

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR008703

RESOLUCIÓN de 16 de octubre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XI de Madrid a inscribir la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad.

(BOE de 6 de noviembre de 2017)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Disposición estatutaria que fija en el consejo de administración un mínimo y un máximo de consejeros. Contradicción con otras disposiciones que exigen un quorum superior al mínimo. Autonomía de la voluntad de los accionistas. La Ley de Sociedades de Capital, proclamando en materia societaria el principio de la autonomía de la voluntad (que en el ámbito del derecho patrimonial general consagra como auténtico principio fundamental el artículo 1255 de nuestro Código Civil), reconoce un gran espacio negocial, acotado exclusivamente por ciertos parámetros de política legislativa incorporados a la ley como mandato imperativo y por los principios básicos definidores del concreto tipo de la sociedad de capital de que se trate (esto es, el «límite infranqueable representado por las normas imperativas y por los principios configuradores», según la expresión que utiliza la Exposición de Motivos), en el que se atribuye y se confía a la autonomía privada, en definitiva, al contractualismo, la condición de elemento básico de actuación en la creación, desarrollo y adaptación del ente societario a las diferentes situaciones y avatares que puedan sobrevenir al mismo en una economía de mercado en constante evolución. Es incompatible con el principio mayoritario la exigencia estatutaria de unanimidad para adoptar acuerdos del consejo. La Ley de Sociedades de Capital permite reforzar o aumentar los quórum y mayorías legalmente exigibles para la adopción de determinados acuerdos, pero ese margen a la libertad tiene también sus límites, tales como el establecido en el artículo 193.3 al exigir que el quórum que fijen los estatutos para segunda convocatoria de la junta general de sociedades anónimas sea necesariamente inferior al que aquéllos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria.

PRECEPTOS:

Código de Comercio de 1885, art. 18.

Código Civil, art. 1255.

Ley Hipotecaria de 1946, art. 19 bis.

RD Leg. 1/2010 (TRLSC), arts. 193, 194, 198, 199, 200, 201, 223.2, 233.1.d), 234, 242.1, 247.2 y 248.1.

RD 1784/1996 (Rgto. Registro Mercantil), arts. 58, 62.3 y 124.3.

En el recurso interpuesto por doña A. P. R., abogada, en nombre y representación de la sociedad «Ingeniería y Economía del Transporte S.M.E. M.P., S.A.», contra la negativa del registrador Mercantil XI de Madrid, don Francisco Javier Llorente Vara, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Gregorio Javier Sierra Martínez, el día 5 de junio de 2017, con el número 2.066 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados el día 18 de mayo de 2017 por la junta general de la sociedad «Ingeniería y Economía del Transporte S.M.E. M.P., S.A.», por los que se modifican los estatutos sociales de esta entidad. En lo que en este expediente interesa, el artículo 11 de los estatutos queda con la redacción siguiente: «En lo referente a convocatoria, constitución, quórum, competencias, forma de deliberación y adopción de acuerdos, impugnación y actas, se estará a lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital. Se exceptúan de esta regla general, necesitándose para su adopción el voto favorable de los accionistas que representen al menos el sesenta por ciento (60%) del capital social, los acuerdos que tome la Junta General en relación con los siguientes aspectos: a) Ampliación o reducción de capital social y emisión de

obligaciones. b) Modificación de la naturaleza o de las actividades que constituyen el objeto social (...) c) Absorción, fusión, escisión, disolución o transformación de la Sociedad. d) Admisión a cotización en Bolsa de las acciones de Ineco. d) Y en general, cualquier modificación de los Estatutos de Ineco». El artículo 12 queda redactado de la siguiente forma: «La administración de la Sociedad se confía a un Consejo de Administración que se compondrá de un mínimo de 5 y un máximo de 15 vocales». El artículo 15 queda con la siguiente redacción: «Composición y funcionamiento (...) Las decisiones del Consejo de Administración de la Sociedad se adoptarán por mayoría absoluta de los Consejeros presentes o representados. Sin embargo, será necesario el voto favorable de, al menos, ocho Consejeros presentes o representados, para que el Consejo de Administración pueda válidamente adoptar acuerdos relativos a las materias enumeradas a continuación: a) La elaboración del presupuesto anual. b) La constitución, participación, adquisición, enajenación o disolución de Sociedades filiales, no considerándose como tales, a ningún efecto, las Uniones Temporales de Empresa que se pudieran constituir, para la ejecución de trabajos específicos y ligados a la duración del trabajo. c) La aprobación de cualesquiera endeudamientos con bancos u otras entidades de crédito cuando el importe total de endeudamiento acumulado exceda del aprobado por el Consejo de Administración en los presupuestos anuales. d) La aprobación de la captación de fondos del público. e) La disposición o gravamen de cualquiera activos de la Sociedad cuyo valor neto contable o precio exceda de 300.000 euros (trescientos mil euros). f) La designación de Presidente y Vicepresidente».

II

El día 13 de junio de 2017 se presentó copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid y fue objeto de la calificación negativa que, a continuación, se transcribe únicamente respecto de los defectos que son objeto de impugnación: «Francisco Javier Llorente Vara, 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 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 2755/1219 F. presentación: 13/06/2017 Entrada: 1/2017/77.410,0 Sociedad: Ingeniería y Economía del Transporte SME MP SA Hoja: M.85151 Autorizante: Sierra Martínez Gregorio Javier Protocolo: 2017/2066 de 05/06/2017 Fundamentos de Derecho 1.-1. Artículo 15, párrafo tercero: vulnera el artículo 12 de los propios estatutos que permite que el consejo esté formado entre 5 y 12 consejeros, por lo que la exigencia de que voten ocho consejeros para determinados acuerdos es de imposible cumplimiento si el consejo lo integran menos de 9 consejeros. 2.-2 (...) 3.-3. Artículo 11 de los estatutos: no se precisa si el quórum o mayoría de la junta para adoptar los acuerdos a que dicho artículo se refiere es para primera o segunda convocatoria debiendo cumplirse, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 193.2 LSC (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Francisco Javier Llorente Vara a día 20/06/2017».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña A. P. R., abogada, en nombre y representación de la sociedad «Ingeniería y Economía del Transporte S.M.E. M.P., S.A.», interpuso recurso el día 19 de julio de 2017, únicamente respecto de los defectos primero y tercero, con base en los siguientes fundamentos jurídicos: «Primero.-En relación con el defecto n.º 1 que afecta al artículo 12 en relación con el 15, párrafo tercero, de los Estatutos Sociales de Ineco: (i) De conformidad con el artículo 62.3 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM). «Si la calificación atribuyere al título defectos que impidan su inscripción, se consignará aquélla en nota fechada y firmada por el Registrador, en la que se expresarán de forma clara, sucinta y razonada todos los que se observaren, señalando si son subsanables o insubsanables, así como la disposición en que se fluida a la doctrina jurisprudencial en que se ampara. Dicha nota habrá de extenderse al pie del título y reproducirse al margen del asiento de presentación», falta motivación del Sr. Registrador en su calificación, al incumplir el precepto alegado, por no haber mencionado las disposiciones legales en que se funda el defecto, ni la doctrina en la que se ampara el mismo. (ii) En relación con el quórum de constitución del consejo de administración: El artículo 242.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) que dice que «El consejo de administración estará formado por un mínimo de tres miembros. Los Estatutos fijarán el número de miembros del consejo de administración o bien el máximo o el mínimo, correspondiendo a la junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes» y el artículo 124.3 del RRM establece que «En todo caso, se indicará el número de administradores o, al menos, el máximo y el mínimo de éstos, así como el plazo de duración de su cargo y el sistema de retribución, si la

tuvieren,...”. Ambos preceptos son expresión del principio de libertad de previsión estatutaria para fijar los requisitos de composición o quórum del consejo de administración así como del principio de la autonomía de la voluntad previsto en el artículo 28 de la LSC, en virtud del cual, todos los pactos y condiciones que los accionistas consideren conveniente establecer en los Estatutos Sociales, podrán ser incluidos siempre y cuando no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social, de sociedad anónima. En lo que respecta a la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos en el seno del consejo, el artículo 248.1 de la LSC establece que “En la sociedad anónima los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión”. Esta disposición se puede reforzar, en cualquier caso y por cualquier motivo, justificándose todo ello en el principio rector de que la mayoría absoluta de la Ley es susceptible de modificarse, en base a la libertad de autorregulación de los propios Estatutos Sociales, pudiendo exigir mayorías reforzadas para adoptar todos o determinados acuerdos. La calificación del Sr. Registrador contradice el espíritu de los artículos de la LSC, anteriormente mencionados, al afirmar que es imposible la exigencia de que 8 consejeros voten determinados acuerdos si el consejo lo conforman menos de 9 consejeros. Esta Parte busca con la redacción del artículo 15, 3.º párrafo, de los Estatutos, plasmar la voluntad de que determinadas materias, caracterizadas por su relevancia e impacto en la sociedad, deban de reunir el mayor apoyo y respaldo posible, a la hora de ser votadas en el seno del consejo de administración. De manera que, ese número de al menos 8 miembros que han votado avale, de forma suficiente, la decisión en cuestión. Esta exigencia no contradice el artículo 12 de los Estatutos que determina el número mínimo y máximo de consejeros para entender válidamente constituido el consejo porque una cuestión es, que la sociedad tenga una composición mínima y máxima y otra es, con qué mayoría el consejo ha de aprobar determinados temas. Si no hubiere quórum suficiente en el Consejo, esta Parte ha puesto de manifiesto en sus Estatutos su ánimo patente de que habrá materias concretas que no podrán aprobarse, al no haber quórum de al menos 8 consejeros. Siendo esta Parte consciente de esta posible situación, la reconoce como máxima expresión de la libertad de previsión estatutaria y de autonomía de la voluntad de los accionistas, y la acepta. Segundo.—En relación con el defecto n.º 3 que afecta al artículo 11 de los Estatutos: De acuerdo con el artículo 193 de la LSC, en las sociedades anónimas, para que la junta de accionistas quede válidamente constituida, se exige “...en primera convocatoria que los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Los estatutos podrán fijar un quórum superior. En segunda convocatoria, será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma, salvo que los estatutos fijen un quórum determinado, el cual, necesariamente, habrá de ser inferior al que aquellos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria”, la calificación del Registrador es equívoca al señalar que el artículo 11 de los Estatutos Sociales de esta Parte infringe el referido artículo 193 de la LSC. La razón es que esta Parte incluye en el artículo 11 párrafo 1º de sus Estatutos, que “En lo referente a convocatoria, constitución, quóruns, competencias, forma de deliberación y adopción de acuerdos, impugnación y actas, se estará a lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital”. Es por tanto, que esta Parte no cree conveniente tener que modificar e incluir en sus Estatutos matización alguna sobre si el quórum y/o la mayoría de la junta, para adoptar acuerdos, es en primera o en segunda convocatoria, en tanto en cuanto los Estatutos se remiten expresamente a lo que disponga la Ley (LSC) en todo lo que se refiere a las cuestiones sobre “...convocatoria; constitución, quóruns...”. Esta Parte considera que es inequívoca la referencia que consta en los Estatutos Sociales, al remitirse a la Ley en todas aquellas cuestiones que los mismo Estatutos enumeran».

IV

Mediante escrito, de fecha 25 de julio de 2017, el registrador elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 19 bis de la Ley Hipotecaria; 18 del Código de Comercio; 1.255 del Código Civil; 193, 194, 198, 199, 200, 201, 223.2, 233.1.d), 234, 242.1, 247.2 y 248.1 de la Ley de Sociedades de Capital; 58, 62.3 y 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2005, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1993, 25 de abril de 1997, 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 14 de abril, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 26 de enero de 2011, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012, 19 de julio, 7 de octubre y 18 de noviembre de 2013 y 22 de diciembre de 2015.

1. En primer lugar, en relación con las manifestaciones de la recurrente sobre la falta de motivación de la calificación impugnada, es cierto que, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 20 de julio de 2012 y 18 de noviembre de 2013, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso.

No obstante, conviene tener en cuenta que es igualmente doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012, 19 de julio de 2013 y 22 de diciembre de 2015) que la argumentación en que se fundamenta la calificación es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición, por lo que procede entrar en el fondo del asunto.

2. Según el primero de los defectos objeto de impugnación, considera el registrador que la disposición estatutaria según la cual el consejo de administración estará formado por un número mínimo de cinco y un máximo de quince consejeros (aunque, por error, en la calificación consta un máximo de doce) queda vulnerado por el artículo 15 de los mismos estatutos que exige para la adopción de determinados acuerdos el voto de, al menos, ocho consejeros, pues esta última disposición es de imposible cumplimiento si el consejo lo integran menos de nueve consejeros.

La recurrente alega que la disposición cuestionada tiene su base en la autonomía de la voluntad de los accionistas, de modo que habrá materias concretas sobre las que el consejo de administración no podrá adoptar acuerdos si no hay un quórum de, al menos, ocho consejeros.

3. La Ley de Sociedades de Capital, proclamando en materia societaria el principio de la autonomía de la voluntad (que en el ámbito del derecho patrimonial general consagra como auténtico principio fundamental el artículo 1.255 de nuestro Código Civil), establece en su artículo 28 que en el título rector de la compañía (ya sea el contenido de la escritura constitutiva y de los estatutos a ella unidos, o el que resulte, en su caso, de la ulterior modificación estatutaria) «se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido». De esta manera, la ley reconoce un gran espacio negocial, acotado exclusivamente por ciertos parámetros de política legislativa incorporados a la ley como mandato imperativo y por los principios básicos definidores del concreto tipo de la sociedad de capital de que se trate (esto es, el «límite infranqueable representado por las normas imperativas y por los principios configuradores», según la expresión que utiliza la Exposición de Motivos), en el que se atribuye y se confía a la autonomía privada, en definitiva, al contractualismo, la condición de elemento básico de actuación en la creación, desarrollo y adaptación del ente societario a las diferentes situaciones y avatares que puedan sobrevenir al mismo en una economía de mercado en constante evolución.

En relación con la cuestión planteada, la ley encomienda a las reglas estatutarias la fijación del número de miembros del consejo de administración, o bien el máximo y el mínimo (al menos, tres miembros), correspondiendo en este caso a la junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes (artículo 242.1), si bien establece que el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales (artículo 247.2) y que los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión (artículo 248.1). No obstante, en los estatutos podrán reforzarse estas exigencias de quórum y mayoría respecto de este órgano de administración, aunque con ciertos límites.

No debe decidirse en este expediente acerca de una disposición que exija la presencia de todos los miembros del consejo de administración para la válida adopción de acuerdos (algo que, en el caso concreto, ocurriría en caso de que el consejo estuviera integrado por ocho miembros), toda vez que tal cuestión no se ha planteado en la calificación impugnada (vid., no obstante la Resolución de esta Dirección General de 7 de octubre

de 2013, respecto de una sociedad de responsabilidad limitada, según la cual ningún obstáculo existe para ligar la válida constitución del órgano de administración a la concurrencia –personal o por representación– de todos sus miembros, pues no puede entenderse que tal exigencia vaya en contra de la naturaleza propia de los órganos colegiados, llamados a constituirse y tomar acuerdos por mayoría).

De la escueta redacción de la nota de calificación en este extremo (según la cual es necesario que el consejo de administración esté formado por, al menos nueve consejeros, para que sea de posible cumplimiento la exigencia de que determinados acuerdos de dicho órgano sean adoptados con el voto favorable de, al menos, ocho consejeros) resulta que el registrador considera, por una parte, que es insuficiente que el consejo de administración esté formado por ocho consejeros. Con ello, implícitamente da por supuesto que, como ha entendido esta Dirección General (vid. Resoluciones de 10 de noviembre de 1993 y 25 de abril de 1997) y el Tribunal Supremo (vid. Sentencia de 27 de enero de 2005), es incompatible con el principio mayoritario la exigencia estatutaria de unanimidad para adoptar acuerdos del consejo (cfr. artículo 248.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Por otra parte, que, frente a las alegaciones de la recurrente (según la cual, con base en la autonomía de la voluntad de los accionistas, habrá materias concretas sobre las que el consejo de administración no podrá adoptar acuerdos si no existe el concreto quórum reforzado exigido), no es admisible sustraer al consejo la competencia para adoptar acuerdos sobre esas determinadas materias especificadas en los estatutos. Y, desde este punto de vista, el criterio de la recurrente no puede ser compartido, pues comporta una limitación de las competencias y facultades representativas del órgano de administración contraria a lo establecido en los artículos 233.1.d) y 234 de la Ley de Sociedades de Capital.

4. El segundo de los defectos impugnados consiste en que, según expresa el registrador en su calificación, al exigirse en la disposición estatutaria cuestionada que determinados acuerdos de la junta general sean adoptados con el voto favorable de los accionistas que representen al menos el 60% del capital social, no se precisa si el quórum o mayoría de la junta para adoptar tales acuerdos es para primera o segunda convocatoria, debiendo cumplirse, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 193.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Este defecto también debe ser confirmado, pues aunque –como alega la recurrente– los estatutos se remitan a dicha ley en lo referente a quóruns, competencias, forma de deliberación y adopción de acuerdos de la junta general, lo cierto es que esta remisión no es suficiente para poder interpretar y aplicar la disposición estatutaria cuestionada conforme a las disposiciones imperativas de aquella.

La Ley de Sociedades de Capital permite reforzar o aumentar los quóruns y mayorías legalmente exigibles para la adopción de determinados acuerdos (cfr. artículos 28, 194.3 y 201.3), pero ese margen a la libertad tiene también sus límites, tales como el establecido en el artículo 193.3 al exigir que el quórum que fijen los estatutos para segunda convocatoria de la junta general de sociedades anónimas sea necesariamente inferior al que aquéllos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria.

En el presente caso, la fijación de una mayoría reforzada para la adopción de determinados acuerdos de la junta (voto favorable de los accionistas que representen al menos el 60% del capital social) comporta una exigencia de quórum mínimo sin distinguir entre primera y segunda convocatoria y, por ende, sin disminuirlo para facilitar la segunda reunión, sin que dicha omisión pueda ser objeto de integración con las otras normas legales toda vez que tales mayorías y quórum reforzados estatutariamente son superiores a las previstas por la ley (vid. artículos 194 y 201).

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, 16 de octubre de 2017. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.