

II. Resoluciones de la Dirección General

POR PILAR PALAZÓN VALENTÍN

LA ESTRUCTURA DEL ORGANO DE ADMINISTRACION DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES NO PUEDE SER ALTERNATIVA (Comentario a diversas resoluciones de la DGRN)

RESOLUCION DE 27 DE FEBRERO DE 1991, DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, EN EL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO A EFECTOS DOCTRINALES POR EL NOTARIO DE VALENCIA DON VICENTE LUIS SIMO SANTONJA, CONTRA LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR MERCANTIL DE DICHA CIUDAD A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE CONSTITUCION DE SOCIEDAD ANONIMA.

En el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Valencia don Vicente Luis Simó Santonja, contra la negativa del Registrador Mercantil de dicha ciudad a inscribir una escritura de constitución de sociedad anónima.

Hechos.—I. El día 28 de diciembre de 1989, ante el Notario de Valencia don Vicente Luis Simó Santonja, se otorgó escritura de constitución de la Sociedad «Inversiones Tesara, Sociedad Anónima». En sus Estatutos sociales se establece: «Artículo 10. La Sociedad será regida y administrada por la Junta general, y/o bien por el Consejo de Administración y por los Consejeros-Delegados o por el Administrador único. Artículo 25. El Administrador único podrá ser o no accionista, será designado por la Junta General, estará investido de todas y cada una de las facultades previstas en el artículo 22 para el Consejo de Administración, y en el artículo 24, para los Consejeros-Delegados; y además las que resulten de estos Estatutos y de la legalidad vigente. El cargo de Administrador único tendrá una duración de cinco años, pudiendo ser reelegido una o más veces por período de igual duración. Artículo 32. Para proceder al cambio del sistema de administración de la Sociedad según las variantes que establece el artículo 10 de los Estatutos deberán cumplirse los requisitos de convocatoria y quórum que previene el articulado de la Ley.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Valencia, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por contradecir los artículos 10 y 25 de los Estatutos de la Sociedad que en él se constituye, el artículo 9.h), del texto refundido de la Ley de

Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, y el artículo 124.1 del Reglamento del Registro Mercantil, aplicables en virtud de la disposición transitoria segunda del citado texto refundido, que reproduce fielmente la segunda de la Ley de 25 de julio de 1989, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directrices de la Comunidad Económica en materia de Sociedades y la disposición transitoria primera, apartado 3, del antedicho Reglamento al regular aquellos preceptos estatutarios un órgano de administración dual o alternativo en contra de la actual previsión legal de que se fije "unívocamente" o sin alternatividad posible la estructura del órgano que se confía la administración de la Sociedad y se determinen desde el primer momento las personas que han de desempeñar los cargos que se configuran.—Extendida de conformidad con mis cotitulares.—Valencia, 2 de febrero de 1990.—El Registrador.—Firmado, Carlos Javier Orts Calabuig.»

III. El Notario autorizante del documento interpuso a efectos doctrinales recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: Que la nota de calificación plantea dos problemas diferentes: 1. Problema de derecho transitorio.—Que el Notario que el día 28 de diciembre le solicita la autorización de una escritura de constitución de Sociedad no tiene más remedio que respetar la legalidad vigente en dicho momento, que es la siguiente: Disposición derogatoria del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, de la que se infiere que en la fecha citada estaba vigente la Ley de 1951; y, a mayor abundamiento, el artículo 5.º, disposición final, del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Que parece no ser correcta la lectura hecha por el Registrador de las disposiciones transitorias primera, números 1 y 3, del Reglamento del Registro Mercantil, que en realidad no son contradictorias; el criterio de la número 3 coincide con lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento citado y con la disposición transitoria segunda de la Ley de Sociedades Anónimas. 2. Problema de derecho material.—Que el criterio de la calificación se considera contrario a la *ratio legis* de la directiva comunitaria, de la propia Ley y Reglamento, por las siguientes razones jurídicas: a) La segunda Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 13 de diciembre de 1976, explica con claridad su aprobación y que en su artículo 2 exige que las garantías que se pretende pueden establecerse en los Estatutos o en la escritura de constitución. b) Que tanto la Ley como el Reglamento se autocalifican «de forma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de Sociedades». Que en la escritura de constitución que se estudia cumple dicha *ratio legis*, dado que los otorgantes elevan a escritura pública los Estatutos protocolizados y, además, cumplen con el exigido requisito de univocidad tanto en cuanto eligen como sistema de administración, el Consejo de Administración, con lo que desaparece la posibilidad de que induzca a error la existencia de órganos alternativos. Que los fundadores tienen derecho en virtud del principio de autonomía de voluntad de plasmar en los Estatutos lo establecido en los artículos 10, 25 y 32 antes transcritos, y para a continuación en la escritura de constitución, que indiscutiblemente forma un todo junto con los Estatutos, hacer la elección al sistema de Consejo. c) Los artículos que el señor Registrador en la nota considera infringidos no emplean la disyuntiva «o» que sería necesaria para entender la pretendida univocidad y, por tanto, hay que acudir al texto de la segunda Directiva, que sí la emplea. d) Que el problema ya planteado bajo la Ley de 1951 fue rotundamente resuelto por la Resolución de 26 de noviembre de 1981. Que, en definitiva, los

artículos 9.h), del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, y 124.1 del Reglamento del Registro Mercantil, no prohíben la dualidad, aunque amplíen el contenido expresando toda la gama de posibilidades o sistema de administración, pero sin limitar la autonomía de voluntad de los particulares, que gozan de libertad legal de elegir y explicar cuál puede ser el sistema de administración para elegir en la escritura de constitución uno sólo de ellos, de modo que será la Junta general la única que podrá cambiar el sistema, con el subsiguiente conocimiento de interesados y terceros. Que no aparece en este caso un posible fraude a la Ley.

IV. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos e informó: A) Sobre el problema de derecho transitorio. Que los preceptos que cabe aducir para mantener la pertinencia de la nota calificadora son los que invoca el recurrente, sólo que interpretados de otra manera. Que nadie pretende un imposible lógico jurídico, cual es exigir que en las escrituras de constitución de sociedades otorgadas antes del 1 de enero de 1990 venga establecido un marco estatutario ajustado a un derecho futuro, normalmente ignoto. Pero en virtud de lo ordenado por el legislador en la disposición transitoria segunda de la Ley 19/1984 la escritura estará bien otorgada si se ajusta al derecho vigente en el momento de su otorgamiento; pero como las cláusulas estatutarias en aquellas contenidas, que resulten contrarias a las normas imperativas rectoras de las sociedades anónimas, quedaron sin efecto a partir de 1 de enero de 1990, de ahí que no resulten inscribibles y deban entenderse sustituidas por las que de modo rígido articula la nueva legislación. Que la interpretación del fedatario recurrente conllevaría una vulneración sistemática y deliberada del principio de legitimación registral. B) Sobre el problema de derecho material. Que los fundamentos jurídicos son los siguientes: 1.º El artículo 9.h) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, 2.º El artículo 124.1 del Reglamento del Registro Mercantil. No siendo posible, en el régimen vigente, la coexistencia de órgano colegiado y de órgano individual; y 3.º Las Directivas de la Comunidad Económica Europea no son normas directamente vinculantes para los ciudadanos, sino pautas a las que deben acomodarse los legisladores nacionales que han decidido que las menciones mínimas que exige la Comunidad Europea han de consignarse en los Estatutos y el particular no puede desentenderse de esa elección. 4.º Que por la nueva normativa está vedado el que la indefinición estatutaria se lleve hasta el extremo de no decidirse por administración individual o colegiada, y 5.º Que el argumento que pudiera representar la Resolución de 26 de noviembre de 1981 hay que considerarlo volatizado al par que del derecho.

V. El Notario recurrente interpuso a efectos doctrinales recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en las alegaciones expuestas en el escrito del recurso de reforma.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 9.h) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, 124 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989.

1. En el presente recurso interpuesto a efectos exclusivamente doctrinales, se debate en torno a la inscripción de determinada Sociedad habida cuenta que en sus Estatutos rectores se establece que la gestión social estará encomendada, bien a un Consejo de Administración y a los Consejeros-Delegados, bien a un Administrador único (art. 10); y que para realizar el cambio

de sistema de administración entre estas dos variantes deberán cumplirse los requisitos de convocatoria y quórum que previene el articulado de la Ley (art. 32).

La cuestión a decidir es, pues, si cabe que los Estatutos al regular el órgano de gestión social se limiten a recoger las varias modalidades que ésta pueda adoptar, correspondiendo a la Junta determinar cuál de ellas va a ser la efectivamente utilizada o si, por el contrario, la norma estatutaria ha de recoger de modo preciso, único y puntual la concreta modalidad que reviste en cada momento el órgano encargado de la gestión y representación social.

3. Si se tiene en cuenta la naturaleza de los Estatutos en tanto norma definidora de la estructura y funcionamiento de la Sociedad, el vigor de los requisitos prevenidos para su modificación, y la exigencia de claridad y precisión en sus determinaciones conformadoras de la Entidad, ha de concluirse en la necesidad de que en ellos se determine de modo inequívoco la modalidad que efectivamente adopta el órgano de administración, sin limitarse a una mera enumeración de las varias posibilidades configurativas, pues, sobre ser ésta innecesaria, no haría sino ocultar el vacío estatutario sobre aspecto definidor tan esencial para la Sociedad, los socios y los terceros como es el concreto modo de organización de la gestión y representación social. En este sentido se pronuncia el nuevo artículo 9.h) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, al exigir la consignación en los Estatutos de la estructura del órgano gestor, y lo confirma, igualmente, el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989 al precisar que dicha estructura se hará constar determinando a cuál de las hipótesis que el precepto enumera se confía la administración social; sin olvidar en cuanto al valor de este precepto reglamentario la delegación contenida en el mismo artículo 9.h) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.—Madrid, 27 de febrero de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.—Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

(BOE de 24 de abril.)

RESOLUCION DE 28 DE FEBRERO DE 1991, DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN EL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO, A EFECTOS DOCTRINALES, POR EL NOTARIO DE BILBAO DON JOSE ANTONIO ISUSI EZCURDIA CONTRA LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR MERCANTIL DE MADRID A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD LIMITADA.

En el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Bilbao don José Antonio Isusi Ezcurdia contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de constitución de una Sociedad Limitada.

Hechos.—I. El día 21 de febrero de 1990, ante el Notario de Bilbao don José Antonio Isusi Ezcurdia, se otorgó escritura de constitución de la Sociedad