

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14401 *Resolución de 23 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación emitida por el registrador mercantil III de Valencia, por la que se deniega la inscripción del consejo de administración designado por la compañía.*

En el recurso interpuesto por don A. G. A., don J. M. N. G. y la mercantil «Keralt Chase, S.L.», en nombre y representación de la mercantil «Vayven Delivery, S.L.», contra la nota de calificación emitida por el registrador Mercantil III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig, por la que se deniega la inscripción del consejo de administración designado por la compañía, compuesto por tres miembros, a causa de concurrir en una misma persona la condición de consejero, elegido directamente por la junta general, y de representante persona física designado por una sociedad nombrada a su vez miembro del consejo.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 18 de enero de 2023 por el notario de Valencia, don José Manuel Fuertes Vidal, con el número 107 de protocolo, se procedió a formalizar los acuerdos correspondientes a la designación de los integrantes del consejo de administración de la compañía «Vayven Delivery, S.L.», en los que se decidía su composición por tres miembros, designando para el desempeño de tales cargos a dos personas físicas y a una persona jurídica, con la particularidad de que el escogido por esta última como representante persona física para el ejercicio del cargo era uno de los nombrados consejeros en su propio nombre.

II

Presentada el día 19 de enero de 2023 dicha escritura en el Registro Mercantil de Valencia, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El registrador Mercantil de Valencia, previo examen y calificación del documento que se dirá, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Diario/Asiento: 1000/225.
F. presentación: 19/01/2023.
Entrada: 1/2023/1916,0.
Sociedad: Vayven Delivery Sociedad Limitada.
Hoja: V-180149.
Autorizante: Fuertes Vidal, José Manuel.
Protocolo: 2023/17 de 18/01/2023.

Fundamentos de Derecho:

1. 3/MM.-1.-Se configura un Consejo de Administración compuesto por tres miembros, integrado entre otros por don J. M. N. G. en nombre propio y de la mercantil «Keralt Chase», S.L., siendo designada su persona física representante. Tal composición

contraría el régimen colegial que inspira el funcionamiento del consejo de administración, pues tal, presupone la aplicación de la regla de la mayoría para la adopción de acuerdos, la proscripción de la exigencia de unanimidad -o en este caso que decida una sola persona física- que de "facto" ostenta un derecho de veto para la adopción de cualesquiera acuerdos, pudiendo incluso don J. M. N. G. adoptar todos los acuerdos que considere (art. 242 y 248 de la LSC y RDGRN de 10 de noviembre de 1993 y 25 de abril de 1997). De otro lado la configuración dada, colisiona con el deber de evitar situaciones de conflicto de interés como aplicación particular del más amplio deber de lealtad establecido en los arts. 227 y concordantes de la LSC. Defecto de carácter denegatorio. Haciéndose constar expresamente la no inclusión de la persona/s nombrada/s a que se refieren este documento en el Índice Centralizado de Incapacitados, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 bis del Reglamento del Registro Mercantil. Se han cumplido en su integridad los trámites previstos en el artículo 18 del Código de Comercio y 6 y 15 del Reglamento del Registro Mercantil. Asimismo, como ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado reiteradamente, no puede desconocerse a tales efectos la independencia que tiene cada Registrador al ejercitar su función calificadora bajo su propia exclusiva responsabilidad conforme al citado art. 18 del Código de Comercio (RDGRN de 5 de julio de 2011).

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

Valencia, uno de febrero de dos mil veintitrés.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. G. A., don J. M. N. G. y la mercantil «Keralt Chase, S.L.», en nombre y representación de la mercantil «Vayven Delivery, S.L.», interpusieron recurso el día 23 de febrero de 2023 mediante escrito con el siguiente contenido:

«A) (...)

Se interpone en tiempo y forma recurso potestativo ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública Registral contra la siguiente nota de calificación desfavorable emitida y notificada el 1 de febrero de 2023, por el Registrador Mercantil de Valencia, Don Carlos Javier Orts Calabuig, con relación al siguiente documento:

Escritura autorizada por el Notario de Valencia D. José Manuel Fuertes Vidal el 18 de enero de 2023 con el número de protocolo 107/2023, de "Elevación a público de acuerdos sociales: cese de administrador único y nombramiento de consejo de administración", que causó el asiento de presentación en dicho registro 1000/225, fecha de presentación 19/1/2023, entrada 1/202023/1.916,0 (...)

Procede reseñar que en la escritura autorizada por D. José Manuel Fuertes Vidal el 18 de enero de 2023, con el número de protocolo 107/2023, por los consejeros nombrados se aceptó el cargo y se procedió a la designación de persona física representante del consejero persona jurídica, la mercantil "Keralt Chase", S.L.

Hace constar el recurrente que se presenta este recurso con el máximo respeto a la misma, que considera adecuadamente motivada y que expresa una opinión jurídica razonable, de la que, sin embargo, disiente, lo que justifica la interposición del presente recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública Registral, al

amparo de lo dispuesto en los arts. 324, ss. y concordantes de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones que se citarán, en base a los siguientes:

C) Hechos.

I. Antecedentes de la escritura objeto de calificación desfavorable.

Son de destacar a los efectos de un correcto planteamiento de la cuestión, los siguientes:

a) De acuerdo a los estatutos inscritos en el Registro Mercantil de la sociedad a la que se refiere el documento notarial:

Su artículo 160, relativo al órgano de administración, determina que “La administración y representación de la sociedad, estará a cargo de alguno de los órganos de administración siguientes, correspondiendo a la Junta General la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos, -sin necesidad de modificación estatutaria- mediante acuerdo que se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil.

Un Administrador Único a quien corresponde el poder de representación de la sociedad.

Varios Administradores Solidarios, con un mínimo de dos y un máximo de cinco, que actuarán individualmente, correspondiendo a cada uno de ellos el poder de representación de la sociedad.

Varios Administradores que actuarán conjuntamente, hasta un máximo de cinco. En este caso, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente firmando, dos cualesquiera de ellos.

Un consejo de administración integrado por un mínimo de tres miembros y un máximo de doce. al que corresponde el poder de representación actuando colegiadamente. Para pertenecer al órgano de administración no se precisa la cualidad de socio. El órgano de administración ejercerá su cargo por tiempo indefinido sin perjuicio de la facultad de separación que con arreglo a la Ley corresponde a la Junta General.”

Su artículo 11.º, relativo a la Junta General, dice que “Los socios, reunidos en Junta General, decidirán por mayoría en los asuntos competencia de este órgano conforme al artículo 160 de la vigente Ley de Sociedades de Capital. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General sin perjuicio de los derechos de separación o impugnación que la Ley les reconoce.”

A su vez, el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital establece que “Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos...”. Y en particular establece en su apartado que “b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos”.

Su artículo 17.º, referente al consejo de administración, reza que “El Consejo de Administración designará en un seno un Presidente y un Secretario y podrá nombrar igualmente uno o varios Vicepresidentes, -que, por su orden, sustituirán a aquél en caso de ausencia por cualquier causa-, uno o varios Vicesecretarios, -que sustituirán a aquél por el orden y el caso dichos-, y uno o varios Consejeros-Delegados y una comisión ejecutiva. El acuerdo de delegación deberá expresar, además, si se delega también, de qué modo, con qué extensión y a quién, el poder de representación.

El Consejo deberá reunirse, al menos, una vez al trimestre. Los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del consejo podrán convocarlo, indicando el orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes. La convocatoria podrá realizarse por correo

certificado con acuse de recibo o mediante telegrama y con una antelación de tres días, como mínimo a la fecha de la reunión.

El Consejo quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de sus componentes.

Cualquier Consejero pueda conferir su representación a otro Consejero, mediante poder notarial, o escrito firmado por él.

En la reunión actuará de Presidente y de Secretario los titulares de dichos cargos en el Consejo o, en su caso, quienes les sustituyan conforme a estos estatutos y la Ley especial.

Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, salvo la delegación permanente de alguna facultad del Consejo en la Comisión Ejecutiva o en el Consejero o los Consejeros Delegados, y la designación de los consejeros que hayan de ocupar tales cargos, que requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo. La votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento. El Presidente dirigirá las deliberaciones en los mismos términos que el de la Junta General. Los acuerdos se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el Presidente y el Secretario."

b) El órgano de Administración de la sociedad a la adopción del acuerdo objeto de elevación a público estaba compuesto por un Administrador Único, cargo que recaía en D. A. G. A.

II. Escritura objeto de calificación desfavorable.

Como ya se ha indicado, en fecha 1 de febrero de 2023, con el número de protocolo 107, se procede al otorgamiento de la escritura pública, que ocasiona la nota de calificación desfavorable, en la que se eleva a público los acuerdos adoptados por la Junta General Universal, en sesión de fecha 2 de enero de 2.023; y en su seno reunión del consejo de administración. Dichos acuerdos se refieren, esencialmente, al cese y nombramiento de órgano de administración y distribución de cargos dentro del consejo y designación de consejeros delegados solidarios.

Así pues, en primer lugar se acuerda por unanimidad cesar al hasta ahora Administrador único de la Sociedad Don A. G. A. para posteriormente acordar, también por unanimidad, optar como sistema de administración de la mercantil por un consejo de administración, conforme al artículo 160 de los estatutos sociales, que estará formado por tres consejeros, designados por tiempo indefinido en las siguientes personas:

- a) Don A. G. A.
- b) Don J. M. N. G.
- c) La mercantil "Keralt Chase", S.L., que, en virtud del acuerdo adoptado por dicha sociedad, designa persona física representante para ejercer el cargo a Don J. M. N. G.

Asimismo, se nombra como consejeros delegados solidarios a D. J. M. N. G. y a Don A. G. A. y se les confieren todas las facultades que corresponden al consejo de administración, salvo las legalmente indelegables.

El registrador emite nota de calificación denegatoria que es la objeto del presente recurso que funda en:

"Se configura un Consejo de administración compuesto por tres miembros, integrado Don J. M. N. G. en nombre propio y de la mercantil 'Keralt Chase', S.L., siendo designada su persona física representante. Tal composición contraría el régimen colegial que inspira el funcionamiento del consejo de administración, pues tal, presupone la aplicación de la regla de la mayoría para la adopción de acuerdos, la proscripción de la exigencia de unanimidad -o en este caso que decida una sola persona física- que de 'facto' ostenta un derecho de veto para la adopción de cualesquiera acuerdos, pudiendo incluso Don J. M. N. G. adoptar todos los acuerdos que considere (art. 242 y 243 de la LSC y RDGRN de 10 de noviembre de 1993 y 25 de abril de 1997). De otro lado la

configuración dada, colisiona con el deber de evitar situaciones de conflicto de interés como aplicación particular del más amplio deber de lealtad establecido en los arts. 227 y concordantes de la LSC...”.

III. A dichos hechos son aplicables los siguientes:

D) Fundamentos de Derecho:

I. La cuestión planteada se circunscribe a determinar si el consejo de administración nombrado compuesto por tres miembros integrado por Don A. G. A., Don J. M. N. G. en nombre propio y de la mercantil “Keralt Chase”, S.L., siendo designado su persona física representante, contraría, o no, el régimen colegial que inspira el funcionamiento del consejo de administración y, por tanto, si es válido e inscribible.

II. En primer término hay que tener en cuenta que el nombramiento del órgano de Administración se hace conforme a lo previsto en los estatutos sociales inscritos, por lo que gozan de presunción de legalidad, exactitud y oponibilidad respecto de terceros -en concreto artículos 11 y 160 antes transcritos-, así como conforme a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital.

Así pues, se nombra un consejo de administración compuesto por tres miembros, tal y como se establece en la norma estatutaria antes citada. En efecto éstos son tres personas distintas e independientes, con la particularidad de que una de ellas es una persona jurídica, cuya persona física representante coincide con uno de los consejeros. Por tanto, es claro que legal y estatutariamente el Consejo está válidamente nombrado.

III. El Registrador en la motivación de la suspensión de la inscripción argumenta que “Tal composición –del consejo de administración (añadido por el recurrente)– contraría el régimen colegial que inspira el funcionamiento del consejo de administración, pues tal, presupone la aplicación de la regla de la mayoría para la adopción de acuerdos, la proscripción de la exigencia de unanimidad -o en este caso que decida una sola persona física- que de ‘facto’ ostenta un derecho de veto para la adopción de cualesquiera acuerdos, pudiendo incluso Don J. M. N. G. adoptar todos los acuerdos que considere”

Por tanto, el Registrador está denegando la inscripción en base a que presuntamente no se observa la regla de la mayoría al decidir una sola persona física, no en base a que se contravenga una norma legal. Entiende esta parte, dicho con todo el respeto y exclusivamente en términos de defensa, que no es acertada esta argumentación ya que nos encontramos ante tres consejeros que son tres personas independientes que pueden emitir votos distintos, ya que unos votan como personas físicas (con total libertad) y el otro -persona jurídica-, a través de una persona física representante sometida a un contrato de mandato de quien representa y a un régimen de responsabilidades que dimanen del propio mandato societario. Por tanto está presuponiendo el Registrador que la persona física siempre va a emitir un voto en el mismo sentido independientemente del asunto del que se trate. Asimismo hay que tener en cuenta que la persona física representante del consejero “Keralt Chase”, S.L. puede ser sustituida en cualquier momento.

Asimismo, cabe otorgar relevancia al hecho de que la sociedad está pasando de un régimen de Administrador Único a un régimen de consejo de administración por lo que si la intención de la sociedad hubiera sido que todas las decisiones en el marco del consejo de administración recayeran sobre la voluntad de un único consejero, ésta simplemente debía continuar en el régimen de Administrador Único, nombrando a D. J. M. N. G. como tal.

IV. El Registrador en la motivación de la suspensión de la inscripción argumenta también que “De otro lado la configuración dada, colisiona con el deber de evitar situaciones de conflicto de interés como aplicación particular del más amplio deber de lealtad establecido en los arts. 227 y concordantes de la LSC.”

Conforme al Art. 227 de la LSC quienes desempeñan el cargo de administrador no solo deben ajustar el ejercicio del mismo a un comportamiento diligente, sino que su conducta se ha de corresponder con la de un representante leal, que obre de buena fe y fiel al interés social. En esencia, el deber de lealtad consiste en la obligación del administrador de anteponer el interés de la sociedad al suyo propio y abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad.

Se produce el incumplimiento del deber de lealtad cuando los administradores realizan actividades, que más que procurar el interés social, sirven a intereses personales distintos, propios o ajenos, en daño de la sociedad (AP Lugo 1510-18, [...]).

El deber de lealtad se traduce en las obligaciones específicas establecidas en la LSC art. 228, entre las que se encuentran las siguientes:

- No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que tales facultades les han sido concedidas.
- Guardar secreto sobre lo que hayan conocido con ocasión del desempeño del cargo.
- Abstenerse de participar en los asuntos con los que tenga conflicto de interés, lo que en particular les obliga a:
 - abstenerse de realizar transacciones con la sociedad;
 - utilizar su nombre o invocar su cargo para influir indebidamente en sus operaciones privadas;
 - hacer uso de los activos sociales;
 - obtener ventajas o remuneraciones de terceros asociadas al ejercicio del cargo;
 - desarrollar actividades en competencia.

Finalmente destacar, que el régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo, no siendo válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo (LSC art. 230.1). Lo que en modo alguno ocurre en esta [sic] caso.

Por tanto una vez más el registrador deniega la inscripción no en base a una infracción legal sino en base a presunciones. Así pues da por hecho el registrador que esta configuración del consejo de administración supone que el consejero persona física y representante de la persona jurídica va a anteponer el interés de la sociedad al suyo propio y a tratar de obtener beneficio personal a expensas de la sociedad y en su perjuicio. Por tanto, entendemos que no se debe denegar la inscripción en base a lo que pudiera ocurrir.

Asimismo, destacar que la LSC, en sus artículo [sic] 227.2, 230.3 y 232, regula las consecuencias del incumplimiento del deber de lealtad para el momento en el que, obviamente, se produzca un incumplimiento.

Así pues en caso de infracción del deber de lealtad, se pueden ejercitar las siguientes acciones:

1. La acción social de responsabilidad contra el administrador.
2. Las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación del dicho deber.

Por lo tanto, los acuerdos que adopte el consejo de administración infringiendo su deber de lealtad son susceptibles de impugnación, sin perjuicio de que se ejercite al mismo tiempo contra los consejeros la acción de responsabilidad por los daños causados.

Por su parte, el administrador vendrá obligado, en su caso, a:

- indemnizar a la sociedad por el daño causado a su patrimonio (teniendo en cuenta que la solidaridad entre los miembros del órgano de administración colegiado no es de

aplicación en estos supuestos, por lo que debe responder solo el administrador al que es directamente imputable la violación);

- devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador; y
- en caso de incumplimiento de la prohibición de competencia y a petición de cualquier socio, cesar en su cargo cuando la junta no le ha autorizado expresamente para ello.

Es decir, que de incumplir algún miembro el consejo de administración el deber de lealtad, únicamente en caso de producirse, la ley prevé las consecuencias y responsabilidades en las que incurre el consejero por su incumplimiento, pero en modo alguno esto ha de ser motivo de denegación de la inscripción que se recurre.

Asimismo señalar que esta situación es conocida y admitida tanto por el resto de miembros del consejo de administración como por los socios ya que son ellos quienes deciden modificar la modalidad del órgano de administración por la de consejo y eligen a sus miembros, por lo que, conforme a la jurisprudencia, no se infringe el deber de lealtad cuando estemos ante situaciones y prácticas conocidas y consentidas por los socios y administradores.

En este sentido señalar la SAP de Madrid 25-3-22, (...) conforme a la cual “No se infringe el deber de lealtad por el hecho de que un administrador pague facturas giradas a la sociedad a favor de entidades vinculadas con él, cuando se trata de una práctica conocida y tácitamente consentida por los socios administradores. En el tráfico mercantil, la regla general es la onerosidad de los servicios que se reciben de terceros, salvo que se acredite debidamente su gratuidad.”

En cuanto al conflicto de interés el Art. 229 de las LSC establece las siguientes prohibiciones concretas:

- a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.
- b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.
- c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.
- d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.
- e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo, asociadas al desempeño del cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.
- f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

En todo caso, los administradores deben comunicar a los demás administradores, y en su caso al consejo de administración, cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad. Tratándose de un administrador único, tal comunicación debe efectuarla a la junta general.

Damos por reproducidos, por economía procesal, los argumentos desarrollados nuestros en el punto anterior relativos al deber de lealtad. Simplemente reiterar que de nuevo el registrador deniega la inscripción, no en base a una infracción legal, sino en base a presunciones. Asimismo reiterar que esta situación es conocida tanto por los socios como por el resto de miembros del consejo de administración.

V. De otra parte, la nota de calificación registral cita dos resoluciones, la RDGRN de 10 de noviembre de 1993 y de 25 de abril de 1997.

En cuanto a las resoluciones invocadas en la nota recurrida debe señalarse que las mismas tienen por objeto supuestos completamente distintos al de controversia por el presente recurso, y además están referidas a sociedades anónimas.

En efecto, en las resoluciones citadas se hace referencia a previsiones de unanimidad o derechos de veto en los estatutos sociales para la adopción de acuerdos por parte del consejo de administración, aspectos que no guardan relación con el motivo por el cual se deniega la inscripción en este caso, por lo que entiende esta parte que no existe justificación en los motivos que argumentan la denegación de la inscripción.

VI Por todo ello y recapitulando, con pleno respeto a la calificación registral, por esta se considera que debe revocarse la misma, por los argumentos expuestos, que se sintetizan en los siguientes:

A nuestro criterio ni el Reglamento del Registro Mercantil ni la Ley de Sociedades de Capital impiden la inscripción del nombramiento del consejo administración planteada.

En modo alguno la configuración del consejo de administración objeto de la nota recurrida contraviene los estatutos sociales, ni las disposiciones legales vigentes ni la jurisprudencia relativa al deber de lealtad y al conflicto de interés de los administradores.

La denegación, como se ha planteado durante el desarrollo del presente recurso se basa en presunciones, dando por hecho que los miembros del consejo de administración no van a desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

No cabe argumentar situaciones de 'conflicto de intereses ni posibles infracciones del deber de lealtad cuando, de hecho, se está formando un consejo de administración que pretenda el consenso, pudiéndose haber optado por la modalidad de administradores único.

Que de incurrir algún miembro del consejo de administración en el incumplimiento del deber de lealtad o de conflicto de intereses la LSC prevé las consecuencias y responsabilidades derivadas de su actuación.

Por todo lo anterior entiende esta parte que existe una ausencia patente de justificación legal en los motivos que inspiran la denegación de la inscripción recurrida.

Tal es así que idéntico acuerdo, relativo a la mercantil "Direct Sending" S.L., se elevó a público en escritura número 2023/108, autorizada el día dieciocho de enero de dos mil veintitrés por el notario D. José Manuel Fuertes Vidal, y fue presentada al Registro Mercantil el día diecinueve de enero de dos mil veintitrés, con el número de entrada 1/2023/1.915,0, diario 1000 asiento 224, fue inscrita con fecha uno de febrero de dos mil veintitrés, en el tomo 1 1219, folio 142, inscripción 5 con hoja V-205926 (...)

E) Solicita.

Al Registro Mercantil de Valencia para ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública registral [sic] que, teniendo por presentado este escrito, con los documentos que se acompañan, se sirva admitir todo ello, teniendo por interpuesto recurso gubernativo frente a la calificación negativa del Sr. Registrador Mercantil D. Carlos Javier Orts Calabuig, darle la tramitación correspondiente, remitiéndolo, en su caso, a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública Registral y, a su tiempo y por el referido Organismo, se dicte resolución estimando el recurso interpuesto y se revoque la nota de calificación por ser procedente en derecho, llevando a cabo los trámites de inscripción del nombramiento del Órgano de Administración en los términos que figuran en la escritura pública.»

IV

Notificada la interposición del recurso a don José Manuel Fuertes Vidal, notario de Valencia, como autorizante del título calificado, presentó, mediante escrito de fecha 7 de marzo de 2023, las siguientes alegaciones:

«Expone:

- I. Que tiene la condición de interesado en el recurso arriba reseñado.
- II. Que el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, reconoce al notario autorizante, el derecho a formular alegaciones en caso de recurso ante la calificación negativa del Registro.
- III. Que en ejercicio de ese derecho, mediante este escrito, formula las siguientes

Alegaciones:

Primera. Que ratifica la pretensión del recurrente de que los acuerdos recogidos en dicha escritura sean inscritos I en el Registro Mercantil.

Segunda. Que no existe norma escrita alguna que impida la posibilidad objeto del recurso, que una misma persona física sea nombrada Consejero por sí mismo y representante persona física de otro Consejero-persona jurídica. No se advierte ni el Reglamento del Registro Mercantil ni la Ley de Sociedades de Capital disposición alguna que prohíba dicha opción.

Tercera. Según el artículo 236.5 en la Ley de Sociedades de Capital “La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.” Será responsabilidad de la persona física designada ejercer el cargo con la debida diligencia, diligencia que deberá mostrar día a día y acto a acto que realice.

Cuarta. Respecto a la consideración de que la persona designada que a la vez sea Consejero como persona física ejerza “de facto” un derecho de veto, no deben de ser tenidas en cuenta las Resoluciones alegadas, en cuanto se refieren a supuestos de hecho distintos, en los que un solo Consejero podría paralizar los acuerdos del órgano de Administración por sí solo. En el caso en cuestión nos encontramos ante dos Consejeros, uno persona física y otro persona jurídica, cuyos socios ya se encargarán de pedir responsabilidades a la persona elegida, pudiendo relevarla en cualquier momento de sus funciones en el caso de que entiendan que no defiende adecuadamente sus intereses.

Quinta. Respecto al defecto alegado del deber de evitar la posible existencia de conflictos de intereses en base al deber de lealtad (artículo 227 y concordantes de la LSC), este deber de lealtad es un deber genérico, que el designado, sea directamente o como representante, debe de cumplir caso a caso y en todo momento, por lo que no resulta admisible la pretensión del Señor Registrador de establecer una presunción de incumplimiento, expresando su desconfianza ab initio en la persona elegida, desconfianza que no tiene ninguna base en que sostenerse.

Que para la demostración de estas alegaciones no se entiende preciso adjuntar ningún documento distinto de los presentados por el recurrente.

Por todo lo cual,
Solicita:

Que se tenga por presentado en tiempo y forma, y se admita a trámite, este escrito de alegaciones con los argumentos que lo acompañan, y sean tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la resolución que corresponda.»

V

El día 14 de marzo de 2023, don Carlos Javier Orts Calabuig, registrador Mercantil III de Valencia, emitió el informe previsto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, donde daba cuenta de haber dado traslado del recurso interpuesto al notario autorizante del título calificado, de haber recibido e incorporado al expediente las alegaciones formuladas por él y de mantener la calificación negativa, por lo que procedió a la elevación del expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 210, 242 y 245 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1993 y 25 de abril de 1997.

1. Debe decidirse en este expediente si es admisible la configuración de un consejo de administración, formado por tres miembros, para el que son designados dos miembros personas físicas y un tercero persona jurídica, que designa como representante para el ejercicio de tales funciones a uno de los que ya ha sido elegido en su propio nombre, de suerte que el órgano está integrado tan solo por dos personas naturales.

2. El consejo de administración es el patrón mediante el que se articula el órgano de administración de una compañía cuando se dispone su composición por más de dos integrantes que deben actuar de forma colegiada y adoptar decisiones por mayoría. Acorde con este modelo, el artículo 242.1 de la Ley de Sociedades de Capital comienza ordenando que «el consejo de administración estará formado por un mínimo de tres miembros».

Sobre el principio mayoritario en relación con el consejo de administración ha tenido ocasión de pronunciarse este Centro Directivo, desechando las fórmulas que de hecho condujeran a otorgar derecho de veto a alguno de los integrantes del órgano colegiado (Resoluciones de 10 de noviembre de 1993 y 25 de abril de 1997). Y es precisamente la situación de potencial veto la que se produciría de admitir la estructura propuesta para el concreto consejo de administración plasmado en la decisión cuestionada, pues la adopción de acuerdos por mayoría requeriría necesariamente la anuencia del consejero designado en una doble condición.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación impugnada.

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