

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10469 *Resolución de 30 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XVIII de Madrid a inscribir una escritura de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por don A. J. C., abogado, en nombre y representación de don F. v. G. O., contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XVIII de Madrid, don Pedro Ávila Navarro, a inscribir una escritura de acuerdos sociales de la entidad «Estudio de Arquitectura Alfarq, S.L.».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Majadahonda, don Gerardo Delgado García, el día 26 de febrero de 2015, con número 351 del protocolo, otorgada por don F. V. G. O., como administrador único de la sociedad «Estudio de Arquitectura Alfarq, S.L.», se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general de dicha sociedad por los que se modifica el artículo 23 de los estatutos sociales, de suerte que la mayoría reforzada de dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales en ellos establecida queda sustituida por el «acuerdo de los socios que representen más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social», y, por otra parte, se acuerda el cese de la anterior administradora única y el nombramiento de don F. V. G. O. como nuevo administrador único. Tales acuerdos fueron adoptados en la citada junta general, a la que asistió únicamente este señor, cuyas participaciones representan el cincuenta y uno por ciento del capital social.

II

El día 13 de abril de 2015, se presentó copia autorizada de dicha escritura al Registro Mercantil de Madrid, con el número 44.942, asiento 409 del Diario 2564, y fue objeto de calificación por el registrador, don Pedro Ávila Navarro, que, a continuación, se transcribe únicamente respecto del defecto que es objeto de impugnación: «Pedro Ávila Navarro, 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, y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: (...) Fundamentos de Derecho (defectos): 1. El artículo 23 de los estatutos exige para la separación del administrador, conforme a la previsión del art. 223.2 LSC, una mayoría reforzada de dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Y ese quórum especial debe exigirse no sólo para la separación de administradores, sino para la modificación de la propia cláusula; pues derogar la previsión estatutaria con una mayoría inferior implicaría hacer inútil el quórum especial de separación. En este caso, la modificación y consiguiente separación se acuerdan con un quórum inferior al previsto en los estatutos. 2. (...) Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...) Madrid, 20 de abril de 2015. El Registrador».

La calificación fue notificada al notario autorizante el día 22 de abril de 2015 y al interesado el día 27 siguiente (recibida ésta el día 29).

III

Mediante escrito presentado en el Registro Mercantil de Madrid el día 29 de mayo de 2015, don A. J. C., en nombre y representación de don F. V. G. O., interpuso recurso contra la calificación (únicamente respecto del primero de los defectos) en el que alega lo siguiente: «(...) Tercera.—Antecedentes. 1. La mercantil Estudio de Arquitectura Alfarq, S.L., fue constituida por tiempo indefinido mediante Escritura otorgada ante el Notario que fue de Majadahonda, D. José Luis Parga Bugallo, el 17 de enero de 2002 (...) La sociedad se constituyó con el carácter de unipersonal y figurando como suscriptor del 100% de las participaciones sociales su socio fundador, Don F. V. G. O., quien en el mismo acto de constitución fue nombrado Administrador Único de la mercantil. El capital social inicial, por importe de 3.006,00 € se dividió en 3.006 participaciones de un euro, numeradas correlativamente del 1 a la 3.006, ambas inclusive, íntegramente suscritas, como ya se ha dicho, por Don F. V. G. O., con carácter privativo. Tras la transmisión posterior de una parte de sus participaciones, el Sr. V. mantuvo la propiedad de las 1.533 participaciones sociales restantes, que equivalen al 51% del capital social. En fecha 30 de mayo de 2006, se elevó a público, mediante escritura de igual fecha, el acuerdo de la Junta General Extraordinaria y Universal de Socios de la mercantil «Estudio de Arquitectura Alfarq S.L.», celebrada en fecha 14 de marzo del mismo año, por el que se cesaba a Don F. V. como Administrador Único, para nombrar como nueva administradora por tiempo indefinido a Doña M. N. O. B. (...) En el legítimo ejercicio de sus derechos como socio, y al amparo de las previsiones de los artículos 11, 13, 14 y 15 de los Estatutos Sociales, y artículos 160, 168 y 169 de la Ley de Sociedad de Capital, Don F. V. solicitó a la administradora única, en fecha 21 de noviembre de 2013, convocatoria de Junta General Extraordinaria con el siguiente orden del día: «1.º Modificación del artículo 23 de los Estatutos sociales sobre mayoría necesaria para acordar el cese de los cargos de administrador, pasando del voto favorable adoptado en Junta General de dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, al voto favorable adoptado en Junta General de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. 2.º (...) 3.º (...) 4.º Cese del administrador único y nombramiento de nuevo administrador». En cumplimiento de las obligaciones legales y estatutarias, el citado requerimiento fue cursado por conducto notarial. La Administradora única recibió el expresado requerimiento el 22 de noviembre de 2013. Al momento de la recepción, fue informada de su derecho a dar respuesta al requerimiento en el término de dos días laborables, rehusando la indicada señora a aceptar la cédula y a firmar el requerimiento. (...) Junto con el detalle del orden del día que se proponía, se adjuntaba también el texto íntegro de la modificación estatutaria prevista y a la que se aludía en los puntos primero y segundo del orden del día. Ante la falta de respuesta de la Sra. O. a la solicitud de convocatoria de Junta General Extraordinaria, se promovió en fecha 13 de febrero de 2014 solicitud de convocatoria judicial de Junta, que tras la correspondiente tramitación -que incluyó la pertinente notificación a la administradora única D.ª M. N. O. B.—, se dictó Auto de fecha 29 de julio de 2014, por el que se acordaba la convocatoria judicial de Junta, con el orden del día interesado. Interesa destacar, pues, que el orden del día antes reflejado ha tenido el control previo judicial que corresponde a tal clase de procedimientos. (...) Tras las correspondientes publicaciones en el BORME y prensa, y dentro de los plazos judicialmente marcados, se procedió a la celebración de Junta en fecha 10 de diciembre de 2014, en la que, con presencia del 51% del capital social se adoptaron por mayoría los acuerdos cuya inscripción se reclama. (...) Cuarta.—Fondo del Asunto Los antecedentes descritos sirven para contextualizar el marco en el que se han adoptado los acuerdos cuya inscripción se reclama, y para acreditar el cumplimiento previo de los requisitos legales y estatutarios previstos para lograr la celebración de Junta con plenas garantías, posibilitando así salir de la paralización de la mercantil a la que ha abocado la inactividad de la anterior administradora. El art. 11 de los Estatutos originarios establece: «Art. 110.—De la Junta General Los socios, reunidos en Junta General, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la Junta. (...) Es competencia de la Junta General deliberar y acordar

sobre los asuntos referidos en el artículo 44.1 de la ley, aplicando el principio mayoritario del artículo 53.1 de la propia Ley, con las excepciones que se prevén en el apartado 2 de dicho precepto para los casos de aumento o reducción de capital, cualquier modificación de los estatutos sociales para los que no se exija mayoría cualificada y para los supuestos de transformación, fusión o escisión de la sociedad, la supresión del derecho de preferencia en los aumentos de capital, la exclusión de socios y la autorización a que se refiere el artículo 65 de la Ley» Así pues, aun haciendo referencia a la anterior legislación sobre sociedades de responsabilidad limitada, salvo las excepciones legalmente previstas, la libre voluntad de los socios constituyentes determinó que se aplicaría el principio mayoritario («Los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social») para la adopción de cualquier clase de acuerdo no exceptuado en el propio artículo 53.1 de la antigua Ley. Entre tales acuerdos exceptuados, obviamente, no figuraba ni figura en la legislación vigente, la modificación de los artículos relativos a las mayorías para el nombramiento o separación de administradores. Por su parte, haciendo igualmente uso de la autonomía de la voluntad de los socios, en los mismos Estatutos se decidió (art. 23) que el cese del cargo de administrador podría producirse en cualquier momento por acuerdo en Junta General de los socios que representen los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Por consiguiente, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad anteriormente previsto en el art. 53.3 LSRL, y actualmente en el art. 200 LSC, los socios decidieron reforzar la mayoría para el cese de administradores, pero no para la modificación de los Estatutos -de ninguno de sus artículos, incluyendo, por tanto el relativo al cese de administradores-. Tras los avatares anteriormente descritos, la Junta General de Estudio de Arquitectura Alfarq, S.L., previo cumplimiento de los trámites legal y estatutariamente previstos para la convocatoria de Junta, acuerda por mayoría del 51% de su capital social modificar el artículo 23 de los Estatutos, rebajando la mayoría necesaria para el cese de administradores, a mayoría simple o de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Adoptado tal acuerdo, y concorde con la nueva mayoría exigida, se procede al cese de la anterior administradora -concurriendo el 51% del capital social y votando a favor del acuerdo ese 51% de capital social-, y nombramiento de nuevo administrador. La calificación negativa combatida, apoyándose en las previsiones del art. 6 del Reglamento Hipotecario deniega la inscripción, entrando en la valoración sustantiva de la validez del acuerdo, e interpretando que si en los Estatutos se previó una mayoría reforzada para el cese de administrador (2/3), esa misma mayoría debe concurrir para la modificación del correspondiente artículo que lo prevé. Entendemos que tal interpretación, ni siquiera realizada por el órgano judicial encargado de resolver sobre la convocatoria judicial de Junta, y ni siquiera objetada por la antigua administradora, contraría la autonomía de la voluntad de los socios, expresada en Estatutos, y excede de las facultades del Registrador mercantil. En efecto, se ha pretendido realizar una interpretación finalista que obvia y elude la voluntad societaria, expresada libremente al momento de configurarse los Estatutos. Tal voluntad determinó que, si bien para el cese de administrador se exigiese una mayoría reforzada, esa misma mayoría no se reclamase para la modificación del artículo relativo al cese. Ello no contradice en modo alguno la legalidad, ni implica -como sugiere el Registrador- una derogación de la previsión Estatutaria sobre mayoría cualificada para el cese. Lo cierto es que ambas mayorías juegan en planos diferentes. Y no es dable interpretar en contra de la voluntad de los socios que, precisamente, tuviesen la real intención -autónoma y libre- de establecer una mayoría reforzada para el cese, pero no para la modificación de los Estatutos, pues ello podía responder a razones que, al no contradecir la legalidad ni el orden público, eran plenamente conformes con el ordenamiento. Como ejemplo de esa posibilidad cabe citar las menciones que «obiter dicta» se recogen en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander, de fecha 19 de febrero de 2014, en el P.O. 256/2013. Si bien se abordaba un caso diferente al presente, se menciona en sus antecedentes la posibilidad de una duplicidad de

mayorías, una para el cese de administradores, reforzada y otra, simple, para modificar los Estatutos: «Quinto.–1. Para valorar la concurrencia de un posible fraude o abuso (...) deben tenerse en cuenta una serie de aspectos: a. La regla general es la libre revocabilidad o cese de los administradores (art. 223 LSC) que obedeciendo a un principio general en materia societaria que lleva a que D., ‘Los administradores en las sociedades de capital’ (...) considere nulas por ser contrarias al principio de libre revocabilidad del administrador las cláusulas que establezcan la necesidad de una mayoría especial (se entiende, referido a la SA, no a la SL). b. La modificación de los estatutos sociales (art. 199 LSC y 15 de los Estatutos de Belmorcan) exigen el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital. c. Con el actual (no original) reparto de participaciones, la sola oposición de la Sra. R. (48,9%) puede impedir su cese como administrador pero no la modificación de los Estatutos (que podría rebajar la mayoría cualificada para el cese de los administradores) (...)» En el caso indicado, el órgano judicial asume, obiter dicta, que cabe la posibilidad de que los Estatutos prevean - como en el caso presente- mayoría reforzada para el cese de administrador, pero mayoría simple para la modificación de Estatutos, siendo posible que la mayoría cualificada se rebaje mediante acuerdo de la mayoría simple. O dicho en otras palabras, no existe previsión legal alguna, (ni constituye fraude de ley o abuso de derecho), que exija modificar el artículo de los Estatutos que preveía la mayoría cualificada para el cese, mediante acuerdo adoptado por idéntica mayoría cualificada. Tal exigencia, además de contravenir la autonomía de la voluntad, implicaría incluir un requisito alegal, que desborda el eminente carácter dispositivo de las normas de la LSC en la materia. Y al no existir tal exigencia, no es dable impedirlo, como en definitiva viene a propugnar el Registrador mediante su calificación. Lo cierto es que en el caso presente, los Estatutos permiten su modificación por simple mayoría -a salvo de los casos legalmente previstos- y de acuerdo con tal mayoría se ha modificado la previsión de mayoría para el cese de administrador. Una vez adoptado tal legítimo acuerdo, se ha procedido al cese de administrador con la nueva mayoría estatutariamente prevista (más de la mitad). Por consiguiente, la calificación denegatoria excede y desborda las previsiones legales, y siendo el acuerdo perfectamente válido es susceptible de inscripción».

IV

El notario autorizante de la escritura calificada alegó lo siguiente: «Dispone la Ley de Sociedades de Capital Artículo 288 Acuerdo de modificación 1. En las sociedades de responsabilidad limitada el acuerdo de modificación de los estatutos sociales se adoptará conforme a lo dispuesto en el artículo 199 sobre mayoría legal reforzada. Artículo 199 Mayoría legal reforzada Por excepción a lo dispuesto en artículo anterior a) El aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. b) La autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Por tanto en los acuerdos sociales elevados a escritura pública que motiva la calificación se han cumplido totalmente La ley y los Estatutos sobre la modificación de los mismos. Sostener como hace el registrador que para la separación de los administradores hace falta un quórum especial no lo dice ni la Ley ni los Estatutos Sociales. Una cosa es interpretar los Estatutos Sociales y otra cosa es integrarlos o complementarlos o presumir lo que razonablemente deberían decir y no dicen. Como dice el recurrente, que la mayoría para el cese y la mayoría para la modificación de los Estatutos Sociales sean diferentes, no contradice la legalidad y son perfectamente compatibles entre sí. Y además es coherente con la naturaleza de la sociedad limitada como sociedad capitalista y máxime cuando habitualmente en la

sociedad limitada como es el caso, el nombramiento de administrador se hace por tiempo indefinido. Si para modificar los Estatutos relativos a la duración del cargo de administrador los socios fundadores lo hubieran querido, lo habrían expresado así en los Estatutos. Si no lo han hecho así es porque quieren regirse por la normativa general, cuya aplicación al caso concreto no se puede obviar».

V

Mediante escrito, de fecha 1 de junio de 2015, el registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1255 y 1258 del Código Civil; 28, 198, 199, 200, 223.2 y 292 de la Ley de Sociedades de Capital; 175.1 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1999 y 7 de diciembre de 2011.

1. Mediante la escritura cuya calificación es impugnada se elevan a público los acuerdos de sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, consistentes, por una parte, en la modificación de los estatutos sociales, de suerte que la mayoría reforzada de dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales en ellos establecida queda sustituida por el «acuerdo de los socios que representen más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social», y, por otra parte, en el cese de la administradora única y nombramiento de nuevo administrador único. Tales acuerdos fueron adoptados en junta general, a la que asistió únicamente un socio, que es la persona nombrada para el citado cargo y cuyas participaciones representan el cincuenta y uno por ciento del capital social.

El registrador resuelve no practicar la inscripción solicitada porque, a su juicio, la mayoría reforzada establecida en los estatutos para la separación del administrador es exigible para modificar dicha disposición estatutaria reduciendo dicha mayoría.

2. Este Centro Directivo en su Resolución de 21 de mayo de 1999, expresó claramente que «entre las ideas rectoras de la Ley de Responsabilidad Limitada destaca la de una intensa tutela del socio y de la minoría, que se traduce, entre otras manifestaciones, en el establecimiento de algunas normas legales que introducen límites al poder mayoritario de la Junta general en caso de modificaciones estatutarias (véase el apartado III de la exposición de motivos de la Ley)». Cita a continuación una serie de medidas tuitivas, establecidas en preceptos de la Ley 2/1995, y trasladadas a la Ley de Sociedades de Capital, que se centran, en unos casos, en la exigencia del acuerdo de todos los socios, en otros, en la necesidad del consentimiento individual del socio afectado, y finalmente, en otros, en la posibilidad de separación del socio disconforme. Esta idea tuitiva respecto del socio que subyace en toda la Ley de Sociedades Limitadas y que ha recibido igualmente la vigente Ley de Sociedades de Capital, debe servir para, en caso de duda, llegar a una interpretación correcta de los preceptos legales. Y si bien es cierto que la Ley establece en determinados casos de forma expresa y específica el requisito de la unanimidad o el consentimiento de todos los socios, en el presente caso la conclusión ha de ser la misma puesto que, al tratarse de derechos individuales de los socios, los mismos deben ser protegidos con base en este carácter en los términos previstos en el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital. Pero incluso aunque no existiera el citado artículo 292, el resultado debería ser el mismo, pues la introducción de su precedente, el artículo 71.1, párrafo segundo, de la Ley 2/1995, se hizo en la discusión parlamentaria mediante enmienda en cuya justificación ya se reconocía que «aunque la indisponibilidad de los derechos individuales de los socios constituye un principio general que no precisa expresa declaración legal, parece conveniente incluir en la Ley una referencia expresa a la necesidad de contar con el consentimiento de los socios afectados».

No puede interpretarse el precepto en el sentido de que, con la expresión «derechos individuales», se refiere a derechos especiales o privilegiados, pues al no distinguir la norma, como se expresa en la Resolución citada de 21 de mayo de 1999, «han de incluirse en aquel concepto todos los derechos esenciales que configuran la posición jurídica de socio y que no pueden ser suprimidos o modificados por acuerdo mayoritario de la Junta, si no concurre el consentimiento de su titular, de modo que la protección legal ahora debatida está justificada por el perjuicio que la alteración estatutaria produzca sobre aquéllos». Y añade que «tales derechos no son únicamente los atribuidos por disposición estatutaria, o la medida o proporción en ésta fijada, sino también los reconocidos «ex lege» con carácter inderogable a cualquier socio, de suerte que el consentimiento individual ahora cuestionado será exigible no sólo cuando se trate de una modificación estatutaria que afecte al contenido de derechos de participaciones privilegiadas preexistentes o que pretendan alterarlo mediante la creación de nuevas participaciones privilegiadas que afecten a los privilegios de las anteriores, sino, igualmente, cuando no exista previa desigualdad entre las posiciones jurídicas de los socios y la modificación estatutaria implique la introducción de diferencias en el contenido de derechos».

Hechas estas precisiones, no cabe entender que la modificación estatutaria cuestionada afecte de modo directo e inmediato a los derechos individuales de los socios. Ciertamente, con la exigencia estatutaria de mayoría reforzada para la separación del administrador (vid. artículo 223.2 de la Ley de Sociedades de Capital) puede satisfacerse el interés no sólo del propio administrador sino la de determinados socios, sea porque hayan sido nombrados para dicho cargo o porque puedan decidir con sus votos el mantenimiento o separación de la persona nombrada para el mismo. Pero son esos mismos socios quienes -en el ámbito de la autonomía de la voluntad- deben prevenir mediante las correspondientes disposiciones estatutarias el mantenimiento de esa concreta conformación de mayorías respecto de la separación del administrador, extendiendo el reforzamiento de las mismas también a la modificación de la cláusula estatutaria que la estableció. A falta de esta cautela, y dado el carácter que los estatutos tienen como norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad, debe respetarse forzosamente la norma estatutaria que permite la modificación de estatutos con el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 30 de julio de 2015.-El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.