

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11322 *Resolución de 14 de noviembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de La Rioja a inscribir la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Gonzalo Sánchez Casas, notario de Logroño, contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 23 de marzo de 2016 por el notario de Logroño, don Gonzalo Sánchez Casas, se constituyó la sociedad «Gómez Garrido Abogados, SLP», unipersonal. En el artículo 9 de los estatutos sociales se dispone lo siguiente: «El Consejo se reunirá siempre que lo solicite un Consejero o lo acuerde el Presidente, o quien haga sus veces, a quien corresponde convocarlo. En el caso de que lo solicitara un Consejero, el Presidente no podrá demorar la convocatoria por un plazo superior a quince días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud».

II

Presentada dicha escritura el día 13 de abril de 2016 en el Registro Mercantil de La Rioja, con asiento 945 del Diario 40, fue objeto de la calificación negativa que, a continuación, se transcribe: «Dña. María Celia Meneses Martínez Bernal, Registradora Mercantil de La Rioja, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 40/945 F. presentación: 13/04/2016 Entrada: 1/2016/1.255,0 Sociedad: Gómez Garrido Abogados Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal Autorizante: Sánchez Casas, Gonzalo Protocolo: 2016/192 de 23/03/2016 Fundamentos de Derecho (defectos): 1.–Artículo 185.5 del Reglamento del Registro Mercantil, artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de diciembre de 1993, 20 de abril de 1998 (BOE 7 de mayo de 1998), 23 de mayo de 1998 (BOE 18 de junio de 1998), y de 11 de julio de 2012 (BOE 28 de septiembre de 2012).–En el artículo 9.º de los estatutos sociales, debe figurar el punto segundo del artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que al omitir una parte de la normativa, concretamente el hecho de que la convocatoria del consejo de administración realizada por un tercio de sus componentes sólo será posible si, previa petición al presidente, éste, sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes, indicando el orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, se puede producir una falta de adecuada información a los terceros que consulten los libros registrales (vid. Resolución de 9 de diciembre de 1993). En relación con la presente calificación: (...) Logroño, a 22 de abril de 2016 (firma ilegible) La registradora».

III

Solicitada calificación sustitutoria, la misma fue emitida el día 5 de julio de 2016 por el registrador de la propiedad de Nájera, don Igor Prieto García, confirmando la calificación de la registradora sustituida con base en los siguientes fundamentos de Derecho: «De conformidad con el artículo 18 del Código de Comercio los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro. Artículo 18 de la Ley Hipotecaria: Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. El Registrador que suscribe estima que es defecto que impide la inscripción del párrafo 7.º del apartado B) del artículo 9 de los estatutos de la Sociedad Gómez Garrido Abogados Sociedad de Responsabilidad Limitada Profesional, el siguiente: 1. No constar la transcripción del artículo 246.2 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, o, al menos, la referencia o remisión íntegra al mismo (artículo 246.2), formando parte de la regulación estatutaria de la forma de convocatoria de los estatutos la posibilidad de que a instancia de un tercio o de uno de los Consejeros se convoque el Consejo de administración en caso de que previa petición de un tercio o de uno de los Consejeros, el Presidente del Consejo sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes, o, en este caso de auto regulación estatutaria, en el plazo de 15 días. (Artículo 185.5 Reglamento del Registro Mercantil) Ello es así, pues como ha establecido la DGRN en su Resolución de 11 de julio de 2012 (con base a su vez en las Resoluciones DGRN de 19 de mayo de 1983, 24 de enero de 1986, 9 de diciembre de 1993, 20 de abril de 1998, 23 de mayo de 1998, 7 de julio de 2011), una cosa es la necesidad de regulación estatutaria o legal de la forma de convocatoria del Consejo de Administración y la antelación con que ha de hacerse (Resoluciones DGRN de 5 de octubre de 1998, 12 de enero y 30 de abril de 1999 y 28 de febrero de 2000), y otra bien distinta es la imposibilidad de transcripción parcial de la norma legal del artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo artículo 246.2 LSC es imperativo, pues si bien en los Estatutos se ha transcrito la norma del artículo 246.1 LSC, estableciéndose la posibilidad de que se convoque el Consejo a instancia de un Consejero por el Presidente o quien haga sus veces, pero en el caso de que sea a instancia de un Consejero (estableciendo así norma más favorable que la de un tercio de los miembros del Consejo de administración –art. 246.2 LSC– cuya composición puede ser de 3 o hasta 12 miembros), no se establece la posibilidad de que ante el incumplimiento sin causa justificada de la obligación de convocarlo por parte del Presidente en el plazo de 15 días, lo convoque el Consejo de administración directamente el propio Consejero que insta la convocatoria del Consejo al Presidente que no lo convoca sin causa justificada, o quien haga las veces de Presidente si este se impide para el ejercicio del cargo precisamente por causa justificada (STS de 14 de febrero de 1968 y la resolución DGRN de 15 de diciembre de 1995) (frente al plazo de un mes de la regulación legal que en este aspecto es dispositiva ya que una caso son los plazos o forma de convocatoria cuya regulación legal es dispositiva en el caso del órgano de administración, y otra distinta es la de la legitimación o competencia para convocar el Consejo de administración directamente el propio legitimado para instarlo ante la pasividad del Presidente, que no se puede restringir, y sin perjuicio de la responsabilidad del Presidente que sin causa justificada y, por lo tanto, no estando impedido para el ejercicio de su cargo, no atienda el requerimiento del Consejero, según el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital). El hecho de no transcribirse la disposición del artículo 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital o no hacerse constar que dicha regulación de la forma de convocatoria del Consejo de Administración lo es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 246.2 LSC, da lugar a confusión como bien establece la Registradora Mercantil en su nota de calificación de fecha 22 de abril de 2016, que es precisamente lo que se debe

de evitar desde la institución del Registro Mercantil y también debe de evitarse en la redacción de la Escritura Pública de constitución de la sociedad en que deben de contenerse los Estatutos de la sociedad, de conformidad con el artículo 148 del Reglamento Notarial, que establece “Los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”, y el artículo 173 del Reglamento Notarial: “En todo caso el Notario cuidará de que el documento inscribible en el Registro de la Propiedad inmueble, intelectual, industrial, mercantil, de aguas o de cualquier otro que exista ahora o en lo sucesivo, se consignen todas las circunstancias necesarias para su inscripción, según la respectiva disposición aplicable a cada caso, cuidando además que tal circunstancia no se exprese con inexactitud que dé lugar a error o perjuicio para tercero.” No cabe excusarse en que no se ha transcrito el artículo 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital o se ha hecho remisión íntegra al mismo, por existir el concepto jurídico indeterminado “sin causa justificada”, pues realmente no existe un concepto jurídico indeterminado como tal para que se proceda a convocar directamente el Consejo de Administración por el Consejero que lo ha instado, y debe de entenderse el precepto como que si no se atiende por el Presidente la solicitud de convocatoria por un Consejero se convocará directamente por dicho Consejero, y en el caso de que existiera causa justificada (según las reglas de la sana lógica), para no poder proceder a convocar el Consejo ante la petición de un Consejero y así lo comunicara el Presidente, estaría inhabilitado para el ejercicio de su cargo y se convocaría de modo efectivo el Consejo de Administración por quien haga las veces de Presidente (STS de 14 de febrero de 1968 y Resolución DGRN de 15 de diciembre de 1995) (Vicepresidente en caso de que se nombrara, o por otro miembro o cargo, en su defecto). Si no se entendiera así el artículo 246.2 LSC, tal como está redactada la cláusula estatutaria, la situación sería perjudicial para la sociedad en cuanto incorrecto funcionamiento de su órgano de Administración, ya que quedaría bloqueada la convocatoria del Consejo Administración por mero designio unilateral o rebeldía del Presidente del Consejo Administración (que de por si incurriría en responsabilidad ex artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital). Por los anteriores fundamentos de Derecho, el Registrador que suscribe ha decidido suspender la inscripción solicitada y confirmar la calificación negativa parcial de la Registradora Mercantil de La Rioja de fecha 22 de abril de 2016 por el defecto de: 1. No constar la transcripción del artículo 246.2 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, o, al menos, la referencia o remisión íntegra al mismo (artículo 246.2), formando parte de la regulación estatutaria de la forma de convocatoria de los estatutos la posibilidad de que a instancia de un tercio o de uno de los Consejeros se convoque el Consejo de administración en caso de que previa petición de un tercio o de uno de los Consejeros, el Presidente del Consejo sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes, o, en este caso de auto regulación estatutaria, en el plazo de 15 días».

IV

El día 27 de julio de 2016, mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de La Rioja el 19 de agosto de 2016, el notario autorizante de la escritura interpuso recurso contra la calificación de la registradora sustituida en el que alega los fundamentos jurídicos que, a continuación, se transcriben: «I. La calificación dice que en los estatutos debe figurar el punto segundo del artículo 246 LSC. Sin embargo, el artículo 246.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, no debe descontextualizarse, puesto que debe ser interpretado en relación con el número uno del artículo 245, que dice: “En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría”. Ambos preceptos, 245 y 246, forman parte del mismo capítulo (VI) de la Ley. II. Las facultades de auto-organización estatutaria resultan de las propias

Resoluciones citadas, así: DGRN, Resolución, 20-4-1998, Boletín Oficial del Estado de 7 mayo 1998. Como se ha declarado por este Centro Directivo (cfr. Resolución de 12 de enero de 1995) las lagunas que genera en la reglamentación estatutaria esa incorporación parcial de la normativa legal no es defecto que impida su inscripción salvo que resulte que con ello se pretende la exclusión de una norma imperativa, o bien que (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 1993) con la remisión o reproducción parcial de las normas legales se cree un confusionismo que, pueda provocar una falta de información adecuada a los terceros que consultan los libros registrales, pues ello es incompatible con la claridad y precisión exigible en la redacción de las normas estatutarias. DGRN. Resolución, 9-12-1993, "Boletín Oficial del Estado" de 19 enero 1994. Reiteradamente se ha señalado la necesidad de que los estatutos estén redactados con la claridad y precisión necesarias que huyan de cualquier tipo de confusionismo, al ser la norma fundamental que rige la vida de la Sociedad, tanto en su aspecto interno, como en el externo, debiendo ser lo suficientemente completos para cumplir la función que les corresponde (cfr. artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas y 117 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil). Ello no ha de llevar a la necesidad de que se reproduzcan aquellos preceptos legales que tienen eficacia por encima de las previsiones estatutarias, aunque ha de evitarse (como resulta de las Resoluciones citadas de 19 de mayo de 1983 y 24 de enero de 1986) que, en caso de remisión o reproducción, se omita una parte legal de la normativa en la materia de que se trate o se pueda producir una falta adecuada de información a los terceros que consultan los libros registrales. Hay otras Resoluciones que subrayan la potestad de auto-organización, como la conocida Resolución, 6-4-1999, DGRN, que dijo: "La libertad que el legislador ha conferido, en primer lugar a los Estatutos sociales, y ante su silencio al propio Consejo de Administración para regular su propio funcionamiento dejan un amplio margen a la autonomía de la voluntad a la hora de regular la competencia y procedimiento de convocatoria de ese órgano social, tal como acaecía en el supuesto invocado de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1993". En dicho escrito el notario recurrente se remite a otro anterior en el que hace las siguientes alegaciones: "El cumplimiento de las normas legales imperativas en sede estatutaria puede obtener su fiel cumplimiento por tres vías: A) Remisión expresa al precepto correspondiente. B) Reproducción literal del mismo. C) Asunción ampliada de su contenido. Las dos primeras no merecen mayor explicación. La tercera encuentra su amparo en el principio de autonomía de la voluntad, que en el ámbito societario se encuentra en la Exposición de Motivos y el artículo veintiocho de la Ley de Sociedades de Capital. El artículo noveno de los estatutos objeto de calificación negativa dice así: «El consejo se reunirá siempre que lo solicite un consejero...» "En el caso de que lo solicitara un consejero, el Presidente no podrá demorar la convocatoria por un plazo superior a quince días contados desde la fecha de recepción de la solicitud." Y el artículo 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital, alegado en la calificación, dispone: "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, este sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes". Por tanto, no puedo compartir el criterio de la titular del Registro Mercantil puesto que el artículo noveno de los estatutos, con arreglo a la fórmula expuesta en la letra C) del primer párrafo de las alegaciones, ha dado cobijo al derecho de la minoría en términos más amplios de los previstos en el artículo doscientos cuarenta y seis la repetida Ley, para flexibilizar, dinamizar y clarificar su funcionamiento: 1) Porque basta que pida la convocatoria un consejero, que recordemos, en todo caso, es un tercio de la composición mínima del consejo (tres integrantes). 2) Porque se da más agilidad a la convocatoria reduciendo el plazo a quince días, frente al mes previsto en la Ley. 3) Porque se evita incertidumbres suprimiendo la referencia legal al concepto jurídico indeterminado "causa no justificada", esto es, extendiendo el derecho de la minoría a todo caso».

V

Mediante escrito, de fecha 29 de agosto de 2016, la registradora elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 245 y 246 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, modificado por la Ley 25/2011, de 1 de agosto; 141.1 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 57.1 de Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 63 y 185.5 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de enero de 1986, 17, 18 y 19 abril de 1991, 9 de diciembre de 1993, 15 de diciembre de 1995, 5 de octubre de 1998, 12 de enero y 6 y 30 de abril de 1999, 28 de febrero de 2000, 7 de julio de 2011 y 11 de julio de 2012.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, cuyos estatutos –en el artículo 9– disponen respecto de la convocatoria del consejo de administración lo siguiente: «El Consejo se reunirá siempre que lo solicite un Consejero o lo acuerde el Presidente, o quien haga sus veces, a quien corresponde convocarlo. En el caso de que lo solicitara un Consejero, el Presidente no podrá demorar la convocatoria por un plazo superior a quince días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud».

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, «en el artículo 9.º de los estatutos sociales, debe figurar el punto segundo del artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que al omitir una parte de la normativa, concretamente el hecho de que la convocatoria del consejo de administración realizada por un tercio de sus componentes sólo será posible si, previa petición al presidente, éste, sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes, indicando el orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, se puede producir una falta de adecuada información a los terceros que consulten los libros registrales».

A juicio del notario recurrente, las lagunas que genera en la reglamentación estatutaria esa incorporación parcial de la normativa legal no es defecto que impida su inscripción salvo que resulte que con ello se pretende la exclusión de una norma imperativa, y no es necesario que se reproduzcan aquellos preceptos legales que tienen eficacia por encima de las previsiones estatutarias, como ocurre con el artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. A diferencia del carácter puramente facultativo que el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 atribuía al régimen estatutario de funcionamiento del consejo de administración (cfr. artículo 141.1), de suerte que su silencio podía ser suplido por la atribución legal al propio consejo de la facultad de autoorganización, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 imponía, en caso de que el modo o uno de los modos de organizar la administración social fuera la de órgano colegiado, la necesidad de establecer en los estatutos una disciplina mínima de su organización y funcionamiento que había de alcanzar, en todo caso, a las reglas de convocatoria y constitución, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría (artículo 57.1).

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, dentro de esa exigencia de preordenación de las reglas de convocatoria del consejo de administración de la sociedad de responsabilidad limitada había extremos cuya previsión pudiera considerarse innecesaria, como la fijación de un orden del día, dadas las funciones atribuidas a dicho órgano y la permanente dedicación de sus miembros que implica un conocimiento puntual y detallado de la actividad de la sociedad (Resoluciones de 17, 18 y 19 abril 1991); pero otras reglas, como la forma de convocatoria o la antelación con que ha de hacerse, si

debían ser objeto de regulación (Resoluciones de 5 de octubre de 1998, 12 de enero y 30 de abril de 1999 y 28 de febrero de 2000).

El texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, mantuvo la diferencia de régimen jurídico de convocatoria del consejo de administración en uno y otro tipo de sociedad (artículo 245), si bien añadió para la sociedad anónima una norma específica según la cual «el consejo de administración será convocado por el presidente o el que haga sus veces» (artículo 246). No obstante, mediante la modificación de dicho precepto legal por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, se extiende dicha regla a la sociedad de responsabilidad limitada (artículo 246.1) y, para ambos tipos sociales, se reconoce a los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del consejo la competencia para convocarlo (artículo 246.2).

Esta modificación legal tiene como consecuencia, por una parte, que la regla sobre atribución de competencia para realizar la convocatoria del consejo de administración de las sociedades de responsabilidad limitada no es imprescindible, toda vez que a falta de ella será aplicable supletoriamente el nuevo régimen legal; y, por otra parte, que los estatutos de tales sociedades podrán contener disposiciones sobre competencia para convocar el consejo más favorables para los miembros del mismo, pero no podrán restringir la legitimación que les reconoce el artículo 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Estas conclusiones, así como la doctrina mantenida en anteriores Resoluciones de este Centro Directivo, son suficientes para resolver las cuestiones debatidas en el presente recurso.

En primer lugar, respecto de la compatibilidad de la cláusula estatutaria objeto de calificación negativa y la norma del artículo 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cabe recordar que esta Dirección General, con referencia a la necesaria concreción del contenido de los estatutos sociales, tiene declarado que no es necesario reproducir reglas idénticas a las legales cuando se haga constar la remisión al contenido de la Ley, dada la aplicación, unas veces imperativa y en otras ocasiones supletoria, que tienen las normas contenidas en ella (cfr., por todas, las Resoluciones de 24 de enero de 1986, 9 de diciembre de 1993 y 7 de julio de 2011), si bien esas menciones necesarias, así como aquellas otras que incluyan los socios en los estatutos potestativamente, deben ser objeto del consentimiento contractual expresado en el otorgamiento de la escritura de constitución, no estando los socios fundadores exonerados de la obligación de incluir en el título esas menciones estatutarias –necesarias unas y, en su caso, potestativas otras–, pues tales estatutos no tienen el carácter de norma legal a la que los socios puedan remitirse o que entre en juego supletoriamente.

Enfocada así la cuestión, debe concluirse que la cláusula estatutaria debatida, en tanto que no contiene salvedad alguna, contradice directamente la norma legal de legitimación mínima de determinados administradores para convocar el consejo de administración.

Por ello, dada la exigencia de claridad y precisión del título y de los asientos registrales, no puede accederse a la inscripción de la cláusula discutida, a la que falta, precisamente, la importante salvedad de lo establecido en el artículo 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Y es que no basta con la consideración de la aplicación general de la norma imperativa contenida en el citado artículo 246.2, pues la cláusula debatida como concreta previsión estatutaria podría perfectamente interpretarse en el sentido de que la voluntad de los fundadores ha sido obviar la regla legal invocada por el registrador y sustituirla por la plasmada en la redacción de aquella.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la 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, 14 de noviembre de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.