

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11271 *Resolución de 1 de octubre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador mercantil y de bienes muebles V de Madrid, por su negativa a inscribir una escritura de formalización de acuerdos sociales de disolución y nombramiento de liquidadores adoptados por una compañía de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Madrid, don Ignacio Maldonado Ramos, contra la calificación del registrador Mercantil y de Bienes Muebles V de Madrid, don Francisco Javier Navia Osorio García Braga, por su negativa a inscribir una escritura de formalización de acuerdos sociales de disolución y nombramiento de liquidadores adoptados por la compañía de responsabilidad limitada «Centauro Holding Inmobiliario, S.L.».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Ignacio Maldonado Ramos, el día 4 de junio de 2013, bajo el número 1.192 de protocolo, la sociedad «Centauro Holding Inmobiliario, S.L.», otorgó una escritura en la que se solemnizaban públicamente bajo la fe notarial los acuerdos de disolución de la compañía y nombramiento de liquidadores.

II

Presentada en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles V de Madrid la copia autorizada de la citada escritura, fue denegada su inscripción en base a la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Madrid notificación de calificación Francisco Javier Navia-Osorio García-Braga, 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 Diario/Asiento: 2403/91 F. Presentación: 11/06/2013 Entrada: 1/2013/77.255,0 Sociedad: Centauro Holding Inmobiliario, S.L. Autorizante: Maldonado Ramos Ignacio Protocolo: 2013/1192 de 04/06/2013 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.—Presentado el título en el Registro, junto con las convocatorias de la Junta requeridas en la anterior nota, del examen de estas se aprecia que hay un incumplimiento de los establecido en el art. 166 de la Ley de Sociedades de Capital, que exige que la Junta sea convocada por el órgano de administración de la sociedad, en este caso, su Consejo de Administración. El artículo 15 de los estatutos de la sociedad dice, asimismo: «La convocatoria de la Junta general deberá hacerse desde la administración social», es decir, reproduce lo señalado en la Ley. En segundo lugar el art. 15 de los estatutos sociales dice que la convocatoria deberá de hacerse «mediante telegrama o burofax con acuse de recibo». En este caso no se ha realizado de esa forma, sino mediante remisión de carta por conducto notarial. Por último no se han subsanado los demás defectos señalados en la anterior nota, en especial lo que se refiere a los quórum de asistencia, votación y aprobación del acta de la Junta. Sin perjuicio (...). Madrid, a 12 de junio de 2013».

III

Notificada la anterior calificación, por parte del notario autorizante, don Ignacio Maldonado Ramos, se interpuso el correspondiente recurso el día 11 de julio de 2013, fundado en los siguientes motivos: «Hechos. Primero: Documento calificado.—La escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, otorgada en Madrid el día cuatro de junio de 2013, ante el que dice, bajo el número 1,192 de protocolo. Segundo: Presentación.—La copia autorizada de la escritura reseñada se presentó en el Registro Mercantil de Madrid el día once de junio de 2013, Diario/Asiento 2403/91. Tercero: Calificación.—El documento fue calificado negativamente, alegándose tres defectos. En primer lugar, el incumplimiento del artículo 166 de la vigente Ley de sociedades de capital, que exige que la Junta sea convocada por el órgano de administración de la sociedad, en el caso, el Consejo de Administración, apoyándose asimismo en el artículo 15 de los estatutos Sociales, que determinan que la convocatoria en cuestión debe hacerse desde la administración social. En segundo lugar, que dicha norma estatutaria prevé que la convocatoria se realice mediante telegrama o burofax con acuse de recibo, lo cual no es el caso de la escritura calificada, en la cual consta que la Junta se convocó mediante carta enviada a través de correo certificado con acuse de recibo, cuya constancia se acredita mediante acta notarial autorizada por el mismo fedatario autorizante. Por fin, declara subsistentes los defectos previamente declarados en cuanto a falta de constancia de los datos referente al quórum de asistencia, votación y aprobación del acta de la Junta. Fundamentos de Derecho. Primero.—Entrando en primer lugar a analizar el primero de los defectos invocados, en el mismo se aplica la interpretación que de la norma contenida en el artículo 166 de la vigente ley de Sociedades de Capital ha efectuado en numerosas ocasiones la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cuanto que considera que la sencilla expresión en dicha norma empleada («los administradores»), remite al régimen general y particular de la administración social. En consecuencia, la competencia para convocar las Juntas no sólo recaería en quienes sean los administradores de la sociedad, sino que éstos sólo podrían ejercerla de conformidad al régimen al efecto pactado. Así, si se trata de administradores mancomunados deben convocar todos ellos, y si es un Consejo de Administración debe preceder un acuerdo del mismo al efecto constituido. Cabe citar al efecto las recientes resoluciones del Centro Directivo de 28 de enero y 26 de febrero de 2013, que siguen el precedente sentado por otras más antiguas, entre ellas la de 25 de febrero de 2000. Además, en algunas de dichas resoluciones se citan varias sentencias del Tribunal Supremo que coinciden en el mismo criterio. Resulta evidente que el tema es de por sí conflictivo, dada la recurrencia de su planteamiento. Un factor evidente que provoca esta acumulación de casos es la excesiva rigidez del actual sistema, amparado por la mencionada interpretación, que no permite distinguir según las circunstancias de cada supuesto concreto. Además, salta a la vista que se abre la puerta a posibles actitudes obstruccionistas por parte de los propios administradores sociales, que pueden bloquear de hecho la convocatoria de las Juntas ejerciendo una abstención total, haciendo que los plazos al efecto dispuesto demoren casi indefinidamente la cuestión, situación sólo remediable mediante al recurso del amparo judicial (ex artículo 169 de la misma Ley de Sociedades de Capital), solución a todas luces insatisfactoria por cuanto aumenta los retrasos y dilaciones, factores a los que ahora hay que añadir los económicos en vista del reciente aumento de los costes procesales. Y este problema resulta más acuciante cuando se trata de compañías de reducida base social, en las cuales es de presumir una cierta comunicación directa y constante entre sus miembros que haga innecesarias y perturbadoras las interpretaciones rígidas de la ley en materia de convocatoria de Juntas. Por ello, se hace necesario buscar otras soluciones y tratar de reexaminar los preceptivos elementos de interpretación, para, sin desdoro de la autorizada doctrina consolidada al respecto, intentar una rectificación o matización de la misma que permita solucionar las posibles consecuencias indeseadas antes aludidas. Entrando, en primer lugar, en el aspecto puramente literal, ya hemos

señalado que la expresión legal es sencilla, clara y terminante, al establecer sin más que «la junta general será convocada por los administradores de la sociedad». No existen razones decisivas para entender que tan sucinta dicción ampare una interpretación extensiva o correctora de su texto. Por consiguiente, es factible entender que la competencia se atribuya individualmente a todos los que ostenten el cargo de administrador, independientemente de que lo hagan uni o pluripersonalmente, y en este caso con carácter solidario, mancomunado o colegiado. Donde la ley no distingue, tampoco debe hacerlo el intérprete, tal y cómo señalara el Tribunal Supremo en materia mercantil ya en la Sentencia de 7 de marzo de 1964. Además, no se prevé en el propio precepto estudiado la posibilidad de modalizaciones o aclaraciones por parte de los socios en esta materia, lo cual, además reforzar la idea de que ha de primar la dicción literal de la norma, implica que no es relevante lo que los estatutos sociales hayan dispuesto al respecto. Por otra parte, la redacción reseñada proviene directamente de los primeros textos en la materia, que la repiten idénticamente, tendencia seguida en las sucesivas disposiciones al respecto (art. 49 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, 94 del Texto Refundido en dicha materia de 22 de diciembre de 1989, 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 y 45 de la de 23 de marzo de 1995). En consecuencia, los antecedentes históricos y legislativos concuerdan también en emplear una terminología breve y sencilla, frente a la cual se hace difícil amparar un criterio de interpretación que vaya más allá de sus estrictos términos. También cabe acudir al contexto de la norma supuestamente incumplida. En efecto, acto seguido de la misma, el artículo 167 de la vigente Ley de Sociedades de Capital añade que los administradores convocarán la Junta, en todo caso, en las fechas que determine la ley. A tales efectos, el artículo 164 impone la obligación de celebrar la Junta ordinaria anual dentro de los seis primeros meses del ejercicio, y el 168 ordena a los administradores convocarla en el plazo máximo de dos meses desde que determinada minoría les requiera al efecto. En definitiva, la atribución para convocar las reuniones de los socios no es siempre una facultad que dependa exclusivamente de la libre voluntad de los administradores, sino que éstos se ven obligados a ejercer aquella en determinados supuestos de manera compulsiva, sin que los estatutos sociales puedan alterar tal deber. Siendo esto así, el margen de actuación que queda a los gestores sociales está considerablemente limitado, puesto que el contenido u orden del día de las Juntas a convocar está previamente determinado, o por la ley o por la voluntad de los solicitantes, según sea el caso. Únicamente les queda la posibilidad de determinar la fecha (y eso también dentro de límites cerrados), la hora y, si los estatutos lo permiten, el lugar de reunión. No parece que estas cuestiones sean de tal trascendencia que justifiquen el posible bloqueo de la convocatoria a través de la pasividad de algún miembro del órgano de administración, no sólo frustrando los derechos y expectativas de todos o parte de los socios, según sea el caso, abocados a acudir a los tribunales como único remedio, sino además contraviniendo expresamente por omisión las normas imperativas de los artículos 164, 167 y 168 de la ley de Sociedades de Capital, antes expuestas. Esta posibilidad se puede también acrecentar según el tipo de órgano de administración de que se trate. En el caso de administradores mancomunados, su actuación se realiza exclusivamente a través del consenso mutuo, sin que ninguno de ellos ostente cargo o función específica diversa de la de los otros. Cómo no es posible entender su función separadamente, no se pueden prever tampoco reglas de convocatoria para impulsar su actuación. En cambio, en el caso de Consejo de Administración, donde es esencial la posibilidad de debate entre sus integrantes y la adopción de acuerdos por el sistema de mayorías, sí se regula un sistema para ordenar las reuniones entre ellos. En tal supuesto nos encontramos con que, para cumplimentar el requisito de la convocatoria por el órgano de administración que, según la reseñada doctrina vigente, corresponde al propio Consejo, es necesaria la celebración previa de una reunión de éste, que tenga a bien adoptar el acuerdo de promover la Junta General. Dicha reunión a su vez tiene que someterse a sus propias reglas de convocatoria, no exentas tampoco de dudas y polémicas (ver, por todas, la

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1999, que exige que la convocatoria la haga siempre el Presidente del propio Consejo). Con ello podrían resultar duplicadas las posibilidades de absentismo, bloqueo, alargamiento de plazos y subsiguiente derivación forzosa a la vía judicial que antes se comentaron. Estos posibles efectos de la interpretación de la norma controvertida tampoco parecen estar en consonancia ni con la realidad social ni con el espíritu y finalidad de la ley. Tratándose, cómo es el caso, de una sociedad de responsabilidad limitada con escaso número de miembros, ya el legislador de 1953 estableció, en su exposición de motivos, la elasticidad y la flexibilidad en su funcionamiento como objetivos de la introducción de tales tipos de sociedad en el acervo legislativo. También en el texto de 1995 la exposición de motivos destaca cómo principios básicos para éste tipo de sociedades la flexibilidad, la sencillez y la rigurosa tutela de las minorías. Estos criterios no han sido desmentidos en el actual texto refundido vigente. Por el contrario, el legislador de 2010 ha manifestado expresamente que las sociedades de responsabilidad limitada son las que más reconocimiento han obtenido de los interesados y se han configurado tradicionalmente como sociedades «simplificadas y flexibles». En consecuencia, la observancia de criterios rigurosos y formalistas en materias cómo la presente se alejan considerablemente de ese desiderátum de sencillez y flexibilidad reconocido por el mismo legislador y recibido con notable entusiasmo por los operadores sociales. Centrando ya la cuestión en el supuesto concreto calificado, nos encontramos con una sociedad regida por un Consejo de Administración en el cual están representados todos los socios de la misma. La convocatoria de la Junta la ha realizado el Presidente por su propia iniciativa, sin mediación de reunión previa del Consejo para ello. El motivo de tal actitud ha sido justificado por él mismo en el texto enviado a todos los componentes de la compañía, en el sentido de que el socio al cual representa en el seno del órgano de administración le ha requerido al efecto, y por tanto existe un imperativo legal. El anuncio ha sido remitido a todos los socios sin excepción, y éstos no sólo han tenido ocasión de tener conocimiento de la iniciativa del presidente, sino también de transmitirlo a sus respectivos representantes en el mismo Consejo, los cuales, de haberse reunido al efecto, nunca podrían haberse negado a aprobar el acuerdo de convocatoria, toda vez que la misma procede de una disposición de la ley. Además, de las circunstancias visibles en la titulación aportada resulta evidente que la sociedad se encuentra en una situación de división en dos grupos de socios con idéntica participación. Uno de los mismos ha tomado la iniciativa de exigir la celebración de una Junta para resolver ciertas cuestiones. A pesar de haber sido formalmente convocados al efecto, los integrantes del otro no han acudido a la reunión, con lo cual se produce un evidente riesgo de bloqueo. Imponer entonces la observancia de los rígidos requisitos de convocatoria amparados en la vigente doctrina, que en la práctica suponen una duplicidad de la misma, no haría sino extremar considerablemente el riesgo antes invocado y retrasar sine die la solución de los problemas evidenciados en la propia convocatoria. Y a esto habría que añadir la frustración de los legítimos derechos de la minoría, privados de su facultad a obtener la consideración de sus iniciativas en el seno de una Junta General hasta que se resuelvan ciertos trámites formales previos. Cómo se ha indicado, estas consecuencias se concitan muy poco con los criterios de sencillez, flexibilidad y respeto a las minorías que informan el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada, pueden contribuir a la elusión de la norma imperativa del artículo 168 del texto legal que lo recoge y ni siquiera aparecen justificadas por la redacción literal del artículo 166 de la misma norma, ni aún acudiendo a sus antecedentes, espíritu o finalidad. En consecuencia, se solicita expresamente la estimación del presente recurso, en el sentido de entender que la disposición contenida en el artículo 166 del vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital habilita a cualquier administrador, sea cual sea el régimen adoptado por la sociedad en cuestión, a convocar por su propia iniciativa las Juntas Generales, al menos cuando obedezca un imperativo legal, cual es el de la petición al efecto cursada por cierto número de socios, rectificando así el actual criterio interpretativo sostenido por ese Centro Directivo, todo ello en base a

los criterios arriba expuestos. Segundo.—En cuanto al segundo de los defectos contenidos en la nota de calificación, consiste en considerar que se ha vulnerado el artículo 15 de los estatutos por los que se rige la sociedad, ya que la convocatoria de la Junta en cuestión se ha hecho mediante carta certificada remitida con acuse de recibo mediante acta notarial, y no por burofax, también parece una solución excesivamente rígida. Es evidente que la voluntad de los socios es que se practique una comunicación individual que permita dejar constancia del contenido de la convocatoria y de la recepción de la misma, tal y cómo prevé el artículo 173,2 de la ley, y a tales fines es indiferente uno u otro sistema de los involucrados, sin que parezca que la opción empleada en los estatutos deba ser entendida cómo excluyente. Tercero.—El último defecto invocado es susceptible de subsanación y no es objeto de recurso».

IV

El día 12 de julio de 2013, el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 164, 166, 168, 169, 171, 176 y 365 de la Ley de Sociedades de Capital; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 11 de marzo de 1999, 31 de octubre de 2001 y 28 de enero de 2013, entre otras.

1. El presente recurso plantea dos cuestiones: la primera versa sobre la competencia para convocar las juntas generales de socios: se trata de una junta convocada solo por el presidente del consejo de administración, cumplimentando la petición de un accionista.

La segunda plantea la validez de una convocatoria de junta general efectuada mediante carta remitida por conducto notarial, habida cuenta que la norma estatutaria que prevé que se haga por telegrama o burofax con acuse de recibo.

2. Como ya tiene declarado este Centro Directivo, la facultad de convocatoria de la junta general está reservada legalmente al órgano de administración con carácter exclusivo, según el artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital, al margen de supuestos singulares como el relativo a la sociedad en fase de liquidación —como resulta del mismo precepto legal—, el de convocatoria judicial (artículos 169 y 171, párrafo primero, de la Ley de Sociedades de Capital) o el de órgano de administración incompleto y con objetivo limitado (como admite el párrafo segundo del artículo 171 de la misma Ley).

Cuando la ley reconoce dicha competencia a los administradores lo hace en conjunto a todos los que forman parte del órgano de administración, y no «uti singuli» a cada uno de sus miembros. Es decir, se trata de una atribución conjunta a quienes tienen la condición de administradores, para que la ejerciten de conformidad con la estructura propia correspondiente a la modalidad del órgano de administración que tenga adoptada la compañía.

3. En el presente caso la sociedad ha encomendado la administración de la compañía a un consejo de administración, y es a este órgano colegiado a quien corresponde, según sus propias normas de funcionamiento, adoptar la decisión de efectuar la convocatoria.

El órgano de administración, en cuanto tal, monopoliza por atribución legal el ejercicio de dicha competencia, aún en los casos en que su ejercicio, más que una facultad constituya un deber, como ocurre en el caso que nos ocupa, en que media la petición de socios que representan más del cinco por ciento del capital (cfr. artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital). Por ello, ni aún en este supuesto, en que media una obligación de convocar —en que la convocatoria constituye en buena medida un acto debido para el consejo de administración—, cabe la actuación individual de un miembro de dicho órgano,

por más que ostente la condición de presidente, sino que es necesaria una decisión colectiva adoptada en la forma y con las mayorías previstas estatutariamente.

4. Esta solución, que es la que única posible y compatible con la regulación legal, no queda excepcionada por el hecho de una eventual actuación desleal, abusiva u obstruccionista de uno o varios miembros de dicho consejo de administración. La posible responsabilidad en que pudieran incurrir, en tales supuestos, los administradores no excepciona el criterio fijado en la Ley. En estos casos queda al socio, al margen de la posibilidad de exigir la correspondiente responsabilidad a los administradores, el recurso a la autoridad judicial para que proceda a la convocatoria, tal y como prevé el artículo 169 del cuerpo legal antes referido.

5. El segundo de los defectos contenidos en la nota de calificación, consiste en considerar que se ha vulnerado el artículo 15 de los estatutos por los que se rige la sociedad, ya que la convocatoria de la junta en cuestión se ha hecho mediante carta certificada remitida con acuse de recibo mediante acta notarial, y no por telegrama o burofax.

La norma estatutaria es clara: establece que la convocatoria de la junta general se ha de llevar a cabo «mediante telegrama o burofax con acuse de recibo».

6. Como resulta del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital los estatutos «que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital» contienen un conjunto de reglas que tienen un carácter normativo para la propia sociedad de modo que vincula a sus órganos, a los socios que la integran e incluso a terceros (vid. Resolución de 26 de noviembre de 2004). El texto legal, idéntico en su dicción a su antecedente el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas y al antecedente de este, el artículo 11 de la Ley de 1951, determina en definitiva que todo acto social debe acomodarse a las exigencias derivadas de las normas establecidas en los estatutos.

El carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones en clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (vid. Sentencia de 30 de enero de 2001). Este Centro Directivo por su parte (vid. «Vistos») ha tenido igualmente ocasión de poner de manifiesto el hecho de que los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los estatutos son la «Carta Magna» o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad (vid. Resolución de 16 de febrero de 2013).

7. Cuando los estatutos concretan como forma de convocatoria de la junta general el envío de telegrama o burofax con acuse de recibo, no sólo determinan el envío a través del servicio postal, sino también las características de dicho envío, sin que sea competencia del órgano de administración su modificación.

Entre las características del envío por telegrama o burofax con acuse de recibo debe destacarse la de su rápida recepción por los destinatarios, sin que ello pueda predicarse de la misma forma de la comunicación por carta certificada con acuse de recibo.

Dicha diferencia adquiere importancia en supuestos como este, dado que la antelación con que debe ser convocada la junta se computa desde la fecha en que se remite el anuncio, y no desde su recepción (artículo 176.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

No es indiferente para el socio la recepción de un telegrama o burofax con acuse de recibo o la recepción de una carta certificada con acuse de recibo, en cuanto ello puede dar lugar a que disponga de menos plazo entre la recepción de la convocatoria y la celebración de la junta.

Si los estatutos han concretado una determinada forma de convocatoria, no es competencia de los administradores sustituirla por otra.

Por tanto, en este expediente no se está discutiendo la validez legal –como medio de convocatoria de la junta general de una sociedad limitada– de la carta certificada con

acuse de recibo mediante acta notarial. Lo que se discute es la adecuación del procedimiento de convocatoria utilizado con la correspondiente disposición estatutaria.

Esta Dirección General ha acordado la desestimación del recurso interpuesto.

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, 1 de octubre de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.