

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11658 *Resolución de 7 de octubre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Palma de Mallorca a inscribir una escritura de formalización de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por don Álvaro Delgado Truyols, Notario de Palma de Mallorca, contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Palma de Mallorca, don Mariano Álvarez Pérez, a inscribir una escritura de formalización de acuerdos sociales.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Palma de Mallorca, don Álvaro Delgado Truyols, el día 24 de mayo de 2013, número 1.318 de su protocolo, la sociedad «Embat Consultors, S.L.» otorgó una escritura en la que, además de solemnizar el cese y el nombramiento de varios administradores, procedía a la formalización de un acuerdo social en virtud del cual se modificaba el artículo 12 de los estatutos sociales: «Quinto.–Modificar el “quórum” para la toma de acuerdos del Consejo de Administración, modificando el párrafo f del artículo 12, que tendrá la siguiente redacción: «f) Consejo de Administración. El Consejo de Administración estará integrado por un mínimo de tres miembros y un máximo de doce, según decida la propia Junta. El Consejo designará en su seno un Presidente y un Secretario, y podrá nombrar igualmente un Vicepresidente, un Vicesecretario y uno o varios Consejeros-Delegados. El acuerdo de delegación deberá expresar además, si se delega también, el modo, extensión, y a quien, el poder de representación. El Consejo celebrará reunión cuando lo disponga el Presidente, quien deberá asimismo convocarlo cuando lo soliciten dos o más miembros del mismo. La convocatoria se hará con dos días de antelación y por telegrama, quedando válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, la totalidad de sus componentes. Los acuerdos del Consejo se adoptarán por mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes a la sesión. El Presidente dirigirá las deliberaciones en los mismos términos que el de la Junta General. Los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración se elevarán a un libro de actas que serán firmadas por el Presidente y Secretario. La ejecución de los acuerdos del Consejo corresponderá al Consejero expresamente facultado para ello en la misma reunión, y en su defecto al Presidente del Consejo, al Consejero-Delegado o a cualquiera de los consejero-Delegados indistintamente».

II

Presentada en el Registro de Mercantil de Palma de Mallorca la copia autorizada de la citada escritura, fue denegada su inscripción en virtud 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: 226/5451 F. Presentación: 24/05/2013 (7/6). Entrada: 1/2013/8.177,0. Sociedad: “Embat Consultors, S.L.”. Autorizante: Delgado Truyols, Álvaro. Protocolo: 2013/1318 de 24/05/2013. Fundamentos de Derecho (defectos) Devuelto el precedente documento en formato papel, se observa que siguen sin subsanarse los siguientes defectos de los reseñados en la precedente nota de calificación, relativos a:

“1. En cuanto a la modificación del párrafo f) del artículo 12 de los estatutos sociales: El establecimiento de un ‘quórum’ de asistencia para la válida constitución del consejo de administración de ‘la totalidad’ de sus componentes va en contra de la naturaleza propia de los órganos colegiados, llamados a constituirse y tomar acuerdos por mayoría, asistencia y mayoría que pueden reforzarse sobre la simple u ordinaria pero sin llegar a la unanimidad que desvirtúa la esencia de la colegiación. Aparte de ello, tal previsión choca con lo previsto inmediatamente después de exigir para los acuerdos mayoría “de los concurrentes” si es que tal concurrencia ha de ser total, o el propio enunciado de la finalidad de la reforma, de modificar el ‘quórum’ para la toma de decisiones”. “2. No consta que el contenido de la certificación en lo relativo a los acuerdos del Consejo de Administración se trasladó del recogido en el acta de la reunión, debiendo constar la aprobación de la misma –con indicación de fecha y modo– en cuanto presupuesto de su ejecutividad –arts. 97.1.8ª, 99 y 107 del R. R. M.–. ‘Nota: La adjunta escritura deberá inscribirse conjuntamente con la escritura otorgada el 22/05/2013, ante el Notario de Santa Eulalia del Río, don Fernando Ramos Gil, relativa a la renuncia de don J. B. M. a su cargo de Administrador Mancomunado de la Sociedad, y que consta presentada mediante procedimientos telemáticos bajo el número de Entrada 1/2013/7.291 y calificada en defectos’. Ahora ha sido nuevamente presentada en formato papel el día 19 de junio de 2013, bajo el número de Entrada 1/2013/8629, y nuevamente calificada en defectos. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del R. R. M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación (...) Palma de Mallorca, a 19 de junio de 2013 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador) El Registrador».

III

Notificada la anterior calificación, por parte del Notario autorizante, don Álvaro Delgado Truyols, se interpuso el correspondiente recurso, exclusivamente frente al defecto primero invocado en la nota de calificación, por los siguientes motivos: «1. El recurso se interpone exclusivamente frente al defecto 1) de la indicada nota de calificación. 2. En relación al indicado defecto 1), el Notario recurrente quiere poner de manifiesto lo siguiente: A) La nota de calificación, en lo que se refiere al defecto 1), incumple manifiestamente lo exigido por el artículo 62.3 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que no indica la disposición legal en que se funda el defecto, ni la doctrina jurisprudencial en la que se ampara, limitándose a alegar, como todo argumento, que el precepto estatutario calificado «va en contra de la naturaleza propia de los órganos colegiados», o que «desvirtúa la esencia de la colegiación». También incumple la doctrina de la DGRN puesta de manifiesto en la reciente Resolución de 25 de febrero de 2013 (BOE, de 19 de marzo), en la que no sólo se exige la cita expresa de los preceptos legales infringidos o las Resoluciones vulneradas, sino que indica además que «es necesario justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo cabe entenderse respecto de las citadas Resoluciones), ya que sólo de este modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma». B) La calificación registral resulta contraria a lo que, de forma clara y sin contradicción legal o reglamentaria alguna, regulan los artículos 245 y 247 de la vigente Ley de Sociedades de Capital. El citado artículo 245, en su párrafo 1, establece que «en la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría». Y el artículo 247, en su párrafo 1, dice que «en la sociedad de responsabilidad limitada el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales». De tales preceptos se deduce claramente la libertad de previsión estatutaria que existe en las sociedades limitadas para fijar las reglas de constitución del consejo de administración. Y esa libertad de previsión estatutaria

queda aun más de manifiesto cuando se compara la regulación de la sociedad limitada con la que, para la sociedad anónima establece el párrafo 2 del mismo artículo 247, cuando dice: «en la sociedad anónima, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales». En cuanto a que la previsión estatutaria choca con otras previsiones de los mismos estatutos, ello no sucede si se entiende que «concurrentes» son todos los miembros del Consejo de Administración, que efectivamente «concurran» a la reunión. Y en cuanto al enunciado del acuerdo, lo que debe ser calificado es, en cualquier caso, el contenido del mismo. C) El argumento teórico de la posibilidad de quedar bloqueado el Consejo de Administración por ausencia de alguno de sus miembros no debe estimarse suficiente para impedir la inscripción de dicho precepto estatutario, ya que también podría suceder lo mismo en el caso de tener la sociedad un órgano de administración integrado por dos administradores mancomunados y producirse la incomparecencia de uno de ellos, y más aun después de la doctrina sentada por la reciente Resolución de la DGRN de 26 de febrero de 2013 (BOE de 21 de marzo), que exige la concurrencia de ambos hasta para convocar la Junta General. En el caso que nos ocupa, los socios de la entidad «Embat Consultors, S.L.», aún valorando la hipotética posibilidad de bloqueo del Consejo, han optado por la fórmula acordada por su Junta General por otras razones más importantes, entre ellas la de mantener un equilibrio necesario para el adecuado funcionamiento de la compañía entre los dos grupos de socios que la integran. D) Y, finalmente, el Notario recurrente quiere añadir una reflexión de índole general filosófico-jurídica a su argumentación. Las sociedades mercantiles, aun reguladas todas por unos mismos preceptos legales y reglamentarios a los que, lógicamente, tienen que adaptarse, presentan en su estructura social y en su funcionamiento cotidiano una gran diversidad, como no podría ser de otra manera, más aún en situaciones de dificultad económica como las que está atravesando el país. Pretender homogeneizar al máximo sus estatutos o cercenar cualquier posibilidad de previsión convencional de sus socios, y más aún en los casos permitidos expresamente por la Ley como el que nos ocupa, resulta absolutamente contrario al fomento de un ágil tráfico mercantil e incluso de una fructífera labor de los juristas, que de otro modo podríamos ser sustituidos sin problemas por funcionarios carentes de cualificación que documentaran o registraran simplemente uno u otro entre un par de modelos estandarizados de estatutos sociales. El recoger la diversidad societaria en su documentación notarial y en su inscripción registral, siempre dentro de unos adecuados parámetros legales, no debe verse en absoluto como un riesgo sino como un importante beneficio, no sólo para la vida societaria, sino para las profesiones notarial y registral.

IV

El registrador Mercantil emitió el preceptivo informe y remitió el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 22 y 53 de la Constitución española; 3, 35, 36, 38, 1.255, 1.258, 1.665, 1.667, 1.668, 1.669 y 1.670 del Código Civil; 2, 116, 117, 118, 119, 120 y 152, del Código de Comercio; 24, 28, 180, 193, 198, 200, 201, 225, 226, 229, 236 y siguientes, 245 y 247 de la Ley de Sociedades de Capital; 62 del Reglamento de Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 10 de enero de 2011; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de enero de 1994, 6 de junio de 2002, 24 de abril de 2006, 31 de enero, 31 de mayo, 13 de noviembre y 3 de diciembre de 2007, 14 de abril y 8 de mayo de 2010, 10 de mayo y 21 de diciembre de 2011, 15 de octubre de 2012 y 28 de enero y 26 de febrero de 2013.

1. El presente recurso versa sobre las posibilidades de configuración estatutaria del órgano de administración de una compañía limitada, y en particular de la forma de

constitución del consejo de administración, caracterizada por la exigencia de la asistencia de todos sus miembros.

2. Como punto de partida del análisis de la cuestión planteada, debe considerarse que la Ley de Sociedades de Capital, desarrollando en materia societaria el principio de la autonomía de la voluntad (que en el ámbito del derecho patrimonial general consagra como auténtico principio fundamental el artículo 1.255 de nuestro Código Civil), establece en su artículo 28 que en el título rector de la compañía (ya sea el contenido de la escritura constitutiva y de los estatutos a ella unidos, o el que resulte, en su caso, de la ulterior modificación estatutaria) «se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido». De esta manera, la Ley alumbró un gran espacio negocial, acotado exclusivamente por cierto parámetro de política legislativa incorporados a la ley como mandato imperativo y por los principios básicos definidores de la tipología de las sociedades de capital (esto es, el «límite infranqueable representado por las normas imperativas y por los principios configuradores», según la expresión que utiliza la Exposición de Motivos), en el que se atribuye y se confía a la autonomía privada, en definitiva, al contractualismo, la condición de elemento básico de actuación del dinamismo societario, de su creación, de su desarrollo y de su adaptación a las diferentes situaciones y avatares que puedan sobrevenir al ente societario en una economía de mercado en constante evolución.

3. Habida cuenta de la existencia de este escenario societario, desde una doble perspectiva se ha de abordar el análisis para solventar la cuestión planteada. Conviene principiarlo señalando que la Ley de Sociedades de Capital encomienda a las reglas estatutarias la configuración del régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, exigiendo que, entre ellas, se contenga la regulación de la convocatoria y de la constitución de dicho órgano (cfr. artículo 245 de la Ley de Sociedades de Capital); empero el mandato de la norma se para ahí, en la exigencia de dicha regulación, que confía a la voluntad social (ya sea la constituyente o la que resulte de oportuna junta general). Sólo se fija un límite a la autonomía privada, al imponer un quórum de constitución mínimo: la previsión estatutaria ha de establecer, al menos, un quórum constitutivo equivalente a la mayoría de los administradores.

4. La, en extremo parca, dicción de la nota de calificación, acaso permite deducir que atribuye a la regla estatutaria que motiva este recurso la contravención de un principio rector de las compañías limitadas, toda vez que señala que ligar la válida constitución del órgano de administración a la concurrencia (personal o por representación) de todos sus miembros, «va en contra de la naturaleza propia de los órganos colegiados, llamados a constituirse y tomar acuerdos por mayoría», que si bien puede reforzarse, no puede llegar nunca a la «unanimitad que desvirtúa la exigencia de la colegiación».

Sin embargo, conviene comenzar diciendo que el principio denominado de la mayoría, o principio mayoritario, si bien juega un papel capital en el ámbito de las sociedades de capital, no se proyecta con igual intensidad en todos los casos, dependiendo del tipo de órgano, incluso si se trata del órgano de administración, varía según la modalidad que adopte, y de la clase de quórum (votación o asistencia) o tipo social de que se trate. No es lo mismo exigir que todas las cuotas sociales se conduzcan unánimemente, en relación al voto en una junta general, que imponer la unanimidad en las decisiones de los administradores, ya como ocurre en el caso de los administradores mancomunados (cfr. Resolución de 26 de febrero de 2013).

5. En puridad, el principio mayoritario encuentra su aplicación en la formación de acuerdos colectivos. Se trata de un criterio técnico de organización de los intereses de los socios con miras a formar el interés social, que se hace descansar en la decisión de la mayoría, concediendo un sistema de control razonable a la minoría. Ciertamente, en el ámbito de las decisiones de los socios, las que delimitan la competencia de la junta general, rige plenamente el principio mayoritario. Las mayorías deciden, sin perjuicio,

como se apuntó, del poder de control que se concede a la minoría. Ello implica que, si bien existe la posibilidad de reforzar y elevar convencionalmente las mayorías legales, nunca puede imponerse la regla de la unanimidad. Es decir, a las normas estatutarias les está vedado imponer el voto unánime de todos los socios, ni siquiera –como ya estableciera en su día la Resolución de 13 de enero de 1994– alcanzar «los aledaños de la unanimidad». No se puede hacer depender el funcionamiento institucional de la compañía de la voluntad de todos y cada uno de sus socios: esta circunstancia contravendría diría un punto clave de la estructura y organización de las sociedades de capital. En ese caso se impediría la necesaria independencia orgánica y de funcionamiento entre éstos y aquélla.

6. Sin embargo, en la esfera de la administración social, como ya se apuntó, la efectividad del principio mayoritario es bien distinta. La propia Ley, dentro de los sistemas plurales de gestión que ampara, admite un tipo de administración que requiere incluso algo más, si cabe, que la unanimidad, como es la actuación conjunta de todos los administradores. Por tanto, la exigencia de unanimidad en la actuación administrativa de la sociedad no es extraña a la esencia tipológica de las sociedades de capital. Antes al contrario, puede responder a un esquema jurídico que se organiza para la mejor tutela del interés social.

7. Cuestión distinta, y merecedora de un análisis diferenciado, es la que plantea la nota de calificación recurrida, sobre la posible compatibilidad de los conceptos de unanimidad y de colegialidad, tal y como ocurre en otros ordenamientos societarios de nuestro entorno, como en el alemán donde está plenamente admitida.

Por definición, la decisión colegiada es la adoptada en el marco de la pluralidad de los miembros de un órgano. Es una decisión colectiva, pero acordada mayoritariamente, sin que sea precisa la unanimidad, pues en ese caso la estructura del órgano se desnaturalizaría: dejaría de ser colegiado y pasaría a ser mancomunado. Sin embargo, la exigencia de que participen en el debate decisorio todos los miembros, de que se requiera el concurso de todos para la válida constitución del «collegium», no sólo no contradice la idea de colegialidad sino que se cohonesta bien con la misma, pues no pretende sino conseguir la mayor colaboración, participación e implicación de todos sus miembros en los debates sobre la determinación de la gestión social, fomentando su asistencia a las reuniones. Mas, de esta manera, no se rompe ni se desvirtúa el carácter esencialmente colegial del consejo de administración, pues, constituido éste, no se requiere que la decisión colegial sea adoptada de forma unánime. El contraste normativo entre los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital hace más evidente esta conclusión: el propio artículo 245 de esta Ley sólo introduce la exigencia mayoritaria para la adopción de acuerdos (adoptar acuerdos por mayoría), extremo que no se mantiene en el artículo 247 del mismo cuerpo legal, cuando se regula (en relación con las compañías limitadas, pues distinta es la solución para las anónimas) la constitución del consejo de administración (el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos). Precisamente este principio mayoritario, que se centra en la toma de decisiones por parte de los consejeros, todos los cuales (en este caso) han de concurrir, personalmente o por representación, lejos de aparecer contradicho, como insinúa el registrador, aparece plenamente consagrado de manera indubitada en la norma estatutaria debatida, que establece: «Los acuerdos del Consejo se adoptarán por mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes a la sesión».

8. Frente a los razonamientos anteriores no cabe alegar, como razón suficiente, que la cláusula cuestionada introduce, de facto, un derecho de veto a favor de cada uno de los administradores, veto que se ejercitaría con la mera inasistencia a cualquier reunión. Ciertamente esa posibilidad de utilización torticera o abusiva de la no asistencia a los consejos convocados existe; si bien no está exenta de importantes consecuencias. En efecto, hay que considerar que el administrador, a diferencia de lo que ocurre con el socio respecto de las juntas generales, además del derecho, tiene la obligación de asistir a las

reuniones del consejo. Por ello, la inasistencia injustificada a una reunión puede constituir una grave infracción de los deberes del administrador y es susceptible de generar la correspondiente responsabilidad (cfr. artículos 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital); responsabilidad que sería exigible a través de la acción social o individual de responsabilidad (incluso por terceros perjudicados). Por otra parte, cabe resaltar, igualmente, que dicha medida podría contrarrestar el eventual abuso por el extremo contrario: En caso de un quórum de constitución menor, cabría la convocatoria de un consejo aprovechando la imposibilidad de algunos de sus miembros de asistir, circunstancia que también podría devenir abusiva, o cuando menos contraria al interés social. En todo caso, la mera eventualidad de un ejercicio abusivo de una facultad o derecho no es causa por sí solo para su rechazo. Los socios, dentro del expansivo marco de autonomía de la voluntad que inspira nuestro ordenamiento jurídico privado (en el que las limitaciones han de ser expresas y de interpretación restrictiva) son los que tienen la facultad y la responsabilidad de componer los instrumentos jurídicos adecuados para el mejor logro de sus fines sociales lícitos, conjurando, como tengan a bien, los riesgos de la pluralidad de intereses que suelen concurrir en la base del sustrato societario.

9. Finalmente, debe concluirse que la cláusula estatutaria discutida lejos de contradecir ningún principio de la sociedad limitada, no hace más que acentuar el carácter personalista de ésta frente a la anónima. Los socios, conscientemente –sin necesidad de heterotutela alguna– tratan de asegurar el mantenimiento del equilibrio negocial y societario estableciendo la necesidad de que participen todos los miembros del consejo por ellos elegidos, en atención a los diversos intereses concurrentes, en la gestión social. Y ese objetivo se apuntala aun a costa de asumir un mayor riesgo por la actuación inapropiada de algún administrador, habida cuenta de las consecuencias impeditivas de la inasistencia a una reunión colegial. Riesgo que no es menor que el que se puede derivar de la elección de otras formas de gestión social (por ejemplo, administración única o mancomunada) y que además se puede contrapesar con un seguimiento más activo de los acontecimientos sociales por parte de los socios, aisladamente, y dentro de la junta.

Todos estos razonamientos permiten concluir, que no se produce aquí una «desnaturalización del tipo societario escogido para el desarrollo del objeto social», punto clave en el que nuestro Alto Tribunal (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2011) cifra la infracción de los principios configuradores de la compañía, pues no se trata ahora de convertir en esencialmente cerrado un tipo de sociedad que es naturalmente abierta, pues la compañía que aprueba la modificación estatutaria es de responsabilidad limitada. En este caso –congruentemente con el carácter más cerrado y personalista de las compañías limitadas– el sustrato personal se acentúa y acababa tiñendo las reglas estatutarias en un grado perfectamente compatible y acomodado al tipo social elegido por la voluntad social, de las que aquéllas son su palpable y ajustada expresión. Nada más lejos de lo que trata de atajar el legislador. Todo lo cual permite concluir que la cláusula estatutaria rechazada constituye un supuesto distinto de aquellos en que concurre una patente infracción del artículo 28, únicos casos en el que no ha de darse prevalencia a la autonomía de la voluntad.

Esta Dirección General ha acordado, en base a los razonamientos que anteceden, la estimación del recurso.

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, 7 de octubre de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.