

## III. OTRAS DISPOSICIONES

### MINISTERIO DE JUSTICIA

**12165** *Resolución de 11 de julio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Las Palmas de Gran Canaria a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por el notario de Las Palmas de Gran Canaria don Pedro Javier Viñuela Sandoval, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Las Palmas de Gran Canaria, don Adolfo Calandria Amiguete, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Las Palmas de Gran Canaria don Pedro Javier Viñuela Sandoval, el 28 de marzo de 2012, se constituyó la sociedad «Asistencia Integral Domiciliaria y Residencial Para Mayores, S. L.». En el artículo 9.3.ª.c) de los estatutos sociales se dispone lo siguiente: «El Consejo se reunirá siempre que lo requiera el interés de la sociedad, lo considere necesario el presidente o lo soliciten al menos un tercio de los miembros del consejo. Se convocará por el presidente o el que haga sus veces por medio de correo o telefax con quince días de antelación, al menos. Quedará constituido cuando concurren, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes...». En el artículo 11 de los mismos estatutos se dispone que «En todo lo no previsto en estos estatutos, la Sociedad se regirá por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio y demás disposiciones aplicables». En la escritura se solicita la inscripción parcial de la escritura, para el supuesto de que alguna de sus cláusulas adoleciese de algún defecto, a juicio del registrador, que impida la práctica de la misma.

II

Se presentó telemáticamente copia de dicha escritura en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Las Palmas el 28 de marzo de 2012, fue calificada el 2 de abril del mismo año, practicándose el mismo día la notificación telemática de los defectos; asimismo, el 3 de abril fue presentada por el interesado copia autorizada en papel de la misma escritura, subsanándose el primero de los defectos indicados en la nota de calificación, por lo que el 11 de abril se emitió nueva nota de calificación por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Las Palmas, don Adolfo Calandria Amiguete, con el siguiente texto: «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:... Fundamentos de derecho (Defectos): 1. Artículo 9.3.ª.c) de los Estatutos: Con respecto a la convocatoria del Consejo, debe tenerse en cuenta que los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del Consejo de Administración también podrán convocarlo, si, previa petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes, conformidad con lo establecido en el artículo 246.2 del TRLSC en relación con el artículo 185.5 del RRM. 2. El/los defecto/s anterior/es tiene/n la consideración de subsanable/s, no habiéndose tomado anotación preventiva de suspensión conforme al artículo 62.4 del Reglamento del Registro Mercantil por no

haberse solicitado. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15º del R.R.M. contando la presenta nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente (...). Las Palmas de Gran Canaria, a 11 de abril de 2012. (Firma ilegible y sello del Registro). El registrador».

### III

Mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil de Las Palmas el 3 de mayo de 2012, el notario autorizante de la escritura, don Pedro Javier Viñuela Sandoval, interpuso recurso contra la calificación en el que, después de afirmar que el 17 de abril, y con base en la calificación efectuada, se procedió a otorgar por el interesado rectificación por medio de diligencia autoriza por el mismo notario y presentada telemáticamente, alega lo siguiente: «Primero. La nota de calificación adolece, a mi juicio, de falta de fundamentación jurídica, al no establecer un razonamiento lógico entre el defecto que se pretende y la referencia a los artículos invocados, por lo que se ignora cuál ha sido el criterio jurídico en que se ha basado la decisión. Igualmente no se hace referencia en la misma a la motivación que fundamente porqué no se ha procedido a la inscripción parcial de la escritura, tal y como en la misma había sido solicitado. Entiendo que dada la petición expresa en ese sentido, la nota de calificación debería referirse a la causa jurídica por la cual no es posible proceder a ella, según el criterio del señor registrador. Todo ello en aplicación de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y nuestro Centro Directivo, sentada, entre otras, en la Resolución de 1 de junio de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Segundo. La cláusula estatutaria ahora rechazada, que ha sido admitida en ocasiones anteriores en el mismo Registro, es perfectamente compatible con el contenido de lo dispuesto en la Ley y no entra en conflicto con la misma. Distingue claramente entre solicitud y facultad efectiva de convocar, lo mismo que el artículo 246.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital invocado por el señor registrador. Este artículo recoge la posibilidad de convocar por los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del consejo, si previa petición al presidente este sin causa justificada no la realiza. La misma diferenciación entre solicitud o petición y facultad o competencia para convocar la recoge el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital cuando se refiere a la Junta General en los artículos 166 y siguientes. La cláusula estatutaria se refiere en primer término a las personas que pueden solicitar la celebración entre las que se recoge al tercio, al menos, de los miembros del consejo. A continuación reproduce el contenido del artículo 246.1, del mismo texto legal, y señala que será convocada por el presidente o quien haga sus veces, por lo que no se modifica la previsión legal respecto a quién tiene la facultad de convocar. Es evidente que la previsión estatutaria no entra en conflicto con el texto legal, pues si solicitado por un tercio, al menos, de los miembros del consejo el presidente no lo convocara, dada la remisión que los estatutos en su artículo 11 hacen al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital en todo lo no regulado por los mismos, cabría perfectamente la aplicación del artículo 246.2 meditado; como también se aplicará la Ley, ante el silencio de los estatutos, si procediera la convocatoria judicial de la junta general, por ejemplo. De hecho, en las resoluciones de nuestro Centro Directivo de fechas 15 de diciembre de 1995 y 6 de abril de 1999 se distingue de forma meridiana entre la solicitud y la facultad de convocar. Por todo ello se solicita se tenga por admitido el presente recurso y se revoque, si procede, la calificación registral recurrida, con las consecuencias que en cuanto a la inscripción de la cláusula estatutaria debatida determina la Ley».

### IV

Mediante escrito de 10 de mayo de 2012, el registrador Mercantil y de Bienes Muebles II, don Adolfo Calandria Amiguete, elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo, en el que tuvo entrada el 17 de mayo. En dicho informe manifiesta que se practicó la inscripción el 17 de abril, como consecuencia de la subsanación de la escritura calificada.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 245 y 246 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, modificado por la Ley 25/2011, de 1 de agosto; 141.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre; 57.1 de Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 63 y 185.5 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de enero de 1986, 17, 18 y 19 abril de 1991, 9 de diciembre de 1993, 15 de diciembre de 1995, 5 de octubre de 1998, 12 de enero y 6 y 30 de abril de 1999, 28 de febrero de 2000 y 7 de julio de 2011.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, cuyos estatutos disponen respecto de la convocatoria del consejo de administración lo siguiente: «El consejo se reunirá siempre que lo requiera el interés de la sociedad, lo considere necesario el presidente o lo soliciten al menos un tercio de los miembros del consejo. Se convocará por el presidente o el que haga sus veces por medio de correo o telefax con quince días de antelación, al menos. Quedará constituido cuando concurren, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes...».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, «Con respecto a la convocatoria del consejo, debe tenerse en cuenta que los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del consejo de administración también podrán convocarlo, si, previa petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes, conformidad (sic) con lo establecido en el artículo 246.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 185.5 del Reglamento del Registro Mercantil».

A juicio del notario recurrente, la disposición estatutaria cuestionada no está en contradicción con la norma legal, toda vez que la posibilidad de convocatoria por los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del consejo de administración debe entenderse comprendida en la referencia estatutaria a la convocatoria por «quien haga las veces» del presidente del consejo, a lo que debe añadirse que el artículo 11 de los estatutos sociales dispone que en todo lo no previsto en los mismos, la sociedad se regirá por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

2. A diferencia del carácter puramente facultativo que el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 atribuía al régimen estatutario de funcionamiento del consejo de administración (cfr. artículo 141.1), de suerte que su silencio podía ser suplido por la atribución legal al propio consejo de la facultad de autoorganización, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 imponía, en caso de que el modo o uno de los modos de organizar la administración social fuera la de órgano colegiado, la necesidad de establecer en los estatutos una disciplina mínima de su organización y funcionamiento que había de alcanzar, en todo caso, a las reglas de convocatoria y constitución, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría (artículo 57.1).

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, dentro de esa exigencia de preordenación de las reglas de convocatoria del consejo de administración de la sociedad de responsabilidad limitada había extremos cuya previsión pudiera considerarse innecesaria, como la fijación de un orden del día, dadas las funciones atribuidas a dicho órgano y la permanente dedicación de sus miembros que implica un conocimiento puntual y detallado de la actividad de la sociedad (Resoluciones de 17, 18 y 19 abril 1991); pero otras reglas, como la forma de convocatoria o la antelación con que ha de hacerse, sí debían ser objeto de regulación (Resoluciones de 5 de octubre de 1998, 12 de enero y 30 de abril de 1999 y 28 de febrero de 2000).

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, mantuvo la diferencia de régimen jurídico de convocatoria del consejo de administración en uno y otro tipo de sociedad (artículo 245), si bien añadió para la sociedad anónima una norma específica según la cual «el consejo de administración será convocado por el presidente o el que haga sus veces» (artículo 246).

No obstante, mediante la modificación de dicho precepto legal por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, se extiende dicha regla a la sociedad de responsabilidad limitada (artículo 246.1) y, para ambos tipos sociales, se reconoce a los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del consejo la competencia para convocarlo (artículo 246.2).

Esta modificación legal tiene como consecuencia, por una parte, que la regla sobre atribución de competencia para realizar la convocatoria del consejo de administración de las sociedades de responsabilidad limitada no es imprescindible, toda vez que a falta de ella será aplicable supletoriamente el nuevo régimen legal; y, por otra parte, que los estatutos de tales sociedades podrán contener disposiciones sobre competencia para convocar el consejo más favorables para los miembros del mismo, pero no podrán restringir la legitimación que les reconoce el artículo 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Estas conclusiones, así como la doctrina mantenida en anteriores Resoluciones de este Centro Directivo, son suficientes para resolver las cuestiones debatidas en el presente recurso.

En primer lugar, respecto de la compatibilidad de la cláusula estatutaria objeto de calificación negativa y la norma del artículo 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cabe recordar que esta Dirección General, con referencia a la necesaria concreción del contenido de los estatutos sociales, tiene declarado que no es necesario reproducir reglas idénticas a las legales cuando se haga constar la remisión al contenido de la Ley, dada la aplicación, unas veces imperativa y en otras ocasiones supletoria, que tienen las normas contenidas en ella (cfr., por todas, las Resoluciones de 24 de enero de 1986, 9 de diciembre de 1993 y 7 de julio de 2011), si bien esas menciones necesarias, así como aquellas otras que incluyan los socios en los estatutos potestativamente, deben ser objeto del consentimiento contractual expresado en el otorgamiento de la escritura de constitución, no estando los socios fundadores exonerados de la obligación de incluir en el título esas menciones estatutarias –necesarias unas y, en su caso, potestativas otras–, pues tales estatutos no tienen el carácter de norma legal a la que los socios puedan remitirse o que entre en juego supletoriamente.

Enfocada así la cuestión, debe concluirse que la cláusula estatutaria debatida, en tanto que no contiene salvedad alguna, contradice directamente la norma legal de legitimación mínima de determinados administradores para convocar el consejo de administración, pues no cabe aceptar una interpretación tan amplia como pretende el recurrente, en el sentido de que esa legitimación debe entenderse comprendida en la referencia estatutaria a la convocatoria por «quien haga las veces» del presidente del consejo, toda vez que, como señalaron las Resoluciones de este Centro Directivo de 15 de diciembre de 1995 y 6 de abril de 1999, ese término debe quedar limitado al caso de que el presidente, cuyas veces ha de hacer otro miembro del consejo de forma subsidiaria, se halle impedido de forma efectiva para el ejercicio de las funciones propias del cargo.

Por ello, dada la exigencia de claridad y precisión del título y de los asientos registrales, no puede accederse a la inscripción de la cláusula discutida, a la que falta, precisamente, la importante salvedad de lo establecido en el artículo 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Y es que no basta con la remisión genérica a la Ley que, tal y como señala el recurrente en su escrito, se contiene en el artículo 11 de los estatutos sociales, pues la misma alcanza a «todo lo no previsto» en los estatutos, por lo que la cláusula debatida como concreta previsión estatutaria podría perfectamente interpretarse en el sentido de que la voluntad de los fundadores ha sido obviar la regla legal invocada por el registrador y sustituirla por la plasmada en la redacción de aquélla.

3. Por último, debe decidirse si era o no procedente la inscripción parcial solicitada en la escritura calificada. Y en este extremo debe confirmarse el criterio del recurrente, pues aunque los artículos 245 de la Ley de Sociedades de Capital y 185.5 del Reglamento del Registro Mercantil exigen que los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada deberán comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria del consejo de administración, debe entenderse –como ha quedado ya expuesto– que a falta de previsión

sobre la atribución de la competencia para la convocatoria será aplicable la nueva regla legal (artículo 246 de la misma Ley).

Por lo expuesto, esta Dirección General ha acordado desestimar parcialmente el recurso, confirmando el criterio del registrador respecto de la cláusula estatutaria objeto de calificación negativa, y declarar que era procedente la inscripción parcial solicitada, con omisión de dicha cláusula, 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, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 11 de julio de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.