

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

- 1013** *Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Luis Jorquera García, notario de Madrid, contra la negativa del registrador Mercantil III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por don Luis Jorquera García, notario de Madrid, el día 24 de marzo de 2017, con el número 588 de protocolo, se constituyó la sociedad «Travelbooster, S.L.», con las siguientes circunstancias: a) en el artículo 19 de los estatutos sociales, se regula la emisión del «voto a distancia anticipado en las juntas generales de socios», en los términos siguientes: «1.–Los socios podrán emitir su voto sobre las propuestas contenidas en el Orden del Día de la convocatoria de una Junta general de socios remitiendo, antes de su celebración, por medios físicos o telemáticos, un escrito conteniendo su voto. En el escrito del voto a distancia el socio deberá manifestar el sentido de su voto separadamente sobre cada uno de los puntos o asuntos comprendidos en el Orden del Día de la Junta de que se trate. Caso de no hacerlo sobre alguno o algunos se entenderá que se abstiene en relación con ellos. 2.–Si existiere el área de socios dentro de la Web Corporativa, el voto podrá ejercitarse por el socio mediante el depósito en la misma, utilizando su clave personal, del documento en formato electrónico en el que lo contenga o por su manifestación de voluntad expresada de otra forma a través de dicho área. 3.–También será válido el voto ejercitado por el socio por medio de escrito físico o electrónico firmado por el socio. 4.–El voto anticipado deberá recibirse por la sociedad con un mínimo de 24 horas de antelación a la hora fijada para el comienzo de la Junta. Hasta ese momento el voto podrá revocarse o modificarse. Transcurrido el mismo, el voto anticipado emitido a distancia sólo podrá dejarse sin efecto por la presencia personal o telemática del socio en la Junta». Asimismo, en el artículo 20.1, párrafo segundo, de los estatutos alude a «(...) los socios que hayan emitido anticipadamente un voto a distancia o asistan por medios telemáticos, de acuerdo con lo previsto en los art. 182 y 189 de la Ley de Sociedades de Capital (...)»; b) respecto de la constitución de la junta general, el artículo 20.1, párrafo quinto, de los estatutos dispone que «formada la lista de asistentes, el presidente de la Junta, si así procede, la declarará válidamente constituida y determinará si ésta puede entrar en la consideración de todos los asuntos incluidos en el orden del día. Asimismo, someterá a la junta, si fuera el caso, la autorización para la presencia en la misma de otras personas»; c) el artículo 21 de los estatutos, relativo al órgano de administración, establece lo siguiente: «(...) Por acuerdo unánime de todos los socios en el otorgamiento de la escritura fundacional o, posteriormente, por acuerdo de la Junta General, la sociedad podrá adoptar alternativamente cualquiera de las siguientes modalidades de órgano de administración: (...) c) Dos administradores conjuntos, quienes ejercerán mancomunadamente las facultades de administración y representación. d) Entre dos y cinco administradores conjuntos y cuyo número se determinará en Junta de Socios, a quienes corresponden las facultades de administración y representación de la sociedad, para que sean ejercitadas mancomunadamente al menos por dos cualesquiera de ellos»;

d) el artículo 24.7 de los estatutos regula el voto anticipado a distancia en el consejo de administración en los siguientes términos: «Voto a distancia anticipado. Será válido el voto a distancia expresado por un consejero en relación con una reunión del Consejo de Administración convocada y que vaya a celebrarse de modo presencial. Dicho voto deberá expresarse por escrito, físico o electrónico, firmado por el Consejero y dirigido al Presidente del Consejo. En dicho escrito el consejero deberá manifestar el sentido de su voto sobre cada uno de los asuntos comprendidos en el Orden del Día del Consejo de que se trate. Caso de no hacerlo sobre alguno o algunos se entenderá que se abstiene en relación con ellos. Si existiere el área privada del Consejo de Administración en la Web Corporativa, el voto podrá ejercitarse por el consejero mediante el depósito en la misma, utilizando su clave personal, del documento en formato electrónico en el que lo contenga o por su manifestación de voluntad expresada de otra forma a través de dicho área. El depósito deberá realizarse con un mínimo de 24 horas de antelación a la hora fijada para el comienzo de la reunión del Consejo. El voto a distancia sólo producirá efecto si el Consejo se constituye válidamente y deberá ser recibido por el Consejo con una antelación mínima de mínimo de 24 horas a la hora fijada para el comienzo de la reunión. Transcurrido el mismo, el voto emitido a distancia sólo podrá dejarse sin efecto por la presencia personal, física o telemática, del Consejero en la reunión», y e) en el apartado «Tercera», letra d), de la escritura, se dispone que los socios fundadores, dando al acto de otorgamiento el carácter de primera junta general de socios, adoptan por unanimidad el siguiente acuerdo: «Autorizar al Administrador para 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».

## II

El día 11 de septiembre de 2017 se presentó dicha escritura en el en el Registro Mercantil de Valencia y fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Carlos Javier Orts Calabuig, 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 Asiento: 328 Diario: 860 Entrada: 1/2017/25742 Sociedad: Travelbooster Sociedad Limitada Notario/Protocolo: D. Luis Jorquera García/17-588 Fundamentos de Derecho 1.–Artículo 19.º y artículo 20.º 1 de los estatutos sociales: Se contempla el voto a distancia anticipado, que tan solo está previsto para las sociedades anónimas cotizadas, en concreto en él artículo 521 LSC, apartado 2 c), remitiéndose al reglamento de la junta general para su concreta regulación, no siendo aplicable pues a las sociedades limitadas y ni siquiera a las sociedades anónimas en general. Asimismo, se contradice el carácter deliberante de la junta. En efecto, la junta general es un órgano deliberante y en su desarrollo no cabe excluir la deliberación que necesariamente es previa al derecho de voto. En este sentido, el artículo 159 LSC y concordantes lo presuponen, e incluso el artículo 126 RRM impone o presupone en los estatutos el modo en que la junta general de accionistas deliberará, no siendo admisible pacto estatutario que excluyera tal deliberación como implícitamente lleva consigo la opción de votar por anticipado. Defecto de carácter denegatorio. 2.–Artículo 20.º 1 de los estatutos sociales: Se deja al arbitrio del Presidente de la Junta que se tengan en consideración todos los asuntos incluidos en el orden del día, pues no se señala causa alguna para decidir en su caso la no consideración, sin que tal competencia tenga su base en precepto alguno y correspondiendo fijar al órgano convocante tales puntos del orden del día. Artículo 159 y concordantes de la LSC. Por el contrario corresponde al Presidente no a la Junta, la autorización de las personas que juzguen conveniente y la Junta sólo podrá revocar dicha autorización. Artículo 181 de la LSC. Defecto de carácter denegatorio. 3.–Artículo 21.º de los estatutos sociales, apartados c) y d): Se contemplan dos distintas fórmulas de ejercer el poder de representación en caso de administración conjunta resultando tal opción contraria a la concreción en estatutos de tal forma de ejercicio. En efecto a este respecto la RDGRN de 1 de septiembre de 2005 señala que «la forma de

ejercitar el poder de representación es competencia de los Estatutos que no pueden delegarla en la Junta General, ni tan siquiera sobre la base de atribuir a la misma la facultad de elegir entre diversas alternativas previamente configuradas al modo como permite el artículo 57.2 de la misma Ley (hoy 233-2 de la Ley de Sociedades de Capital) para optar entre los diversos modos de organizar la administración previstos por el legislador». Artículo 233-2 de la Ley de Sociedades de Capital, RDGRN de 27 de Agosto de 1998, 22 de Junio de 2000 y 1 de Septiembre de 2005. Defecto de carácter denegatorio. 4.—Artículo 24.º de los estatutos sociales, apartado 7: Con respecto al voto a distancia anticipado en relación con el Consejo de Administración, cabe su rechazo en base a los mismos argumentos señalados en el punto relativo a la Junta General, pudiendo dar lugar a reuniones del Consejo en que tal voto anticipado se pudiera ejercer por un número de consejeros tal que hiciera inútil la celebración de la reunión. Defecto de carácter denegatorio. 5.—Artículos 14.º y 32.º de los Estatutos Sociales: Contienen las palabras «de Accionistas», lo que no es coherente con la forma social adoptada de Sociedad Limitada. Artículo 1 de la LSC. Defecto de carácter denegatorio. 6.—Exponen tercera apartado D): La fórmula empleada no causaliza la dispensa en los términos que expresa el artículo 230-3 párrafo 1 de la Ley de Sociedades de Capital, de carácter imperativo, por no esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa, ni condiciona la misma a que cualquier socio pueda instar que la Junta General acuerde el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante conforme al último párrafo del artículo 230-3 de la Ley de Sociedades de Capital. Defecto de carácter denegatorio. Observaciones: Ante las alegaciones por escrito efectuadas por el Sr. Notario D. Luis Jorquera García y en base a las mismas, se redactó la precedente nota de calificación con el consenso unánime de todos los titulares del Registro Mercantil de Valencia, tras el estudio de las cuestiones planteadas, según consta en actas de sendas reuniones de fechas 14 de junio de 2017, en que se facilitó la documentación a todos los titulares, y 21 de junio de 2017, en que se aprobaron los defectos señalados. 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 2.011). Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos señalados y obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...) Valencia, a 13 de septiembre de 2017 El Registrador n.º III (firma ilegible)».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don Luis Jorquera García, notario de Madrid, interpuso recurso el día 11 de octubre de 2017 mediante escrito en el que alega los siguientes fundamentos de Derecho: «(...) 3.1.—Punto 1 de los Fundamentos de Derecho de la Nota de Calificación, que dice así (...) Alegaciones: Los citados artículos de los estatutos se basan en el artículo 189 de la ley de sociedades capital que dice lo siguiente (...) No es cierto lo que dice el señor Registrador de que el voto anticipado en las juntas de socios no está permitido para las Sociedades Limitadas. Es sobradamente conocida la RDGRN de 19 de diciembre de 2012 que consideró plenamente aplicable a las Sociedades Limitadas este artículo, al igual que otros que en la Ley de Sociedades de Capital se refieren tan sólo a las Sociedades Anónimas. La doctrina de esta Resolución ha sido reiterada por muchas otras posteriores. Por ejemplo, la RDGRN de 25 de abril de 2017 («BOE» de 16 de mayo de 2017) permite que la junta pueda aceptar dichos medios (se refiere a los de expresión de la representación o del voto anticipado) sin legitimación de firma ni firma electrónica, considerando que la aceptación de los medios es una responsabilidad del órgano de administración en su gestión de la Junta General. En cuanto al argumento del señor Registrador relativo a que la admisión del voto anticipado contraria

el carácter deliberante de la junta general puede decirse: –Que ese argumento queda fuera del ámbito de la calificación una vez que con arreglo a la interpretación que ha hecho la Dirección General del artículo 189 de la Ley de Sociedades de Capital el voto anticipado en una junta de socios, si está regulado en los estatutos, es admisible en una Sociedad Limitada. –Que aun admitiéndolo a efectos puramente dialécticos, el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital respecto del cual el señor Registrador dice que «exige el carácter deliberante de la junta», no dice nada de eso. –Que la junta general de socios es un órgano colegiado, y como tal tiene que formar su voluntad con la conjunción de las voluntades de las personas que la integran. Si para ello deliberan o no dependerá de las circunstancias de cada caso. El artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital dice que «es competencia de la junta general deliberar y acordar». Que el deliberar sea competencia de la Junta no quiere decir que sea obligatorio. –Si las decisiones de la junta general de socios exigieran para su validez imperativamente la previa deliberación, los Registradores Mercantiles deberían pedir la constancia de ello en todas las certificaciones de acuerdos sociales, lo que obviamente no sucede porque no es un requisito legal. 3.2.–Punto 2 de los Fundamentos de Derecho de la Nota de Calificación, que dice así: (...) Alegaciones: Las funciones del Presidente de la Junta están reguladas de modo parcial en la Ley de Sociedades de Capital y en el Reglamento del Registro Mercantil. Pero es evidente que son importantísimas. El artículo 102.1.2.<sup>a</sup> del Reglamento del Registro Mercantil atribuye al presidente de la junta la declaración de estar válidamente constituida toda vez que asimismo declara «el número de socios con derecho a voto que concurren personalmente o representados y de su participación en el capital social». En consecuencia, en mi opinión, si el presidente puede declarar (o no) válidamente constituida la junta general de socios, puede asimismo determinar si la junta puede tratar todos los asuntos del Orden del Día o sólo algunos de ellos, por las siguientes razones: –Si puede lo más (declarar que la Junta no está válidamente constituida para ningún punto del Orden del Día) debe poder lo menos (que sí está válidamente constituida para algunos puntos pero no para otros). –Esta situación puede darse perfectamente porque algunos puntos del Orden del Día pueden requerir quorums que para ellos no se alcancen pero sí para los demás, y lo lógico, en aras del principio de eficacia que debe regir en todo el Derecho societario, es que el presidente, a la vista de los socios presentes o representados, pueda efectuar una declaración sobre qué puntos del Orden del Día pueden ser objeto de decisión por la junta y cuáles no. En lo que se refiere a la actuación del Presidente en relación con la presencia en la junta de «otras personas» (diferentes de los socios y administradores, que siempre pueden asistir), la expresión de los estatutos que dice «someterá a la junta, si fuera el caso, la autorización para la presencia en la misma de otras personas». Es perfectamente compatible con el párrafo 2 del artículo 181 de la Ley de Sociedades de Capital cuando dice que «el Presidente de la Junta podrá autorizar la asistencia de cualquier otra persona que juzgue conveniente. La junta, no obstante, podrá revocar dicha autorización.». Los estatutos no niegan que sea el presidente quien autoriza la asistencia, sino que «la someterá a la junta», lo que es obligatorio puesto que la junta puede revocar la autorización del presidente. 3.3.–Punto 3 de los Fundamentos de Derecho de la Nota de Calificación, que dice así: (...) Alegaciones. Las RDGRN de 28 abril y 8 de junio de 2016 («BOE» de 6 y 28 de junio de 2016) han admitido la validez de una cláusula estatutaria con exactamente la misma redacción. Doy por reproducidos aquí los argumentos de las mismas. 3.4.–Punto 4 de los Fundamentos de Derecho de la Nota de Calificación, que dice así: (...) Alegaciones. Se reitera todo lo dicho antes sobre la validez del voto anticipado en las juntas de socios. Con mucha más razón ha de serlo si está regulado en los estatutos para reuniones del Consejo de administración, cuya facultad de autorregulación es muchísimo más amplia que la de la junta de socios. Además, en ese párrafo de los estatutos se menciona que «el voto a distancia sólo producirá efectos si el Consejo se constituye válidamente». Sobre la posibilidad de que sea inútil la celebración de la reunión hay que recordar que la ley permite (art. 248), que el Consejo de administración adopte acuerdos por escrito y sin sesión. No se puede entonces rechazar que, si los estatutos lo prevén, algunos consejeros voten anticipadamente para una reunión que se va a celebrar. 3.5.–Punto 5 de los

Fundamentos de Derecho de la Nota de Calificación, que dice así: (...) Alegaciones: Es evidente que se trata de un error, ya que al ser la forma jurídica de Sociedad Limitada, la expresión debe ser «socios» y no «accionistas». No obstante, dado que ese error por un lado es obvio y por otro es imposible que produzca perjuicios para terceros, en mi opinión podría haberse practicado la inscripción dejando constancia de que esas dos palabras deben entenderse referidas a «socios», teniendo en cuenta la forma jurídica de sociedad limitada que tiene la sociedad constituida. 3.6.–Punto 6 de los Fundamentos de Derecho de la Nota de Calificación, que dice así: (...) Es cierto que hay que causalizar la dispensa. Sin embargo, en mi opinión, no hay que condicionar la dispensa. La ley dice, en el segundo párrafo del artículo 230.3 que «en todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante». Ese precepto de la ley es siempre aplicable si se da el supuesto de hecho y no hay por qué transcribirlo cuando se otorga la dispensa. Ya lo dice la ley».

## IV

Mediante escrito, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

**Fundamentos de derecho**

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1284 del Código Civil; 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 28, 159, 181, 182, 183, 189, 192, 210.3, 230, 233, 521 y 522 de la Ley de Sociedades de Capital; 94, 102, 126, 175 y siguientes y 190 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de agosto de 1998, 22 de junio de 2000, 1 de septiembre de 2005, 29 de noviembre y 19 de diciembre de 2012 y 28 de abril, 8 de junio y 18 de octubre de 2016.

1. Según el primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, el registrador rechaza la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad por el contenido de dos preceptos estatutarios, en concreto los artículos 19 y 20.1, que regulan la emisión del voto a distancia anticipado en las juntas generales de socios.

El registrador considera que el voto a distancia anticipado, al estar tan solo previsto para las sociedades anónimas cotizadas –artículo 521.2.c) de la Ley de Sociedades de Capital–, no es aplicable a las sociedades limitadas y ni siquiera a las sociedades anónimas en general. Además afirma que la junta general es un órgano deliberante y en su desarrollo no cabe excluir la deliberación que necesariamente es previa al derecho de voto (artículos 159 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital y 126 del Reglamento del Registro Mercantil).

Sobre estas cuestiones debe recordarse que este Centro Directivo, en Resolución de 19 de diciembre de 2012 (con un criterio reiterado en las Resoluciones de 25 y 26 de abril de 2017), estimó válida la asistencia y votación telemática de los socios en la junta general de sociedades de responsabilidad limitada, pues aunque el artículo 182 Ley de Sociedades de Capital se refiere únicamente a la sociedad anónima, ello no debe llevar a entenderla prohibida en aquel tipo social, que, con base en la autonomía de la voluntad (artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital) ha de ser admitida siempre y cuando se asegure que los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre y en la medida en que los socios puedan intervenir, pues no ofrece menores garantías de autenticidad que la asistencia física; por el contrario, es un medio más de que disponen los socios para regular cuestiones no contrarias a normas imperativas o prohibitivas, posibilitando a socios con domicilios lejanos al domicilio social, incluso en el extranjero, tener un conocimiento directo del modo en que transcurre la celebración de la junta, sin necesidad de costosos desplazamientos o el nombramiento de representantes en personas que, en ocasiones, resulta difícil que sean idóneas, lo cual puede ser especialmente relevante en sociedades con pocos socios, residentes en lugares dispersos.



Y lo mismo cabe entender respecto del ejercicio del derecho de voto en los términos del artículo 189 de la Ley de Sociedades de Capital, razón por la que se estimó válida la cláusula estatutaria que posibilite la asistencia a la junta por medios telemáticos, incluida la videoconferencia, siempre que garanticen debidamente la identidad del sujeto, expresándose en la convocatoria los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios, que permitan el ordenado desarrollo de la junta, debiendo a tal efecto determinar los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos de quienes tengan intención de intervenir por medios telemáticos se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de constitución de la junta. Como también entendió que, al exigir el artículo 183 de la Ley de Sociedades de Capital que en las sociedades de responsabilidad limitada la representación deba constar por escrito, esta expresión no excluye otras formas de constancia y prueba de que la representación ha sido otorgada, como pueden ser los medios telemáticos o incluso audiovisuales, siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba.

2. El segundo de los defectos invocados por el registrador se refiere al artículo 20.1, párrafo quinto, de los estatutos en cuanto dispone que «formada la lista de asistentes, el presidente de la Junta, si así procede, la declarará válidamente constituida y determinará si ésta puede entrar en la consideración de todos los asuntos incluidos en el orden del día. Asimismo, someterá a la Junta, si fuera el caso, la autorización para la presencia en la misma de otras personas».

A juicio del registrador, tal disposición deja al arbitrio del presidente de la junta que se tengan en consideración todos los asuntos incluidos en el orden del día, sin que tal competencia tenga su base en precepto alguno y corresponde al órgano convocante fijar tales puntos del orden del día (artículos 159 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital). Por otra parte, considera que corresponde al presidente, y no a la junta, la autorización de la presencia de las personas que juzgue conveniente y la junta sólo podrá revocar dicha autorización (artículo 181 de la Ley de Sociedades de Capital).

Esta Dirección General tiene declarado en una dilatadísima doctrina (vid., por todas, la Resolución de 29 de noviembre de 2012) que corresponde al presidente realizar la declaración sobre la válida constitución de la junta, lo que implica que previamente ha adoptado una decisión cuando existe reclamación de reconocimiento de la condición de socio, declaración frente a la que pueden hacerse reservas o protestas (artículo 102.1.3.<sup>a</sup> del Reglamento del Registro Mercantil). Asimismo compete al presidente la declaración sobre los resultados de las votaciones, frente a la que también pueden hacerse manifestaciones cuya constancia en acta se puede solicitar (artículo 102.1.4.<sup>a</sup> del citado Reglamento). La importancia de la misión del presidente queda revelada en las facultades que se le atribuyen para asegurar que la junta general tenga su normal desarrollo, dirigidas a la salvaguarda del libre ejercicio de la voluntad de los socios en el órgano soberano de la sociedad, durante todo el proceso que comprende las tres fases de constitución de la junta (momento en que ha de formarse la lista de asistentes a que se refiere el artículo 192 de la Ley de Sociedades de Capital), debate (manteniendo el orden de la junta y evitando todo obstruccionismo, al dirigir y establecer el orden de las diversas intervenciones) y votación (con el correspondiente recuento que determinará si se ha alcanzado o no el acuerdo).

Entre las funciones del presidente debe incluirse la relativa a la determinación de aquellos asuntos que, aun cuando figuren en el orden del día, no deban ser objeto de consideración, bien porque –como alega el recurrente– requieran un quórum determinado para ello, o por cualquier otra razón –por ejemplo, la aprobación del acta cuando se trate de junta general con levantamiento de acta notarial de la sesión–. Este es el sentido en el que se debe interpretar la cláusula estatutaria debatida (en el sentido más adecuado para que surta efecto –vid. artículo 1284 del Código Civil–). Por lo demás, en caso de que el presidente, excediéndose de su cometido, impida injustificadamente que sea tratado alguno de los asuntos del orden del día, queda a los socios la posibilidad de solicitar la constancia en acta de sus manifestaciones relativas a tal circunstancia, y ejercer cuantas acciones les correspondan.

Por lo que se refiere a la autorización para asistir a la junta general, es indudable que la norma del artículo 181.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que atribuye al presidente de la junta general tal facultad –con posibilidad de que la junta revoque la autorización concedida–, es de carácter dispositivo, pues, conforme al apartado 3 del mismo artículo, los estatutos pueden disponer otra cosa (por lo demás, según el apartado 1, los estatutos podrán autorizar la asistencia personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales). Por ello, ningún obstáculo existe para que los estatutos dispongan que el presidente someterá a la junta la autorización para que asistan esas otras personas.

3. El tercer defecto se refiere al artículo 21 de los estatutos, según el cual por acuerdo de la junta general, la sociedad podrá adoptar alternativamente cualquiera de las distintas modalidades de órgano de administración que se previenen, y entre ellas, las siguientes: «(...) c) Dos administradores conjuntos, quienes ejercerán mancomunadamente las facultades de administración y representación. d) Entre dos y cinco administradores conjuntos y cuyo número se determinará en Junta de Socios, a quienes corresponden las facultades de administración y representación de la sociedad, para que sean ejercitadas mancomunadamente al menos por dos cualesquiera de ellos».

El registrador considera que se contemplan dos distintas fórmulas de ejercer el poder de representación en caso de administración conjunta y tal opción es contraria a la necesaria concreción en estatutos de tal forma de ejercicio, sin que puedan éstos delegar tal competencia en la junta general.

Es tradicional la consideración de que las sociedades, como en general las personas jurídicas con capacidad de obrar, necesitan para hacer efectiva ésta la intervención de determinadas personas que, como órganos de la sociedad y formando por tanto parte de su estructura, manifiesten la voluntad de la persona jurídica misma. Esta actuación a través de los propios órganos competentes para ello da lugar a la representación orgánica en la que, por contraposición a la voluntaria, se entiende que los actos del representante, siempre que se produzcan en el ámbito de su competencia, son actos de la propia persona jurídica.

La necesidad de esta modalidad de representación y su carácter orgánico llevan a que el legislador atribuya la facultad de representación a los administradores (cfr. artículo 233.1 de la Ley de Sociedades de Capital), pero no necesariamente a todos ellos, pues aparece condicionada a la forma en que se organice la administración y, según sea ésta, se admite cierta autonomía a la libertad organizadora de los estatutos sociales. En concreto, en el caso de sociedad de responsabilidad limitada, con más de dos administradores conjuntos, el apartado 2.d) del mismo precepto legal establece que el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones de 27 de agosto de 1998, 22 de junio de 2000, 1 de septiembre de 2005 y 28 de abril, 8 de junio y 18 de octubre de 2016), son los estatutos, respetando la exigencia mínima de que el citado poder de representación debe ejercitarse en tal caso al menos por dos de los administradores, los que no sólo pueden, sino que en tal supuesto de administración conjunta deben concretar la forma de su ejercicio, pudiendo modalizarla bien atribuyéndolo a dos cualesquiera, concretando a quiénes se atribuye, exigiendo la actuación de un número superior o la totalidad de ellos, etc. Pero, en tal caso, la forma de ejercitar el poder de representación es materia de los estatutos sin que se pueda atribuir a la junta general, ni tan siquiera sobre la base de atribuir a la misma la facultad de elegir entre diversas alternativas previamente configuradas al modo como permite el artículo 210.3 de la misma ley para optar entre los diversos modos de organizar la administración previstos por el legislador. Y por las mismas razones, en garantía de terceros, debe rechazarse la posibilidad de que tales modalizaciones se realicen al margen del contenido de los estatutos por los socios fundadores en el momento de designar los administradores iniciales.

En el presente caso, la cláusula debatida se ajusta a los términos literales empleados por el legislador en el citado artículo 233.2.d) de la Ley de Sociedades de Capital; y por el

hecho de que se disponga que el poder de representación se ejercerá mancomunadamente por al menos dos de los administradores conjuntos no puede entenderse que adolezca de indeterminación.

Como ha quedado anteriormente expuesto, este Centro Directivo ha admitido que el poder de representación se atribuya, por ejemplo, a «dos cualesquiera» de los administradores conjuntos; pero de la norma legal no resulta que la atribución del poder de representación no pueda ser objeto de otras modalizaciones en caso de administradores mancomunados, entre las cuales debe incluirse indudablemente la ahora cuestionada que implica que se exige la actuación de un número de administradores igual o superior a dos, sin que tal circunstancia ofrezca duda alguna según los términos literales de la cláusula debatida ni comporte incertidumbre alguna respecto de los terceros y en general para la seguridad del tráfico jurídico.

Con ello no se altera la doctrina de esta Dirección General, que en su Resolución de 22 de junio de 2000 expresó que «(...) ha de reiterarse, la forma de ejercitar el poder de representación es competencia de los estatutos que no pueden delegar en la junta general, ni tan siquiera sobre la base de atribuir a la misma la facultad de elegir entre diversas alternativas previamente configuradas al modo como permite el artículo 57.2 de la misma Ley (hoy artículo 210. 3 de la Ley de Sociedades de Capital) para optar entre los diversos modos de organizar la administración previstos por el legislador». En consecuencia, de la expresión estatutaria según la cual la facultad de representación serán «ejercitadas mancomunadamente al menos por dos cualesquiera de ellos», no debe deducirse que se permita que la junta general pueda, sin modificación estatutaria, establecer que la actuación se ejerza mancomunadamente por tres, cuatro, etc., o de manera diferente a lo estatutariamente previsto, sino que en tal caso de utilización de la fórmula legal, la forma de actuación de los administradores mancomunados forzosamente habrá de ser por sólo dos de ellos.

Cuestión distinta es que en la redacción de las cláusulas debatidas haya reiteración, en el sentido de que en el apartado c) del citado 21 de los estatutos se hace referencia al sistema de dos administradores mancomunados y en el apartado d) del mismo artículo se alude a «entre dos y cinco administradores conjuntos (...)», por lo que en el caso de que la junta general determine el número de dos no existe diferencia alguna con el supuesto anterior. Pero esta cuestión, de escasa relevancia, no ha sido planteada en la nota de calificación.

4. El cuarto de los defectos es el relativo al artículo 24.7 de los estatutos, que regula el voto anticipado a distancia en el consejo de administración.

El registrador expresa su rechazo con base en los mismos argumentos señalados respecto del voto a distancia en la junta general. Por ello, el defecto debe ser también revocado, pues son aplicables las consideraciones anteriormente expresadas respecto del órgano soberano de la sociedad. Por lo demás, se trata –el consejo de administración– de un órgano que puede ser reducido en cuanto al número de sus integrantes y en el que es más fácil que los llamados a hacerlo puedan desplegar medidas de prevención y de control con mayor facilidad en este caso.

5. El defecto quinto se refiere a los artículos 14 y 32 de los estatutos sociales en cuanto que aluden a los «accionistas». Este defecto debe ser confirmado, toda vez que se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, sin que deba el registrador –como pretende el recurrente– quien sustituya aquella palabra por la de «socios».

6. El último de los defectos es el relativo a las disposición de la escritura calificada por la que los socios fundadores, dando al acto de otorgamiento el carácter de primera junta general de socios, adoptan por unanimidad el siguiente acuerdo: «D) Autorizar al Administrador para 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».

El registrador rechaza tal disposición porque «no causaliza la dispensa en los términos que expresa el Artículo 230-3 párrafo 1 de la Ley de Sociedades de Capital, de carácter imperativo, por no esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea



compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa, ni condiciona la misma a que cualquier socio pueda instar que la Junta General acuerde el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante conforme al último párrafo del artículo 230-3 de la Ley de Sociedades de Capital».

Ciertamente, el artículo 230.3 de la Ley de Sociedades de Capital permite la dispensa de la obligación de no competir con la sociedad, que «se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general».

El recurso debe ceñirse a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), por lo que en este caso únicamente cabría decidir si el acuerdo referido debe o no expresar algo que –como alega el recurrente– ya expresa, con carácter imperativo, el propio artículo 230.3, es decir que no cabe esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa, y que a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante. Pero este Centro Directivo estima que es improcedente entrar en dicha cuestión, toda vez que, al no tratarse de un acuerdo inscribible (ni afectar a las circunstancias que deben constar en la hoja registral), no debe ser objeto de calificación (vid. artículos 94 y 175 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la calificación impugnada, salvo respecto del defecto quinto, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

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, 8 de enero de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.