jurídica.

En segundo lugar la notaria recurrente entiende que debería haberse practicado inscripción parcial que se solicita expresamente en la escritura pública «(...) en el caso de que cualquiera de sus pactos, cláusulas y condiciones y los contenidos en su caso en la certificación y estatutos unidos a la misma, especialmente en lo relativo a las actividades que constituyen su objeto, adolecieran de algún defecto que impida su inscripción y proceda conforme a lo establecido en el artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil».

Como recuerda la reciente Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 8 de febrero de 2023: «(...) la regla general sobre posibilidad de inscripción parcial de los documentos presentados en el Registro de la Propiedad, es que si el pacto o estipulación rechazados por el registrador afectan a la esencialidad del contrato o derecho real cuya inscripción se pretende, la inscripción parcial solo será posible, sin dicho pacto, si media solicitud expresa e indubitada del interesado o interesados (artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 18 de julio y 19 y 20 de octubre de 2016, 20 de octubre de 2017, 21 de junio, 31 de octubre y 2 de noviembre de 2018 y 21 de junio de 2019), no pudiendo el registrador actuar de oficio en aras a practicar esa inscripción parcial».

Dicha doctrina, reiterada para el procedimiento en el Registro Mercantil (vid., por todas la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2017), debe ser aplicada con especial prudencia en este ámbito pues la existencia de un régimen legal supletorio a las previsiones estatutarias puede dar lugar a la aplicación de un régimen jurídico completamente contrario al deseado por las partes y plasmado en el documento público. De aquí que la mera solicitud genérica de inscripción parcial no siempre pueda ser traducida en su práctica si con ello deriva la desvirtuación de la voluntad social expresada en los estatutos lo que justifica la suspensión de la totalidad de la inscripción solicitada. De este modo sólo será posible la inscripción parcial si el interesado lo solicita expresamente ya que la inscripción no reflejará íntegramente el contenido negocial contenido en la escritura pública. Para que ello sea posible es preciso que el registrador exprese en su resolución de suspensión o denegación el motivo que impide la práctica de la inscripción parcial solicitada pues de otro modo no se dará satisfacción a la rogación que esta implica.

Lo que ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente es que el primer defecto señalado por el registrador, el relativo al número de identificación fiscal, impide, como veremos, la práctica de la inscripción en su totalidad por afectar a los requisitos de apertura de folio registral, haciendo inviable la rogación parcial.

3. El escrito de recurso reprocha a la nota de calificación que haga referencia a los artículos 18.8 del Código de Comercio y 15 del Reglamento del Registro Mercantil, cuya aplicación expresamente se solicita en la escritura pública, porque afirma que en otras muchas ocasiones se han inscrito otras escrituras de contenido idéntico. Sin perjuicio de que el registrador en su informe niega esta circunstancia, cabe afirmar como ya hiciera la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 2010 que dicho precepto reglamentario establece para el caso del Registro Mercantil servido por varios titulares que «siempre que el Registrador a quien corresponda la calificación de un documento apreciare defectos que impidan practicar la operación solicitada, los pondrá en conocimiento del cotitular o cotitulares del mismo sector, a quienes pasará la documentación. El que entendiere que la operación es procedente, la

practicará bajo su responsabilidad». En el supuesto que da lugar a la presente, el registrador manifiesta en su nota de calificación que ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la normativa expuesta, afirmación que reitera en su informe, por lo que esta Dirección General, dentro del ámbito de este recurso (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), debe ceñirse a la nota de calificación que como documento público da fe del hecho que lo motiva (artículo 1218 del Código Civil), sin perjuicio de que si la recurrente quiere combatir las afirmaciones fácticas que contiene debe hacerlo en el procedimiento adecuado y no en el presente que, como resulta de consideraciones anteriores, está limitado por su objeto y medios de conocimiento.

Por último y en relación al carácter vinculante de las Resoluciones estimatorias de esta Dirección General a que se refiere el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, este Centro Directivo modificó su inicial criterio en sus Resoluciones de 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 22 de mayo de 2012 en los términos siguientes: «(...) la independencia del registrador en el ejercicio de su función calificadora bajo su propia y exclusiva responsabilidad, tanto respecto de calificaciones anteriores efectuadas por él mismo o, incluso, respecto del mismo documento por otro registrador, como respecto de las resoluciones de la Dirección General ha sido reiteradamente reconocida por este Centro Directivo (por todas, valgan las Resoluciones de 18 noviembre 1860; 5 de diciembre 1961; 20 octubre 1976, y 8 de mayo de 2012) (...) los tribunales han dejado atrás la doctrina de los últimos años de la Dirección General respecto al carácter vinculante prescrito por el artículo 327 de la Ley Hipotecaria. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial (...) por ello si en otro cualquier supuesto similar, las circunstancias fueran distintas a los razonamientos o los argumentos empleados difirieran de los contemplados por las resoluciones del Centro Directivo, cabría plantear un nuevo recurso en el que se dilucidara (...) En definitiva, la resolución vincula en los términos planteados y limitado al concreto caso que contempla y resuelve, es decir, tal y como sostiene el recurrente, no se puede separar del supuesto de hecho que las motiva ni de la argumentación utilizada en él, y sólo vincula al Registrador calificador y a los demás Registradores que hayan de calificar el mismo documento, por afectar a varios Registros (...) Cuestión distinta son las consultas formuladas a la DGRN, conforme a lo prevenido en el artículo 103 de la Ley 24/2001, cuyo carácter vinculante para todos los Registradores y Notarios no se pone en duda y cuyo incumplimiento puede traer como consecuencia la apertura de un expediente sancionador». Por todo ello, debe volverse en este punto a la doctrina clásica de este Centro Directivo, recogida en las resoluciones reseñadas».

4. Aclarada la doctrina de este Centro Directivo en relación a las cuestiones procedimentales expresadas, procede entrar en el análisis de las de fondo.

Por lo que se refiere a la primera, relativa a la constancia del número de identificación fiscal (NIF), hay que partir de la necesidad de que resulte de la escritura pública cuya inscripción se solicita. Así resulta del artículo 38.2.5.º del Reglamento del Registro Mercantil que exige su constancia en la inscripción que se practique como una mención de identidad y del artículo 95.1 del mismo reglamento que señala que la constitución de las sociedades mercantiles deben constar, para su inscripción, en escritura pública.

El Reglamento Notarial establece la obligatoriedad de hacer constar el número de identificación fiscal en su artículo 156.5.º, aclarando el artículo 157 que «las circunstancias identificativas de los otorgantes o comparecientes se harán constar por lo que resulte de los documentos de identidad aportados y en su caso de sus manifestaciones».

Por su parte, la disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, relativa al número de identificación fiscal dispone que: «1. Toda persona física o jurídica, así como las entidades sin personalidad a que se refiere el apartado 4 del artículo 35 de esta ley, tendrán un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Este número de identificación fiscal será facilitado por la Administración General del Estado, de oficio o a instancia del interesado».

El desarrollo de este mandato se contiene en el artículo 18 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos que establece lo siguiente: «Obligación de disponer de un número de identificación fiscal y forma de acreditación. 1. Las personas físicas y jurídicas, así como los obligados tributarios a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, tendrán un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. 2. El número de identificación fiscal podrá acreditarse por su titular mediante la exhibición del documento expedido para su constancia por la Administración tributaria, del documento nacional de identidad o del documento oficial en que se asigne el número personal de identificación de extranjero».

Del conjunto de esta regulación resulta que toda sociedad de capital está obligada a ostentar un número de identificación fiscal, que dicho número debe hacerse constar en la inscripción que se practique en el Registro Mercantil por traslado de lo que resulte de la escritura pública de constitución y que el notario autorizante de la escritura debe tomar dicho dato del documento que se le aporte para justificarlo. Tratándose de escritura de constitución de sociedad de capital, el documento será, como resulta del artículo 18 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, el expedido por la Administración Tributaria.

En consecuencia, no cabe acreditar la existencia del número de identificación fiscal por la presentación del escrito por el que se solicita su asignación. La razón es obvia pues por definición el escrito o instancia de solicitud de alta en el censo fiscal por el que igualmente se solicita la asignación del número de identificación fiscal de conformidad con el artículo 9.3 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, no puede contener el número de identificación que se demanda.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, la escritura de constitución afirma que la acreditación del número de identificación fiscal se lleva a cabo por la presentación que hacen los fundadores del ejemplar de solicitud de alta en el censo fiscal (modelo 036), lo que sólo acredita el hecho de que efectivamente se ha solicitado el alta y que se asigne un número de identificación fiscal, pero no que la Administración Tributaria lo haya expedido ni su identidad. Esto sólo es posible mediante la aportación del documento expedido por la propia Administración Tributaria tal y como dispone el artículo 18 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. En nada cambia lo anterior el hecho de que en dicho documento de solicitud de alta, protocolizado en la escritura presentada a inscripción, se haya hecho constar de forma manuscrita un número. Ni dicha expresión manuscrita consta identificada, ni resulta que dicho número sea precisamente el número de identificación fiscal asignado por la Administración Tributaria ni cabe entender cumplida la obligación de acreditación con aportación de un documento expedido por la propia Administración Tributaria.

Procede en suma confirmar el primer defecto.

5. Por lo que hace referencia al segundo defecto, la cuestión se centra en determinar si la cláusula estatutaria, tal y como está redactada, cumple suficientemente con los requisitos que exige el artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital cuando permite la previsión de que: «En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad».

Al respecto, es doctrina de esta Dirección General (vid., por todas, Resolución de 22 de marzo de 2022), que a fin de simplificar y disminuir los costes en las convocatorias de la junta general de las sociedades de capital el artículo 173 de su ley reguladora, en sustitución de la forma de convocatoria prevista con carácter supletorio (anuncio publicado en la página web de la sociedad, inscrita y publicada, o, en su defecto, anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social) permite que los

estatutos sociales establezcan que la convocatoria se realice en la forma señalada en el precepto transcrito.

Con tales requisitos se pretende garantizar al socio una publicidad que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir. Por ello, para enjuiciar la admisibilidad o el rechazo de los procedimientos estatutarios de convocatoria de la junta general en sustitución de la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en la web o en un diario, deberá apreciarse si con aquéllos se cumplen o no las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por la norma legal.

En aplicación de dicha doctrina, este Centro Directivo ha entendido que el envío por correo certificado con aviso de recibo cumple tales exigencias legales (cfr., por todas, la Resolución de 16 de abril de 2005), También ha admitido esta Dirección General (vid. Resoluciones de 21 de marzo y 5 de julio de 2011, 2 de enero y 6 de noviembre de 2019 y 15 de junio de 2020) que la convocatoria se realice mediante burofax con certificación del acuse de recibo, por ser un sistema equivalente a la remisión de carta certificada con aviso de recibo.

De igual modo, y en relación a la convocatoria hecha por correo electrónico, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de octubre de 2014 no lo consideró medio adecuado en aquella ocasión al no contemplarse medio alguno de prueba de que había sido debidamente recibido. Por ello, en la posterior Resolución de 19 de julio de 2019 aceptó tal medio de convocatoria porque a la forma de remisión por correo electrónico se sumó un mecanismo de verificación de su recepción por los socios destinatarios.

La cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si el correo ordinario puede considerarse como uno de los sistemas de convocatoria de juntas generales que, por reunir los requisitos del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, han de considerarse como aptos.

La respuesta es negativa pues como resulta del contenido de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, no existe garantía de entrega ni de justificación para este tipo de correo. Como resulta del artículo 3.3 de la ley citada el mero envío postal consiste en: «(...) la comunicación materializada en forma escrita sobre un soporte físico de cualquier naturaleza, que se transportará y entregará en la dirección indicada por el remitente sobre el propio envío o sobre su envoltorio (...)».

Y es que el ámbito ordinario de los envíos postales tiene un contenido limitado como resulta del artículo 21.1 de la propia ley: «Se incluyen en el ámbito del servicio postal universal las actividades de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de envíos postales nacionales y transfronterizos en régimen ordinario de: a) Cartas y tarjetas postales que contengan comunicaciones escritas en cualquier tipo de soporte de hasta dos kilogramos de peso».

Como resulta de este mismo precepto en su inciso final: «El servicio postal universal incluirá, igualmente, la prestación de los servicios de certificado y valor declarado, accesorios de los envíos contemplados en este apartado».

El servicio de entrega certificada se presenta así como un servicio adicional y diferenciado como resulta del artículo 16 de la reiterada norma: «El operador designado para prestar el servicio postal universal deberá facilitar al remitente de cualquier envío certificado, a petición del mismo y previo pago del importe que corresponda, resguardo acreditativo de su admisión, donde conste la fecha y hora de su presentación, y asimismo de su recepción por el destinatario de su envío».

De este modo y frente al servicio de envío de correspondencia ordinario se contraponen el servicio de envío certificado en el que se aúna el servicio comprendido en el de entrega y la prueba de su recepción por el destinatario o, en su caso, de su no entrega. Así viene definido por contraposición al envío ordinario de correspondencia en el artículo 3.4 de la ley de continua referencia: «“Servicio de envío certificado”: aquel

que, previo pago de una cantidad determinada a tanto alzado, comporta una garantía fija contra los riesgos de pérdida, robo o deterioro, y que facilita al remitente, en su caso y a petición de éste, una prueba de depósito del envío postal o de su entrega al destinatario».

Llegados a este punto el motivo no puede prosperar porque el envío de correo ordinario no comprende, por determinación legal, la posibilidad de asegurar la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad en los términos establecidos por el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital.

No cabe por tanto una interpretación como la que propone la recurrente pues cualquiera que sea el criterio señalado y comprendido en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, lo cierto es que no cabe atribuir a la categoría de correo ordinario una característica o función de la que legalmente carece.

Tampoco cabe la aplicación de la doctrina de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 3 de diciembre de 2021 pues si en aquél supuesto se entendió que la mención del burofax como medio de convocatoria junto al correo certificado con acuse de recibo debía entenderse igualmente con dicho acuse, en el supuesto que da lugar a la presente no cabe dicha inferencia pues el correo ordinario carece, por disposición legal, de dicho atributo que solo es predicable del denominado correo o envío certificado.

6. Por último y por lo que hace referencia al tercer y último defecto, la nota de calificación reprocha al artículo estatutario, cuyo contenido consta en los «Hechos», que no contenga una exclusión expresa de las relaciones laborales de alta dirección.

Esta Dirección General no puede amparar semejante afirmación. Sin necesidad de repetir el contenido de una doctrina a la que esta Dirección General se ha referido en múltiples ocasiones y que aplica la del Tribunal Supremo en relación a la denominada teoría del vínculo, es procedente recordar que con arreglo a dicha construcción para el caso de que se prevea el carácter remunerado del cargo de administrador, el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital exige una determinación del o de los sistemas de remuneración de modo que no haga ilusorio el control que al efecto corresponde a la junta general (vid. Sentencias número 441/2007, de 24 de abril, 448/2008, de 29 de mayo, 893/2012, de 19 de diciembre, y 412/2013, de 18 de junio, y Resoluciones de esta Dirección General de 12 de noviembre de 2003, 16 de febrero y 7 de marzo de 2013 y 17 de junio de 2014).

Si no existe previsión estatutaria en contrario, el cargo es gratuito, siendo ilícito cualquier contrato civil o laboral que bajo la apariencia de una relación civil o laboral enmascare una retribución por el ejercicio del cargo (vid. Sentencias de 19 de diciembre de 2011 y 18 y 25 de junio de 2013, y Resolución de 3 de abril de 2013), ya que como afirmara la Resolución de 10 de mayo de 2016, deben separarse dos supuestos incompatibles conceptual y legalmente: el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo.

Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta a que los estatutos prevean, junto al carácter gratuito del cargo, la posibilidad de que se lleven a cabo entre la sociedad y el administrador contratos de índole civil o laboral que amparen el ejercicio por este de actividades distintas a las de gestión y representación de la sociedad, contratos que se encuentran sujetos al control de la junta general (artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital). La mera previsión estatutaria de la posible existencia de tales relaciones civiles o laborales no es per se, indicio de retribución extraestatutaria del cargo de administrador. Para que una mera cláusula de previsión de relación civil o laboral se rechace por esta causa, es preciso que se configure de modo que deje en la indeterminación o permita inferir una remuneración del cargo de administrador por el ejercicio de sus funciones.

Como afirmara la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 26 de abril de 2021, debe admitirse una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador –con la consecuencia de que

no perciba retribución alguna por sus servicios como tal—añada que se le retribuirá por la prestación de otros servicios o por su vinculación laboral para el desarrollo de otras actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación inherentes a aquel cargo.

De la cláusula estatutaria debatida en el presente expediente resulta con toda claridad que el ejercicio del cargo de administrador es gratuito, como resulta la posibilidad de que el administrador lleve a cabo otras actividades de carácter laboral, amparadas por un contrato de dicha naturaleza y recibir por ello una retribución objeto de aprobación por la junta general. Nada hay en dicha cláusula que permita inferir o sospechar que dichas posibles relaciones, que en puridad no tendrían por qué estar previstas en estatutos, amparen u oculten remuneraciones por el ejercicio del cargo de administrador.

Si no existe causa que permita afirmar la existencia de remuneraciones extraestatutarias que violen la gratuidad del ejercicio del cargo de administrador, no cabe tampoco exigir la exclusión expresa de determinadas relaciones laborales, las de alta dirección que conllevan la realización de actividades propias de la administración y gestión de la sociedad. De ser así, sería también exigible la exclusión expresa de cualquier otra actividad laboral o de otra índole pues, potencialmente, cualquiera de ellas puede encubrir actividades propias de la gestión social. Como ha reiterado esta Dirección General en otras ocasiones (vid. Resolución de 28 de abril de 2015, por todas), no cabe presumir o inferir de una situación lícita ni el fraude ni la intención fraudulenta y, sin perjuicio que de producirse hechos que quepa subsumir en dichas situaciones, se ejerciten las acciones previstas en el ordenamiento por quien ostente legitimación para ello.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso parcialmente y revocar parcialmente la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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, 10 de mayo de 2023.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.