

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13623 *Resolución de 15 de octubre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil X de Madrid, por la que se rechaza la inscripción de determinados particulares de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por el notario de Madrid, don José Américo Cruz, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil X de Madrid, don Jesús González Salinas, por la que se rechaza la inscripción de determinados particulares de una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Por el notario de Madrid, don José Américo Cruz, se autorizó en fecha 25 de mayo de 2012 escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada en cuyos Estatutos consta lo siguiente: «artículo 12. ...El Consejo quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, la mayoría de sus componentes, salvo para tomar acuerdos que requieran una mayoría reforzada, en cuyo caso el quórum de constitución coincidirá con dicha mayoría. Para determinar el quórum sólo se computarán los consejeros en ejercicio, prescindiéndose de los que hayan cesado por cualquier causa».

II

Presentada la referida documentación en Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Madrid. Notificación de inscripción parcial. Jesús González Salinas, 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, ha resuelto practicar la inscripción del documento al tomo 30012, folio 107, inscripción 1, habiendo resuelto no practicar la inscripción de los extremos que constan a continuación conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos. Diario / Asiento: 2/962. F. presentación: 04/06/2012. Entrada: 1/2012/70.636,0. Sociedad: Kikis Alimentación, S.L. Hoja: M-540136. Autorizante: Américo Cruz José. Protocolo: 2012/360 de 25/05/2012. Fundamentos de Derecho. – No se practica inscripción respecto de las facultades del órgano de administración (arts. 124.4 y 185.6 RRM; RRDGRN de 26 julio 2006 y 11 diciembre y 19 abril 2000). 1.– Parcial. No puede inscribirse –y no se ha inscrito– la forma de determinar el quórum de constitución del consejo de administración (último inciso del último párrafo del apartado letra c del art. 12). Al computar solamente los «consejeros en ejercicio, prescindiendo de los que hayan cesado por cualquier causa» supone confundir el número real (que sería éste) con el número legal impuesto por la Ley, que no es otro que el número concreto de componentes que determine la junta (art. 242 párrafo primero in fine LSC). Tal confusión supondría que, según los estatutos, en caso de fallecimiento o de dimisión de algún o algunos consejeros del que se toma nota o acepta sólo en el propio consejo, la composición del consejo de administración no vendría determinada por la junta y consecuentemente el quórum de constitución del consejo sería distinto, por inferior (art. 247 LSC). En relación con la presente calificación (...). Madrid, quince de junio de dos mil doce».

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Américo Cruz, como notario autorizante interpone recurso en virtud de escrito de fecha 20 de julio de 2012, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: «Que la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad postulado en su exposición de motivos, se limitaba a permitir que los Estatutos determinasen el régimen de organización y funcionamiento del Consejo con especial mención de las reglas de convocatoria y constitución, por lo que una cláusula como la ahora debatida era perfectamente aceptable y de hecho así se inscribieron en numerosas ocasiones; Que 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 sigue permitiendo que los Estatutos sociales determinen el número máximo y mínimo de consejeros correspondiendo a la Junta la determinación de su número concreto. Que la novedad es el artículo 247.1 del Texto. Que para interpretar este precepto hay que entender que la finalidad de la norma es regularizar o aclarar la regulación (pero no armonizar pues hay una regulación distinta para cada tipo social) por lo que no cabe entender que impone mas restricciones de las que con claridad se deduzcan del texto; Que el precepto solo impone que el consejo quede válidamente constituido cuando concurren el número de consejeros previstos en los estatutos siempre que alcancen como mínimo la mayoría de vocales; que respecto a la primera cuestión es evidente que es factible establecer un porcentaje siempre que sea superior a la mitad y en cuanto al segundo límite, la calificación añade el término «nombrados» que no aparece en la Ley siendo más lógico pensar que ésta se refiere a los que estén en ejercicio pues los cesados ya no son consejeros; Que esta interpretación se ha preconizado respecto del anterior texto del artículo 139 de la Ley de Sociedades Anónimas y cita en su apoyo la Sentencia 315/ 2009, de 16 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona. Que así lo entendió también la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 25 de mayo de 1998 al afirmar que lo que se pretende con la norma es que el número de consejeros presentes sea superior al de ausentes de lo que cabe deducir que no se computan los consejeros cesados que no son ausentes sino inexistentes; Que el sentido de la norma es no permitir que el consejo quede válidamente constituido sin la mayoría de vocales; Que la interpretación propugnada no implica que la composición del consejo no venga determinada por la junta. La calificación confunde composición del consejo y quórum de asistencia. La interpretación propugnada evita dejar en manos de un vocal la constitución del consejo y está en línea con el criterio interpretativo de que los órganos sociales no deben quedar en situación de parálisis ni permitir que una minoría los bloquee. Finalmente que los socios no quedan desprotegidos pues subsiste la obligación de convocar Junta para cubrir vacantes y el derecho de las minorías a exigir convocatoria si así no se hace e incluso el de modificar estatutos exigiendo mayorías mas cualificadas para la constitución del consejo».

IV

El registrador emitió informe el día 8 de agosto de 2012, elevando el expediente a este Centro Directivo ratificándose en su calificación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 23, 171, 211, 216, 225, 236, 242, 244, 245 y 247 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; 139 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 57 y 59 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 147 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de febrero de 1997, 25 de mayo de 1998, 4 de junio de

1999, 8 de junio de 2000, 6 de junio de 2002, 4 de octubre y 22 de julio de 2011 y 14 y 28 de febrero de 2012.

1. La única cuestión que es objeto de discusión en este expediente es si en los estatutos de una sociedad limitada puede constar una cláusula en virtud de la cual el quórum de constitución del consejo de administración se determine en función del número de vocales con cargo vigente. La cuestión dista de ser sencilla pues se enfrentan intereses legítimos a los que la doctrina de este Centro ha otorgado amparo en diversas ocasiones.

2. La necesidad permanente de que la sociedad esté dotada de un órgano de administración impone tanto su existencia como su capacidad de actuación y por ello la legislación dota a las sociedades de mecanismos para que así sea incluso cuando se dan situaciones especiales. De aquí que se prevea la posibilidad de la existencia de sustitutos y en el caso de consejo de administración de sociedades anónimas, de la figura de la cooptación. Como puso de relieve esta Dirección General (vide resolución de 4 de junio de 1999) las previsiones legales no agotan las posibilidades y de ahí que puedan articularse fórmulas estatutarias dirigidas a dar solución a situaciones anormales que puedan producirse a lo largo de la vida social. Esta doctrina concluye que este tipo de previsiones deben ser examinadas favorablemente siempre que no contravengan las exigencias del tipo social elegido. Y así lo ha hecho el Centro Directivo en ocasiones diversas en especial en relación a vicisitudes relativas al consejo de administración pues dada la complejidad de esta forma de administración social es en su seno donde pueden producirse un mayor ámbito de cuestiones. La doctrina de este Centro Directivo viene presidida por la idea central de preservar en la medida de lo posible la capacidad de funcionamiento del consejo de una forma ágil incluso cuando se dan circunstancias especiales para evitar situaciones de estrangulamiento que pueden desembocar, en los supuestos mas graves, en la existencia de causa de disolución: por eso se ha afirmado que la existencia de vacantes no puede impedir la inscripción de nombramiento de un cargo si aquella circunstancia no impide el funcionamiento del órgano (vide resoluciones de 22 de julio de 2011 y de 14 de febrero de 2012).

3. Las anteriores consideraciones son especialmente predicables del régimen de las sociedades limitadas cuya estructura tendencialmente cerrada permite fórmulas de previsión de situaciones anómalas más abiertas que las aplicables a otros tipos sociales. A ello se une la mayor flexibilidad que el ordenamiento tradicionalmente ha reconocido en su regulación. Como puso de relieve la Resolución de 6 de junio de 2002, en materia de regulación del consejo de administración, la entonces vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permitía una gran libertad estatutaria limitada sólo por la necesaria determinación del número máximo y mínimo de vocales y por la consagración del principio mayoritario en la adopción de acuerdos.

La regulación que sobre el consejo de administración contiene 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 respeta los principios tradicionales de su regulación como corresponde a un texto refundido (artículo 245.1) pero sin renunciar a la tarea legislativa de extender soluciones que se consideran convenientes a los tipos sociales regulados. Como ha tenido ocasión de reiterar este Centro Directivo (Resoluciones de 4 de octubre de 2011 y 28 de febrero de 2012) debe tenerse en cuenta que el texto legal refundido es el resultado de la regularización, aclaración y armonización de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. De modo que se trata incluso de introducir «una muy importante generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital» (vid. el apartado II de la Exposición de Motivos 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).

Haciendo uso de esta habilitación el texto refundido ha introducido una norma relativa a la constitución del consejo de administración de las sociedades de responsabilidad limitada que dice así: artículo 247. 1. «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».

La cuestión se centra en cómo debe interpretarse este precepto y si es factible, como propone el recurrente, referir el concepto al número de vocales con cargo vigente o si por el contrario, como mantiene el registrador, debe referirse al número de vocales determinados por los estatutos o por el acuerdo de Junta correspondiente en caso de que aquellos se limiten a fijar un máximo y un mínimo.

4. Para ello debemos traer a colación la doctrina de este Centro Directivo relativa a los requisitos de funcionamiento del consejo de administración. Y es que, como decíamos al principio, si bien es cierto que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha amparado la idea de que debe preservarse en la medida de lo posible el funcionamiento del órgano de administración en circunstancias especiales no lo es menos que no lo ha hecho incondicionalmente y en cualquier caso. Y ha sido así porque la protección del interés de mantener el funcionamiento del consejo no puede llegar al extremo de desnaturalizar su finalidad y estructura. Por este motivo y en sede de anónimas este Centro Directivo ha considerado ante la pretensión de inscribir acuerdos adoptados por consejos constituidos por un número de vocales inferior a la mitad más uno de los nombrados que no puede entenderse que exista como tal consejo si ni siquiera es posible reunir el mínimo legal que determina su válida constitución –la mitad más uno de sus componentes, presentes o representados, con arreglo al artículo 139 de la Ley de Sociedades Anónimas–, sin que sea posible admitir excepciones a esta regla general, so pena de correr un grave riesgo de vulneración de la voluntad social previamente manifestada por la junta en el momento de hacer la elección de los consejeros (resolución de 14 de febrero de 1997). En este contexto, cuando esta Dirección General ha considerado que la mera existencia de vacantes no debe considerarse obstáculo para la inscripción de acuerdos del consejo o de la comisión delegada lo ha hecho con la salvedad de que su existencia no impida el válido funcionamiento del órgano correspondiente (Resoluciones de 22 de julio de 2011 y 14 de febrero de 2012).

Bajo esta perspectiva cobra todo su sentido la previsión que hace el número 1 del artículo 247 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital que exige la concurrencia de dos requisitos para la válida constitución del consejo de administración de una sociedad de responsabilidad limitada: que concurran el número de consejeros previsto en los estatutos y que alcancen, como mínimo, la mayoría de vocales. Ciertamente el primer requisito no está formulado de una forma técnicamente precisa pues, amén de olvidar la posibilidad de que el número de vocales esté determinado por acuerdo de la Junta cuando los estatutos se limiten a fijar el número máximo y mínimo, artículo 242 del Texto Refundido, exige una presencia total que aparte de violentar el principio mayoritario es inviable cuando existe una vacante por cualquier causa. Y es precisamente en este supuesto cuando resulta plenamente comprensible el segundo requisito pues la válida constitución del consejo exige la presencia de vocales que constituyan una mayoría, mayoría que sólo puede estar referida, como resulta del precepto, al número previsto en los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento. Confirma esta interpretación el artículo 171 del Texto Refundido que para el caso de cese de la mayoría de miembros del consejo de administración habilita a cualquier socio para instar la convocatoria judicial de junta confirmando que el consejo no puede constituirse válidamente (como demuestra la equiparación que hace el propio precepto a la imposibilidad de funcionamiento de las otras formas de organizar la administración). De entenderse como propone el recurrente (cualquiera que sea el número de vocales con cargo vigente) el consejo podría reunirse válidamente incluso en el supuesto extremo de que sólo un vocal permaneciese vigente en su cargo. Es obvio que una situación semejante implica una desnaturalización completa de la regulación del consejo de administración que no puede quedar amparada por el principio de autonomía de la voluntad.

5. De producirse una sucesión de vacantes en el consejo que amenace su válida constitución corresponde a los consejeros subsistentes tomar las medidas para evitarlo

en ejercicio de su deber de diligente administración (artículos 167 y 225 del texto Refundido) y para evitar incurrir en responsabilidad para lo que el ordenamiento les dota de amplias facultades (artículo 171 segundo párrafo del mismo Texto refundido). El incumplimiento de este deber no puede amparar una regulación que violenta los requisitos estructurales de válida constitución del consejo como no puede quedar amparado por el hecho de que los socios pueden impulsar la convocatoria de junta ya que el ejercicio de un derecho no justifica el incumplimiento de una obligación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 15 de octubre de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.