

definitiva si se tiene en cuenta la indudable subordinación de las previsiones de la escritura social a las normas legales imperativas y la necesaria interpretación de dichas cláusulas en el sentido más favorable para su eficacia (*vid.* art. 1.284 CC). La trascendencia de las normas estatutarias o de la escritura social en cuanto rectoras de la estructura y funcionamiento de la sociedad (cuya eficacia alcanzará a terceros que no intervinieron en su redacción), y la exigencia de precisión y claridad en los pronunciamientos registrales imponen la eliminación de toda ambigüedad o incertidumbre en aquella regulación estatutaria como requisito previo a su inscripción, labor esta que inequívocamente corresponde realizar a los propios constituyentes.

3. El segundo de los defectos se centra en la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil por no estar expedida a nombre de ningún fundador la certificación de la sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central.

4. Si se tiene en cuenta que esta norma tiene la finalidad de individualizar tal certificación para evitar la cesión de la misma (y así ha venido a confirmarlo posteriormente el art. 14 de la Orden de 30 de diciembre de 1991, hoy vigente, que admite modificaciones en la certificación relativas al beneficiario sólo si no suponen propiamente sustitución del mismo), cabe concluir que los términos «fundador o promotor», que se emplean en el artículo 378.2 del Reglamento, deben interpretarse en sentido jurídico propio y, por ende, si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, la certificación deberá haber sido expedida a nombre de cualquiera de quienes, como socios, otorgan la escritura fundacional que expresa su correspondiente aportación, así como las participaciones sociales que se les asignan; exigencia que no se cumple en el presente caso, toda vez que la certificación aparece expedida a nombre de quien se limita a otorgar la escritura social, no como socio fundador, sino únicamente para manifestar que solicitó la certificación en representación de uno de los actuales fundadores y que le cede la misma mediante tal otorgamiento.

Esta Dirección General ha acordado que procede desestimar al recurso y confirmar la nota de calificación.—Madrid, 2 de diciembre de 1992.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

(BOE de 4 de febrero.)

## ESTRUCTURA DEL ORGANO DE ADMINISTRACION

Encargada inicialmente de analizar sendas Resoluciones de la DGRN de 27 y 28 de febrero de 1991 en torno al tan debatido, por desgracia todavía, tema de la estructura del órgano de administración a raíz de la reciente reforma mercantil, mi natural «primero lo urgente» (y no olvidemos que cuando nos encargan un trabajo cualquier otra cosa deviene urgente, si no urgentísima) le ha permitido a la DG sacar otra serie de Resoluciones sobre esta materia cuyo estudio global nos permite analizar de una forma más completa el tema objeto de encargo.

En efecto, al margen de que, como señalaré más tarde, a pesar de la rotundidad de las manifestaciones en aquellas primeras Resoluciones contenidas, el

problema no está definitivamente resuelto, han surgido otros, especialmente en materia de Derecho Transitorio (aunque en mi opinión, como también veremos después, no tan transitorio) que han dado lugar a otras cuatro Resoluciones posteriores hasta la fecha de elaboración de este trabajo. En concreto, por tanto, vamos a estudiar las siguientes:

- Resolución de 27 de febrero de 1991.
- Resolución de 28 de febrero de 1991.
- Resolución de 13 de noviembre de 1991.
- Resolución de 14 de noviembre de 1991.
- Resolución de 12 de junio de 1992.
- Resolución de 24 de julio de 1992.
- Resolución de 2 de diciembre de 1992.

No obstante, a efectos de abordar mejor el tema, podríamos sistematizarlo, deteniéndonos en los siguientes puntos:

1. Sistema previsto por la anterior legislación.
2. Sistema previsto por la nueva legislación. Admisibilidad o no de ciertas fórmulas.
3. Problemática de las Sociedades constituidas antes de la entrada en vigor de la reforma pero inscritas con posterioridad.
4. Posible juego de la cláusula alternativa a partir de 1990 en relación con Sociedades inscritas con anterioridad.

#### 1. SISTEMA PREVISTO POR LA ANTERIOR LEGISLACIÓN

Con este primer punto no trato de centrar la materia al modo tradicional en cualquier estudio de Derecho como forma de evidenciar las novedades de cualquier reforma legislativa por su estudio contrastado con la anterior; muy por el contrario, lo que intento es precisamente acabar de descentrar la materia.

Me explicaré: el artículo 11.3) de la LSA de 1951 contenía entre las previsiones estatutarias «la designación del *órgano u órganos* que habrán de ejercer la administración, y el modo de proveer las vacantes que en ellos se produzcan, indicando quién ostenta la representación de la Sociedad», añadiendo el art. 73 de la misma que «cuando la administración se confíe conjuntamente a varias personas, éstas constituirán el Consejo de Administración».

Completaba la regulación el artículo 102.h) del RRM que exigía la «designación del órgano u órganos que habrán de ejercer la administración, determinando al efecto si ésta se confiere a uno o varios administradores solidarios o a un Consejo de Administración, e indicando en ambos casos el número concreto de administradores o el máximo y el mínimo de éstos, la forma de su retribución, si la tuvieren, el modo de proveer las vacantes y la expresión de quién o quiénes ostenten la representación de la Sociedad, si no existiera Consejo de Administración. En el caso de que la administración se confiara a un Consejo y a uno o más administradores singulares, se determinarán sus respectivas facultades».

Esa expresión «ORGANO U ORGANOS» de la anterior legislación, o más bien, su supresión en la nueva, ha sido utilizada, en la mayoría de los casos,

para argumentar que antes de 1990 cabía establecer en los Estatutos una fórmula múltiple, como la que recogen las RR de 27 y 28 de febrero de 1991, que permitía a la Junta General de la Sociedad ir cambiando alternativamente de órgano de administración dentro de las opciones contempladas en los Estatutos, frente a la imposibilidad actual.

En las propias Resoluciones vemos cómo las distintas partes dan por sentado que la legislación de 1951 permitía tal posibilidad: así en la R. de 13-11-91, el Registrador dice que «... la posibilidad de optar entre diferentes formas de administración previstas en Estatutos... ha quedado ineficaz a partir de la entrada en vigor de la nueva legislación...», y en esa misma Resolución, la DGRN habla del «principio de respeto a las situaciones jurídicas creadas por acuerdo colectivo celebrado bajo la legislación anterior...». En el mismo sentido, la DG en su R. de 14-11-91 y de 24-7-92.

Del mismo modo, el Registrador en esta última Resolución señala que «al entrar en vigor la Ley 19/89 y el RRM, y de acuerdo con la Disposición 2.<sup>a</sup> de la Ley y las exigencias del art. 8.f) y 9.h) y 124 RRM, han quedado sin efecto aquellos artículos estatutarios que contemplan la posibilidad de alternativas en la estructura del órgano de administración».

Abunda en lo mismo la doctrina: así Antonio ESTURILLO LÓPEZ, en su libro *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria* coincide «con Olivares James, que la cláusula estatutaria muy usada, e incluso amparada por la R. de noviembre de 1981, de que la Junta puede elegir entre diversas modalidades de administración admitidas, la que estimase oportuno, no sería admisible hoy, porque, como dice el mismo autor, el art. 9.h) de la LSA ya no habla de “órgano u órganos” como lo hacía el art. 11.h) de la anterior, sino de “estructura del órgano”, y porque esto es lo que ha de constar en los Estatutos, conforme exige el art. 124 del RRM...».

Del mismo modo, el Profesor Angel ROJO, en una conferencia pronunciada en Madrid el 21 de febrero de 1990 en el Colegio Nacional de Registradores afirmaba que la nueva Ley ha optado por un sistema monista, frente a la legislación anterior, ya que en ella se hablaba de «órgano u órganos».

De igual forma se manifiesta Laura CANO ZAMORANO en las conferencias que en Madrid y Barcelona se impartieron en la primavera de 1991 con motivo del transcurso del primer año de vigencia de la reforma mercantil.

Sin embargo, si examinamos la doctrina vigente durante la anterior legislación, veremos que las cosas no estaban tan claras para todos:

Así, Manuel DE LA CÁMARA ALVAREZ, en sus *Estudios de Derecho Mercantil*, tras recoger las variantes admisibles con la legislación anterior afirmaba: «Cabe que las variantes permitidas se combinen. Es decir, pueden establecer los Estatutos que la administración de la Sociedad sea ejercida disyuntivamente por un administrador único (o varios administradores solidarios) o por un Consejo de administración, delegando en la Junta la facultad de determinar cuál de los dos sistemas se aplicará en cada momento.»

Sin embargo, GARRIGUES-URÍA, en su *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, ya entonces se oponían a esta posibilidad, recogiendo expresamente la postura de Cámara: «Opinamos, sin embargo, que a esta estructura alternativa del régimen de administración, con facultad de la Junta general para decidir, en cada caso, el sistema concreto a aplicar, se oponen tanto el artículo 11.3.h) de la LSA, como el artículo 102.h) del RRM. Uno y otro obligan a que los Estatutos designen el órgano u órganos que habrán de ejercer

la administración de la Sociedad; y el último precisa que cuando junto al Consejo existan uno o más administradores singulares, los Estatutos deberán determinar sus respectivas facultades. La estructura de la Administración ha de quedar, pues, precisada en los Estatutos, sin que quepa establecer un repertorio de posibilidades dentro del cual la Junta pueda elegir en cada caso el sistema a aplicar. El artículo 71 confiere a la Junta en esta materia la facultad de determinar el número de administradores, cuando los Estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo, pero no la facultad de elegir el sistema de administración cuando los Estatutos establezcan una pluralidad de órganos. Esta última hipótesis, totalmente diversa de la primera, no resulta admisible, a nuestro juicio, en el Derecho español.»

Las soluciones, por tanto, no pueden ser más claras y más dispares para unos y otros, y ambas se reflejaron en el recurso que dio lugar a la Resolución de 26 de noviembre de 1981, en la que la DGRN se decantó por la primera de ellas al afirmar que «tal posibilidad no aparece prohibida en la Ley, ya que el art. 11.h), de la misma autoriza la posibilidad de órgano y órganos de administración, y el art. 102 del RRM, al desarrollar la materia, lo presupone igualmente, si bien con la lógica limitación de que en los casos en que haya concurrencia de Consejo y de Administradores singulares, se determinen las facultades concretas que habrán de corresponder a unos u otros».

Sin entrar en un estudio más amplio sobre las fórmulas que entonces se admitían, en base al Derecho positivo y la interpretación que del mismo dio la DGRN, la propia disparidad existente entonces nos lleva a hacernos la consabida pregunta: ¿Cuál es la situación actual?

## 2. SISTEMA PREVISTO POR LA NUEVA LEGISLACIÓN. ADMISIBILIDAD O NO DE CIERTAS FÓRMULAS

Parte de la respuesta ya la hemos apuntado anteriormente. En efecto, el tenor literal de la regulación legal ha cambiado en este punto:

El nuevo artículo 9.h) de la LSA exige que en los Estatutos se haga constar «la estructura del órgano al que se confía el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el RRM. Se expresará, además, el número de administradores, que en el caso del Consejo no será inferior a tres, o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de su retribución, si la tuvieren», añadiendo el art. 136 de la misma que «cuando la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas, éstas constituirán el Consejo de administración».

La materia la completa el artículo 124.1 del RRM, según el cual «en los Estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye:

- a) A un administrador único.
- b) A varios administradores que actúen individualmente.
- c) A dos administradores que actúen conjuntamente.
- d) A un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros, sin perjuicio de la facultad de delegación prevista en el artículo 141 de la LSA.

e) A un Consejo de Administración y a una Comisión Ejecutiva o a uno o más Consejeros Delegados, con indicación de sus respectivas competencias».

La interpretación que de estos preceptos se ha dado por la doctrina no ha sido pacífica. Vaya por delante, y no podré por tanto dejar de ser tendenciosa, que, en mi opinión, el sistema adoptado es, como señalaba el Profesor Rojo, «monista», y así lo ha recogido la propia DGRN en las RR de 27 y 28 de febrero de 1991.

Se le podría achacar, sin embargo, la falta de apoyo legal de su argumentación, o, dicho de otra manera, el que los argumentos utilizados son igualmente válidos para el TR de 1989 y la Ley de 1951: qué duda cabe, que los Estatutos son norma definidora de la estructura y funcionamiento de la Sociedad, antes y ahora; que para su modificación, ambas legislaciones exigen especial rigor, y que hace falta siempre claridad y precisión en las determinaciones conformadoras de una entidad. Y aunque luego añade que la legislación exige que se consigne en los Estatutos la estructura del órgano gestor, también la Ley y Reglamento anteriores exigían que se hiciera constar en los Estatutos el órgano u órganos que habían de ejercer la administración.

Mayor fuerza tiene el apoyo en el artículo 124 del RRM en cuanto que establece una enumeración entre la cual hay que optar y sin que contra ello quepa alegar que es una extralimitación reglamentaria no prevista por la Ley, pues, como también señalan ambas Resoluciones, la delegación aparece contenida en el mismo artículo 9.h) del TR de la LSA.

Es interesante reseñar en la segunda de las Resoluciones mencionadas la puntualización hecha por el Registrador en su informe en el sentido de hacer constar que estructura no se equipara a enumeración, «sino a determinación o concreción en una forma de administración con exclusión de todas las demás».

En realidad, el cambio cualitativo más importante, y en el que se apoya en su mayor parte la doctrina, como ya se recoge en el apartado anterior, es la supresión de la expresión «órgano u órganos» y su sustitución por la de «estructura del órgano», que junto con la enumeración recogida en el artículo 124 RRM llevan a considerar que en la actualidad ya no caben las fórmulas múltiples sino que desde el principio hay que optar por una posibilidad u otra de las recogidas por el Reglamento.

¿Qué margen de maniobra hay de seguir esta postura? Prácticamente ninguno: el Profesor Rojo aludía en su Conferencia a la posibilidad de una determinación estatutaria plural pero que rija en forma sucesiva en el tiempo previamente señalado. En otro caso, entiendo que los Estatutos deberán recoger expresamente la necesidad de que para cambiar de forma de administración se deberán cumplir los requisitos previos en la Ley para la modificación de Estatutos.

Los detractores de esta postura mantienen que la argumentación sostenida se basa en una «interpretación literal» a ultranza: que la sustitución de «órgano u órganos» por «estructura del órgano» no supone ninguna modificación sustancial y que el art. 124 recoge una enumeración taxativa, eso sí, pero enumeración. Así se manifiesta, en cuanto a esta última observación, el Notario en la R. de 28 de febrero de 1991. Sin embargo, podría objetarse que, y aun considerando que el cambio de expresión utilizado no significa alteración sustantiva, la propia doctrina anterior no interpretaba unánimemente la dicción legal como símbolo de pluralidad, como ya vimos en la opinión de GARRIGUES y URÍA.

Por otra parte, y en la línea de lo expuesto por la DGRN, cabría resaltar la importancia que tiene antes y ahora el órgano de administración para dejarlo a la decisión de mayorías no cualificadas: basta con que tengamos en cuenta el *quorum* que la LH exige en segunda convocatoria para que nos demos cuenta de la trascendencia del problema: pensemos lo diferente que es el que la administración se encomiende a un órgano colegiado, que requiere una convocatoria, deliberaciones, mayorías específicas... frente al omnipotente administrador único o el encorsetamiento de la administración mancomunada. Bastante reducido es de por sí el *quorum* exigido por el artículo 103.2 de la LSA para que lo rebajemos al del artículo 102.2.

La postura que adoptemos no es indiferente: la postura, digámosle «flexible» o «aperturista» (más bien continuista) aligera el proceso: tengamos en cuenta no sólo el caso normal de que la Junta quiera optar por otro sistema, sino los casos de cese, renuncia, etc..., que nos permitirían pasar de los administradores solidarios o mancomunados al único y del Consejo a la administración mancomunada sin necesidad de modificar Estatutos.

Sin embargo, la postura «rigorista» y en este caso, qué ironía, «moderna», facilitaría algo nada despreciable en la práctica diaria de los Registros, Notarías y Despachos: la uniformidad de criterios en un punto de tanta trascendencia como es éste.

¿Y por qué no la uniformidad en la otra dirección? Me temo que, como siempre ocurre, es más fácil unificar criterios en esta línea que en la otra: es más sencillo y claro un consenso de aplicación estricta del artículo 124 del RRM que una línea abierta o flexible de éste, ya que la misma, a su vez, se diversifica en dos frentes:

- a) El que admite combinar varias de las opciones a través de una fórmula plural.
- b) El que admite «cruzar» varias de las opciones, creando fórmulas mixtas.

Y no olvidemos un problema, no teórico, sino práctico: no hay un acuerdo sobre qué fórmulas son admisibles y cuáles no: así, mientras algunos contraponen órgano colegiado con administradores y sólo admiten opciones entre estos últimos (la fórmula sería: «Uno o varios administradores solidarios o dos mancomunados» o incluso excluyendo a estos últimos), otros admiten la fórmula clásica que prevé todas las posibilidades.

Partiendo de mi total rechazo a estas cláusulas, sí querría, sin embargo, detenerme en dos concretas fórmulas utilizadas en la práctica y que obedecen a los dos frentes que he señalado de diversificación:

- a) La clásica previsión de que la Sociedad sea administrada por «uno o varios administradores solidarios».
- b) La fórmula que prevé la existencia de varios administradores solidarios pero debiendo actuar mancomunadamente siempre dos de ellos o sólo para algunos actos.

A) Esta primera fórmula plantea un problema teórico; es decir, ¿hay que contraponer al administrador único con el solidario o podemos entender que estamos ante una variante de la solidaridad?

Es un problema teórico pero con derivaciones eminentemente prácticas, ya que en muchos Registros se admite su inscripción por entender que no hay

diferencias entre el administrador único y el solidario, mientras que en otros se rechaza tal fórmula.

El primer argumento en contra es claro y evidente: si aplicamos el artículo 124 del RRM, en su párrafo primero, lo aplicamos en toda su extensión y si no, nos lo saltamos; es decir, si entendemos que es un listado meramente enumerativo, tendremos que admitir todo tipo de combinaciones en los Estatutos; y si no, ninguna: ¿por qué restringir la apertura a los apartados a) y b) cuando el Reglamento los separa como a todos los demás?

El propio Notario, en la R. de 28 de febrero de 1991, con independencia de que discrepa de la «interpretación rigorista», como él la llama, del Registrador, reconoce que de aplicar ésta no cabrá acudir a la fórmula que estamos analizando: así, en el recurso afirma «que ciertamente el art. 124 del RRM fija taxativamente los sistemas de administración, pero no establece la necesidad de acogerse estatutariamente en la estructura del órgano de administración a uno solo de los sistemas previstos»; pero es que en el informe dice expresamente que «la interpretación rigorista del Registrador conduce a que no se pueda establecer en estatutos la posibilidad de la existencia alternativa, a criterio de la Junta General, de un administrador único o varios que actúen individualmente, ya que sólo podrá optarse por una de las formas que enumera el artículo 124 del RRM».

La solución deviene totalmente teórica, como ya he anunciado antes: ¿qué entendemos, o cuál es la naturaleza del administrador único? Si acudimos a los diferentes Manuales de Derecho Mercantil, observaremos que ninguno entra en esa distinción; se diferencia entre solidaridad y mancomunidad, entre esta última y la situación de órgano colegiado, etc., pero no entre el administrador único y los solidarios; pero no caigamos en la fácil solución de afirmar que es porque no existen tales diferencias, sino que si lo analizamos con detenimiento, en todos los manuales se estudia separadamente. Nadie engloba al primero en los segundos, sino que aparece en epígrafe específico, de lo que se desprende que los autores dan por supuesto que estamos ante situaciones distintas.

Y es que no podemos olvidar que no es lo mismo administrar solo que estar varios administrando, aunque sea solidariamente; una cosa es el aspecto externo, en el que indistintamente cada administrador solidario representará a la Sociedad, según previene el mismo artículo 124 del RRM en su párrafo segundo, y otras son las relaciones internas, no ya con la Sociedad, sino entre los propios administradores. Qué duda cabe que los administradores solidarios tendrán que rendirse recíprocas cuentas de sus actuaciones para evitar la realización de actos contradictorios (*versus* pedir un mismo préstamo en dos entidades bancarias diferentes, incurrir en una posible doble venta, convocar la Junta para dos días diferentes...), cuestión que, naturalmente, no se plantea en el caso del administrador único.

Pero es que, además, y a la inversa, ¿debemos entender que cada administrador solidario es como un administrador único? Entonces, ¿tendríamos tantos órganos de administración como administradores solidarios? La pregunta, a primera vista capciosa, no lo es tanto si tenemos en cuenta que en muchos Estatutos se llega a hablar de que «la Sociedad será regida o administrada por uno, dos o tres administradores únicos», procediéndose a continuación a nombrar «dos administradores únicos».

B) Esta otra fórmula, sin embargo, obedece a unos motivos totalmente prácticos y comprensibles por lo demás, aunque, me temo, no se ajustan a la

legalidad: hasta los más abiertos defensores de las cláusulas múltiples la rechazan aun cuando las razones no puedan ser más lógicas desde el punto de vista del funcionamiento de la Sociedad: la Junta, en el fondo quiere contar con varios administradores, sin tener que caer en la necesidad del órgano colegiado (de formación y funcionamiento mucho más complejo) pero no se «fía» de lo que pueda actuar cada uno por separado y como fórmula «preventiva» o «protectora» exige en todo caso (o sólo para aquellos asuntos que considera más trascendentes) la firma o presencia de dos de ellos.

A raíz de la nueva legislación, esta fórmula comenzó a ser muy usada, y fue objeto de discusión en las reuniones que con cierta periodicidad tenemos los Registradores Mercantiles de Aragón con el Colegio notarial de dicha Comunidad Autónoma, en las cuales se rechazó abiertamente dicha fórmula, pero se abrió la puerta a otra que, aunque en principio más compleja, permitía obtener el mismo resultado práctico: optar por nombrar un Consejo de administración con varios Consejeros-Delegados, los cuales sí que podrán actuar dos mancomunadamente.

¿Por qué esto segundo sí y aquello no? El mismo Reglamento da la respuesta; para los Consejeros-Delegados el artículo 124.2.d) se limita a decir que «cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre a uno o varios Consejeros-Delegados, SE INDICARA EL REGIMEN DE SU ACTUACION», sin especificar cuál sea éste, lo que deja un amplio margen de libertad; sin embargo, en el apartado b) señala que «en caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades, QUE TENDRAN UN ALCANCE MERAMENTE INTERNO». Luego, según lo que dispone el Reglamento, a efectos externos rige la plena solidaridad y cualquier limitación, ya sea estatutaria o de la Junta, tendrá un alcance meramente interno. Y así lo ha interpretado la DGRN en sendas Resoluciones de 12 de junio y de 2 de diciembre de 1992.

En la primera de ellas se opta por un sistema de dos administradores solidarios, pero exigiéndose que ciertas facultades se realicen con la firma conjunta de ambos. Alegándose por el Registrador que ello supondría la combinación de los sistemas de solidaridad y mancomunidad, el Notario entiende que esa prohibición está limitada a las facultades *stricto sensu*, es decir, las que hacen referencia a lo que sería el giro o tráfico de la empresa, pero no aquellas otras facultades otorgadas por la Junta; argumento que no acepta el Registrador, por entender que el órgano de administración es único: cabe distinguir, dirá, entre facultades de representación y de administración, pero no entre facultades que derivan del objeto social y las que se extralimitan.

La DGRN tampoco admite esta distinción y centra su Resolución en las dos esferas externa o de representación, la cual, entiende, que por ministerio de la Ley corresponde a cada administrador solidario individualmente, y la esfera meramente interna en la que sí admite modalizaciones.

En la segunda de las Resoluciones, también se optó por dos administradores solidarios, con actuación conjunta para las operaciones que superen cierta cuantía. El Registrador entiende que «dado que la finalidad del Registro es la publicidad a terceros, debe evitarse que accedan a él cláusulas que provoquen obscuridad y que sean ineficaces frente a terceros», mientras que el Notario entiende que el artículo 124.2.b) no impide la inscripción «aunque sea limitada su efectividad frente a terceros».

En ambas Resoluciones la DGRN entiende que debe rechazarse el acceso



registral de las estipulaciones debatidas «en tanto en ellas no se precise el alcance meramente interno de esta necesidad de actuación conjunta para ciertos actos y ello a pesar de que tal concreción de efectos se impondría en definitiva si se tiene en cuenta la indudable subordinación de las previsiones de la escritura social a las normas legales imperativas y la necesaria interpretación de dichas cláusulas en el sentido más favorable para su eficacia». Añade, además, que «la trascendencia de las normas estatutarias o de la escritura social en cuanto rectoras de la estructura y funcionamiento de la sociedad y la exigencia de precisión y claridad en los pronunciamientos registrales imponen la eliminación de toda ambigüedad o incertidumbre en aquella regulación estatutaria como requisito previo a su inscripción, labor ésta que inequívocamente corresponde realizar a los propios constituyentes».

Coincido con la DGRN en que no cabe distinguir más esferas que la externa y la interna, es decir, poder de representación y de administración: acudir al mecanismo aludido por el Notario de facultades dentro del giro o tráfico o externas a él provocaría graves problemas interpretativos, al margen de su conexión con los siempre presentes «actos neutros», por lo que tal y como señala el Reglamento, y así interpretan tanto el Registrador como la DG, el poder de representación corresponde a cada administrador solidario teniendo las limitaciones estatutarias o acordadas por la Junta, mero carácter interno.

Pero en lo que sí discrepo de la DGRN es en la imposibilidad de inscribir dicha cláusula en tanto no se haga constar su carácter meramente interno aun cuando, como ella misma reconoce, tal concreción se impondría en definitiva por imperativo legal. ¿En qué medida puede afectar a terceros si el artículo 129 de la LSA dice claramente que «cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros»?

Esté o no inscrita la cláusula, si el tercero contrata con uno sólo de los administradores en uno de los supuestos en que según los Estatutos o el acuerdo de la Junta hace falta la firma de los dos, éste no se verá afectado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129.1 de la Ley. Otra cosa será la responsabilidad del administrador frente a la Sociedad por incumplir las limitaciones establecidas.

Esté o no inscrita la cláusula, si el tercero contrata con los dos, el acto será igualmente eficaz y además los administradores salvarán su responsabilidad.

Inscrita la cláusula, el tercero, por desconocimiento de su carácter interno, lo más que podría hacer sería exigir la firma de los dos administradores, lo cual siempre sería ventajoso para éstos y para la propia Sociedad, pues así se cumpliría lo previsto en los Estatutos o en el acuerdo de la Junta.

Entiendo que, en este caso, exigir esa constancia del carácter meramente interno, que no exige el Reglamento (el cual se limita a pronunciar ese carácter) resulta excesivo e inoperante. Cuando la Ley quiere que alguna restricción o situación especial se haga constar expresamente así lo exige: véase, por ejemplo, el artículo 53 cuando exige que en los títulos representativos de acciones se hagan constar las restricciones a su transmisibilidad cuando se hayan establecido, o las prestaciones accesorias, en el caso de que las lleven aparejadas; o la frase «en liquidación» en la denominación social cuando la Sociedad se haya disuelto y mientras la liquidación se realiza (art. 264), etc.

Opinión diferente en este punto mantiene Laura CANO ZAMORANO en el trabajo anteriormente mencionado, la cual, considerando que no se pueden ins-

cribir estas limitaciones en base a una argumentación similar a la de la DG, entiende, sin embargo, que el carácter interno afecta solamente a las acordadas por la Junta y no a las impuestas en los Estatutos, por entender que los artículos 9 y 128 de la Ley permiten determinar en Estatutos a quién corresponde el poder de representación (con lo cual entiende podría atribuirse a uno sólo de los administradores y el otro no podría actuar frente a terceros) entendiendo desafortunada la redacción del Reglamento. Sin embargo, discrepo de esta opinión: no olvidemos que ambos artículos de la Ley están hablando de los administradores en general (sin distinguir entre administrador único, solidarios o mancomunados, cuya determinación corresponde a los Estatutos) y que el propio artículo 9 remite a lo dispuesto en el RRM, como norma a la que se ha de sujetar la previsión estatutaria.

Sí quiero recoger, sin embargo, una serie de cláusulas que estudia, y que, como ella bien señala, no se podrían inscribir porque con ello sí que violentaríamos o infringiríamos los imperativos legales. En efecto, en los supuestos objeto de discusión en las Resoluciones referidas estábamos ante dos administradores solidarios con ciertas actuaciones mancomunadas. El problema aparece cuando estamos no ante dos administradores solidarios, sino más de dos con actuación conjunta para determinados actos: como señala Laura CANO «nos encontraríamos en régimen de administradores solidarios perfectamente permitida por la norma, mientras que en la práctica para el mayor número de facultades podría exigirse la actuación conjunta de tres o más de los administradores solidarios, ya que admitida la excepción para determinadas facultades nada impide extenderla al mayor número posible de ellas». Cabría añadir que, aun cuando no se extendiera a un gran número, en todo caso se infringiría la prohibición legal de que existan más de dos administradores mancomunados (arts. 136 de la LSA y 124.1.c) del RRM).

Lo mismo sucede cuando se nombran varios administradores solidarios pero con actuación de dos cualesquiera de ellos en forma mancomunada. Ya he señalado anteriormente su rechazo en las reuniones de Aragón y resulta tajante Laura CANO cuando afirma que «el precepto reglamentario claramente dispone que la administración ha de atribuirse a dos administradores conjuntamente, y resulta más que evidente que, con la fórmula expresada, la administración se atribuye a más de dos, es decir, a todos los nombrados, con lo cual falla ya el primer requisito. En segundo lugar, el que hayan de actuar dos cualesquiera de ellos indistintamente no excluye la actuación de los restantes nombrados, con lo que, de hecho, tendríamos tantos órganos de actuación mancomunada como parejas de administradores se puedan formar, contra el criterio legal... de la existencia de un sólo órgano social de administración, y los consiguientes problemas de discrepancia posible en las actuaciones de cada par de administradores. Y en tercer lugar la voluntad social de unificación de criterios que supone la actuación mancomunada de sólo dos personas en la actividad social, se rompe por cuanto dentro del más amplio número de administradores nombrados, siempre se puede buscar al más complaciente para realizar determinado acto».

Entiendo que todas estas fórmulas son rechazables y en todo caso cabría acudir a la fórmula de los Consejeros-Delegados ya señalada o a otra más sencilla: nombrar apoderados, para los cuales tampoco hay ninguna limitación legal en cuanto a su forma de actuar.

3. PROBLEMÁTICA DE LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA PERO INSCRITAS CON POSTERIORIDAD

Con ello pasaríamos al tercer problema objeto de nuestra consideración: ¿qué ocurre con aquellas Sociedades constituidas antes de la entrada en vigor de la reforma pero inscritas con posterioridad?

Pensemos que, aunque parezca un tema ya superado, todavía puede plantearse la inscripción de alguna escritura en tales circunstancias.

La solución de este problema exige acudir a lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias: ya la DT 2.<sup>a</sup> de la Ley 19/89 estableció que «las disposiciones de las escrituras y Estatutos de SA, SRL y SC por acciones que se opongan a lo prevenido en esta Ley quedarán sin efecto a partir de su entrada en vigor»; norma semejante, pero limitada a las SA contiene la DT 2.<sup>a</sup> del TR de la LSA.

Estas normas han sido desarrolladas por el RRM, que en su DT 1.<sup>a</sup> establece en el número 1.º que «serán inscribibles en el Registro Mercantil con arreglo a la legislación anterior, las escrituras de constitución de SA, de RL o C por acciones, otorgadas con anterioridad al 1 de enero de 1990»; pero el número 3.º añade que «no obstante, no serán inscribibles las cláusulas estatutarias o reglas de funcionamiento contenidas en la escritura que resulten contrarias a las normas imperativas de la Ley 19/89, de 25 de julio, y de la LSA».

El problema se planteó en la R. de 27 de febrero de 1991 en relación con una escritura de constitución de SA otorgada el 28 de diciembre de 1989 y presentada ya en 1990 en el Registro Mercantil. En la misma, la DGRN da por sentado la aplicabilidad de dichas Disposiciones Transitorias al caso concreto (que motivaron la denegación de la inscripción al alegar el Registrador que infringía lo dispuesto en el artículo 9.h) de la LSA y 124.1 del RRM, aplicables en virtud de la DT 2.<sup>a</sup> de la LSA y DT 1.º3.º del RRM) entendiendo que la cláusula múltiple prevista era contraria a la normativa vigente en el momento de la inscripción con los argumentos ya estudiados al tratar esta misma Resolución en otros puntos del trabajo.

Solución que nos parece correcta, ya que, dentro de los aspectos que se consideraron fundamentales a la hora de admitir la inscripción o no, al entrar en vigor la reforma, de las escrituras anteriores a ella, se encontraba junto con temas tan trascendentes como el carácter nominativo o al portador de las acciones cuando hubiera restricción a la libre transmisión de las mismas, el porcentaje exigido para convocar las Juntas, etc., el de la estructura del órgano de administración, especialmente si tenemos en cuenta que se trata de cláusulas estatutarias (en contraposición a otras como el *quorum* de constitución de Juntas, para lo que la Ley de libertad respetando unos mínimos) para cuyo defecto no cabe acudir al artículo 63 del RRM en materia de inscripción parcial, puesto que su inscripción no queda suplida por ninguna norma legal, ya que ninguna contiene un régimen de administración supletorio y qué duda cabe que estamos ante un órgano necesario de la Sociedad, a la vista de lo dispuesto en el artículo 260.3 de la LSA, al que se remite el artículo 30 de la LSRL, como causa de disolución de la Sociedad: si lo es la paralización, con mayor razón la inexistencia.

4. POSIBLE JUEGO DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA A PARTIR DE 1990 EN RELACIÓN CON SOCIEDADES INSCRITAS CON ANTERIORIDAD

Por lo dicho anteriormente, no se entiende la solución que adopta la DGRN para un problema similar: el de las Sociedades ya inscritas con Estatutos en los que se prevé la alternancia a decisión de la Junta, de varios sistemas de administración cuando hacen operar esta cláusula tras la entrada en vigor de la nueva Ley.

Ciertamente la solución a adoptar no es la vista anteriormente, pues si se aplicara la DT 2.º de la ley literalmente, quedaría sin efecto la cláusula que regula la estructura del órgano de administración y ello conllevaría la disolución de la Sociedad.

¿Qué opciones hay en estos casos? Tengamos en cuenta que un gran número de Sociedades ya inscritas en 1990 contenían esta cláusula y, como reconoce la DGRN en sus RR de 13 y 14 de noviembre de 1991 y de 24 de julio de 1992 —ante la exigencia por parte del Registrador de que se modificaran los Estatutos— «es el mismo legislador el que, atendiendo a la necesidad práctica de que el nuevo régimen respete situaciones anteriores, ha establecido prudentes plazos de adaptación para estos desajustes de estructura o para ciertas obligaciones o prohibiciones». En vista de esto cabría:

a) Permitir que la cláusula jugase hasta que se adaptara la Sociedad a la nueva Ley, que es la solución por la que opta la DG, pero con unos argumentos completamente contradictorios con lo sostenido en la Resolución de 27 de febrero de 1991; en efecto, en esta última no se admitía la inscripción por considerar la cláusula estatutaria contraria a lo dispuesto en la legislación anterior (DT de la Ley y del Reglamento) y, sin embargo, en estas Resoluciones se afirma que hay que hacer una «interpretación estricta de la DT 2.ª de la LSA» y «no llevar la declaración de ineficacia a aquellas cláusulas relativas a la estructura social, respecto de las cuales haya *mero desajuste pero no oposición* a las disposiciones de la Ley».

¿Qué significa la expresión «mero desajuste» en un tema tan trascendental como lo es la estructura del órgano de administración de la Sociedad? Entiendo que es un término «poco jurídico». Otra cosa es que, como ya he afirmado, haya que hacer una interpretación estricta de la DT 2.ª por los peligros que ello encierra.

Tampoco son argumentos «el principio de respeto a las situaciones jurídicas creadas *por acuerdo colectivo celebrado bajo la legislación anterior*» ni el del *favor negotii*, pues tampoco se tuvieron en cuenta en la Resolución de 27 de febrero de 1991 para inscribir una escritura otorgada bajo la legislación anterior.

Ni tampoco cabe acudir a los «prudentes plazos de adaptación para estos desajustes»: no sé si la DG ha tenido en cuenta en su integridad el juego de las Disposiciones Transitorias: ¿hay realmente plazos para la adaptación? O lo que es lo mismo: ¿qué ocurre con las Sociedades que, transcurrido el plazo no se han adaptado? Recordemos que, y al margen de la interpretación que la DG dio en su momento sobre la fecha del «30 de junio de 1992», la DT 4.ª4.ª de la Ley 19/89 sanciona el incumplimiento de la adaptación de los Estatutos con una multa por cuantía de cinco millones de pesetas, sin perjuicio de la responsabilidad de administradores y, en su caso, liquidadores, prevista en la DT 3.ª4.ª de la misma, pero en ningún caso impone o conlleva cierre registral

si esas Sociedades tuvieran adecuada la cifra de su capital, por interpretación *a sensu contrario* de la DT 6.<sup>ª</sup>1 de dicha Ley, ni mucho menos su disolución de pleno derecho y cancelación de oficio prevista en la DT 6.<sup>ª</sup>2.

Luego ese «prudente plazo de adaptación», salvo que una norma posterior disponga lo contrario, se convierte en algunos casos en una «situación permanente de inadaptación» de la Sociedad. Y en tal caso, ¿seguirá jugando la interpretación del *favor negotii* por el que se inclina la DG? Es decir, ¿siempre tendremos que admitir el juego de la cláusula alternativa o hay alguna fecha —no sé cuál, puesto que la Ley no la prevé— en que dejará de jugar?

b) Por ello soy más partidaria de optar por otra solución: la propia DG ya la apunta en sus Resoluciones al decir que «... ni puede entenderse que la Sociedad no puede funcionar —porque la estructura del órgano no cumple con las determinaciones estatutarias que hoy impone el Reglamento— ni hay razón alguna para dar preferencia —en la alternativa dejada a la Junta— al sistema (unipersonal o colectivo) que, de los dos previstos en la estructuración estatutaria, se hubiera aceptado, en función de las circunstancias, en un acuerdo de Junta anterior a la nueva Ley».

Apunta la idea la DG pero de forma, entiendo, un tanto incorrecta: no es que se dé preferencia a una estructura; simplemente se produce lo que el Profesor Angel Rojo denominó «la petrificación del órgano social» en la forma que tuviera al entrar en vigor la Ley, hasta tanto no se produzca la modificación de los Estatutos.

Y con ello no se hace de peor condición a las Sociedades inscritas con anterioridad a la nueva Ley respecto a las que lo hacen con posterioridad, sino de la misma condición. Dicho de otra forma: si una Sociedad posterior a 1990 cuando quiere cambiar su sistema de administración tiene que modificar el correspondiente artículo de los Estatutos, ¿por qué no va a tener que hacerlo una Sociedad ya inscrita? Entiéndase que no estamos obligándole a adaptar sus Estatutos a la nueva ley, para lo cual sí que tiene unos «prudentes plazos de adaptación» sino simplemente como es norma de Derecho, se trata de que los actos nuevos se rijan por las leyes nuevas.

Considero que es la solución más justa y más acorde con el espíritu de la reforma, sin que ello suponga una posición más ventajosa ni más desfavorable para las Sociedades inscritas con anterioridad a la Ley. En caso contrario, y siguiendo en esa línea argumental, podríamos llegar a la inaplicación de todas aquellas normas más gravosas en la nueva Ley (como, por ejemplo, la necesidad de auditorías en ciertos aumentos de capital, formulación de cuentas, etc.) para las Sociedades anteriores a la misma hasta tanto no hayan realizado la adaptación.

P. P. V.