

## REGISTRO MERCANTIL

1. A TRAVÉS DEL CORRECTIVO DE LA AUTOCONTRATACIÓN SE TRATA DE DELIMITAR LOS PODERES DEL REPRESENTANTE PARA EVITAR UN PERJUICIO A LOS INTERESES DE SU REPRESENTADO, SIN LA APROBACIÓN O CONSENTIMIENTO DE ESTE ÚLTIMO.

NUESTRA LEY NO PROHÍBE LA EXISTENCIA DE UN CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN CON DOS MIEMBROS, SINO QUE, POR EL CONTRARIO, LA PRESUPONE DADOS LOS TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 73 DE LA MISMA; 102, h), DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL, Y PRINCIPIO GENERAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 1.255 DEL CÓDIGO CIVIL.

*Resolución de 9 de mayo de 1978 (B. O. del E. de 17 de junio).*

*Antecedentes de hecho.*—Por escritura autorizada por el Notario recurrente el 9 de agosto de 1976, don Julián de la Cruz Toledo y su esposa, doña María Alberta Campo Garrido, constituyendo la sociedad «Bodegas Cruz Campo, S. A.», interviniendo ambos en su propio nombre y derecho, y haciéndolo además el señor De la Cruz como Administrador único o Gerente de la Entidad «Fomento de Negocios, S. A.» (FOMENSA), cargo para el que fue designado por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Luis Sanz Suares, el 11 de enero de 1974, que fue inscrita en el Registro Mercantil.

Presentada en el Registro Mercantil de Logroño primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que precede en este Registro, se deniega por los siguientes defectos:

1.º Existe autocontratación, porque don Julián de la Cruz Toledo comparece por sí y en representación de la Sociedad 'Fomento de Negocios, Sociedad Anónima', como Administrador único, y, al no acompañarse la escritura de 11 de enero de 1974, en la que se le designa para tal cargo, no consta que en éste se le facultara para autocontratar.

2.º El artículo 7.º de los Estatutos que admite el Consejo con dos únicos miembros, y el acuerdo de designar el Consejo en esta forma—dos únicos Consejeros, que por cierto son esposos—están en oposición con lo dispuesto en los artículos 71 y 73 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas y el artículo 102, b), del Reglamento del Registro Mercantil, porque el Consejo con dos únicos miembros equivaldría a la organización de una administración mancomunada y no solidaria, prohibida en nuestra

Ley, con actuación conjunta, unánime y simultánea de sus Administradores. Por tanto, con dos únicos miembros, desaparece la característica fundamental del Consejo de Administración, que es la de la administración conjunta y por mayoría, y le serían inaplicables las normas sobre constitución y funcionamiento y adopción de acuerdos. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1960. Ambos defectos son insubsanables.»

Vistos los artículos 1.255 del Código Civil; 116 y 117 del Código de Comercio; 71 al 80 de la Ley de 17 de julio de 1951 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil, y la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1960.

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que según su criterio la constitución de una Sociedad no es propiamente un contrato, y ésta es también la tesis mantenida por gran parte de la doctrina, por lo que, si no existe contrato, no puede hablarse tampoco de autocontratación; que en la escritura calificada se testimoniaron parcial y brevemente, pero en forma suficiente, los particulares pertinentes de la escritura fundacional de «Fomento de Negocios, S. A.», así como la de nombramiento de Administrador, de 11 de enero de 1974; que si a pesar de ello el Registrador considera indispensable el testimonio íntegro de esta última escritura, la nota debería de ser de suspensión y la calificación de la falta de subsanable, y con mayor razón teniendo en cuenta que una hipotética extralimitación de facultades del Administrador único sería también subsanable por acuerdo de la Junta general; que en cuanto al segundo defecto señalado en la nota cabe alegar que los artículos 71 y 73 de la Ley de Sociedades Anónimas y el 102, h), del Reglamento del Registro Mercantil no fijan número mínimo de miembros para el Consejo, por lo que es admisible cualquier pluralidad; que en el mismo sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina; y que la sentencia de 20 de abril de 1960, que se cita en la nota, es poco explícita y no tiene el sentido general que se le quiera dar, sin que el supuesto que contempla coincida exactamente con el del caso que nos ocupa.

El Registrador dictó acuerdo, manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que es indudable que nuestro derecho positivo vigente califica, por definición, a la Sociedad como un contrato (art. 1.665 del Código civil), reiterando tal calificación en los artículos 1.668, 1.676, 1.679, 1.692 y otros del mismo Cuerpo legal; que en el mismo sentido se manifiesta el Código de Comercio (arts. 116, 117, 119 y 121) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto anterior como posterior a la Ley de Sociedades Anónimas (sentencias de 22 de abril de 1958, 3 de diciembre de 1959, 24 de junio de 1960 y 11 de diciembre de 1965, entre otras); que el defecto señalado es insubsanable por estar viciadas de nulidad las declaraciones de voluntad emitidas, a tenor del artículo 4.º del Código civil; que en relación al segundo de los defectos, y a pesar de la elasticidad de los artículos 71 y siguientes de la Ley, del contenido de los mismos se deduce claramente la intención del legislador de excluir el sistema de administración en régimen de pura mancomunidad, deduciéndose asimismo que la esencia del sistema de administración por Consejo radica precisamente en la colegialidad o adopción de acuerdos por mayoría, hasta el punto de que las disposiciones legales serían de imposible aplicación en la hipótesis

de que, integrado el Consejo por dos únicos miembros, fuera necesaria la actuación unánime (así, el art. 73, 2.º; art. 77 y art. 79); que el artículo 78 de la Ley establece, con carácter imperativo, el régimen de mayorías para la constitución del Consejo y la adopción de acuerdos, régimen absolutamente inviable en la hipótesis de dos únicos consejeros; que es indudable que la expresión «varias personas» del artículo 73 de la Ley se refiere a la existencia de más de dos, pues habitualmente el término «varios» se utiliza para expresar pluralidades superiores a dos seres; que la sentencia de 20 de abril de 1960 adopta como uno de los fundamentos del fallo «la imposibilidad de alcanzar la mayoría exigida por la Ley», lo que hace innecesarias otras consideraciones.

Y la Dirección General confirma únicamente el primero de los defectos incluidos en la nota, en base a la siguiente doctrina:

*Doctrina de la Dirección.*—Son dos las cuestiones a examinar en este recurso: una primera, relativa a la posible existencia de una autocontratación al constituirse la Sociedad, y la segunda, que hace referencia a si puede crearse un Consejo de Administración compuesto únicamente por dos miembros.

En cuanto a la primera cuestión, es de observar que si uno de los futuros socios comparece en la escritura de constitución de la nueva Sociedad no sólo en nombre propio, sino también en representación de una Sociedad, en la que su objeto social es crear Sociedades o participar en las ya creadas, mediante aportación de capital o de servicios de asesoramiento, y, como Administrador único, se encuentra facultado para estos actos, por estar dentro del giro y tráfico de la Empresa—artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas—, es indudable que se produce una situación en la que puede existir una contradicción de intereses y el consiguiente peligro de que se vea afectada la Entidad representada por una actuación abusiva de quien obra en nombre de intereses diversos, lo que hace necesario el conocimiento y la autorización de dicha Entidad, pues de lo contrario se estaría ante un supuesto de autocontratación, no permitido en nuestro derecho.

No parece oportuno examinar la naturaleza jurídica del acto de constitución de una Sociedad, ya que, a efectos de este recurso, es totalmente indiferente el que tal acto sea o no un contrato, pues no cabe encuadrar la figura de la autocontratación en tan pequeño campo, y que no puede aplicarse, por tanto, a otro tipo de negocio jurídico, ya que no hay que olvidar que, al emitirse por una misma persona dos declaraciones de voluntad, una en nombre propio y otra en nombre ajeno, se está ante un juego de intereses, y que lo que se trata, a través del correctivo de la autocontratación, es el de delimitar los poderes del representante para evitar un perjuicio a los intereses de su representado, sin la aprobación o consentimiento de este último.

En cuanto al segundo de los defectos, no deja de resultar un tanto extraño la posible existencia de un Consejo de Administración compuesto únicamente por dos miembros, dadas las dificultades con que ha de tropezar para su constitución y funcionamiento, que podría llevar a una paralización de la Sociedad por falta de funcionamiento de este órgano social y, aunque pudiera soslayarse alguno de los inconvenientes apuntados, verbigracia pactando en los Estatutos la concesión de voto dirimente, en caso de empate, al Presidente, siempre resultará difícil cumplir la norma

de constitución del Consejo—artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas—cuando uno de los dos componentes no quiera aceptar la propuesta del que tiene voto de calidad.

No obstante los inconvenientes prácticos señalados, no hay duda que nuestra Ley no prohíbe la existencia de un Consejo de Administración de este tipo, sino que, por el contrario, la presupone, dados los términos de los artículos 73 de la misma y del 102, h), del Reglamento del Registro Mercantil, lo que unido al principio general de autonomía de la voluntad, sancionado en el artículo 1.255 del Código civil, fundamental en esta materia, obligan a no tomar en consideración el defecto discutido.

COMENTARIO.—Son dos los defectos señalados en la nota de calificación, y la Dirección General confirma la existencia del primero, denunciador de la autocontratación, y revoca el segundo—Consejo de Administración compuesto únicamente por dos miembros—, sentando doctrina en el sentido de que, pese a los inconvenientes prácticos de esta figura, nuestra Ley no prohíbe la existencia de un Consejo de este tipo.

La cuestión relativa al número mínimo de puestos en el Consejo de Administración no es nueva, ya que en torno a ella se han pronunciado, por lo general en el sentido afirmativo precisado por la Dirección, un amplio sector doctrinal, guiado siempre, a nuestro juicio, por la necesidad de atemperar las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas a las sociedades familiares, que, pese a ser muy numerosas, en la práctica carecen de regulación específica en nuestro derecho positivo. Precisamente, la Resolución que antecede se dicta respecto de una Sociedad anónima de tres socios fundadores y en cuyos Estatutos se pacta la existencia de un Consejo con un mínimo de dos Consejeros. También es cierto que el problema apuntado ha perdido ya o va a perder en fecha próxima toda su actualidad, caso de que prospere el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas que, siguiendo las directrices del derecho comparado europeo, exige en su artículo 89, como una de las formas del órgano de administración, la existencia de un Consejo integrado por un mínimo de tres y un máximo de doce miembros. Sin embargo, esta circunstancia no impide esbozar un breve comentario, al menos respecto de las motivaciones que pueden haber influido en los redactores del Anteproyecto, para restablecer con claridad el principio de que «tres forman Consejo, y de que dos actúan solidariamente o por unanimidad».

En la vigente Ley de Sociedades Anónimas, la administración puede revestir las siguientes formas: no colegiada—confiada a un administrador único o a varios administradores solidarios—, colegiada—centrada en el Consejo de Administración—o en la combinación de las dos anteriores modalidades. La forma de administración colegiada se exige cuando la administración se confíe conjuntamente a varias personas; éstas no actúan mancomunadamente, es decir, de forma conjunta y simultánea, como ocurre en derecho civil, sino mayoritariamente, de forma colegiada, para el régimen de adopción de acuerdos.

Para que pueda tener lugar la actuación del Consejo, la Ley de Sociedades Anónimas exige el cumplimiento de dos requisitos: 1. Que concurran a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes. 2. Que los acuerdos se adopten por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes. Examinemos la posibilidad de cumplimiento de estas normas cuando el Consejo esté constituido solamente por dos miembros.

En primer lugar, el artículo 73 habla de «varias personas» para la válida constitución del Consejo. En su acepción gramatical «varios» es equivalente a «algunos», «unos cuantos» que presuponen siempre más de dos. Prescindiendo de este defecto gramatical surge el obstáculo jurídico representado por el artículo 83, que referido a un Consejo de dos miembros habría de entenderse del siguiente modo: 1. Que concurren a la reunión todos sus componentes. 2. Que los acuerdos se adopten por unanimidad. Es evidente que un pacto estatutario de este tenor no tendría acceso a ningún Registro Mercantil, pues contradice abiertamente todos los preceptos de la ley referidos al Consejo de Administración. Pero hay más: si se concede, como indica la Dirección, voto de calidad a uno de los miembros del Consejo, nos encontraríamos en caso de discrepancia de los consejeros, con un Consejo que o no se constituye o que si lo hace, el solo voto de calidad de uno de sus miembros sería decisivo. Para estos casos es evidente que está la figura del administrador solidario prevista en la propia ley.

En resumen, el principio deliberante es esencial para la actuación colegiada y ésta resultará ilusoria si no se exige un mínimo de pluralidad superior a dos, pues éste constituye un número insuficiente para los casos de discrepancia. Existen en la actuación del Consejo dos campos netamente diferenciados: el de la reflexión y deliberación, necesariamente colectiva y superior a dos, y el de la ejecución, que puede encomendarse a uno.

E. F. C.