

RESOLUCIONES COMENTADAS

A cargo de V. JOSE CASTILLO TAMARIT

COMENTARIO A LAS RESOLUCIONES DEL 9, 11 Y 13 DE JUNIO DE 1980

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha sorprendido, a mí al menos, agradablemente con las Resoluciones del 9, 11 y 13 de junio del presente año, las cuales queremos comentar en este trabajo.

El supuesto de hecho de las mismas gira —además de otros temas secundarios— en orden a la posibilidad de nombrar administradores de una S. A. por plazo superior a cinco años.

En efecto, la Resolución de 11 de junio se produce como consecuencia de dar nueva redacción a uno de los artículos de los Estatutos de una S. A., que queda redactado de la siguiente forma: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72, los Consejeros son por tiempo indefinido, y cesan por dimisión o destitución de la Junta General»; lo mismo acaece con la de 9 de junio, en la que los Estatutos dicen: «La fijación del número de Consejeros, su nombramiento, remoción o reelección, compete a la Junta, sin más limitaciones que las legales y sin que los presentes Estatutos limiten temporalmente la vigencia del cargo»; y finalmente, la Resolución de 13 de junio es consecuencia de una escritura de constitución de una S. A., en cuyos Estatutos no se limitaba el plazo de duración de los administradores designados en un momento posterior al acto constitutivo.

Pues bien, en los tres casos, el Registrador de la Propiedad, como se esperaba, deniega la inscripción por entender que son inadmisibles los nombramientos de administradores por plazo superior a cinco años. Y, también, en los tres casos, la Dirección General revoca la nota del Registrador y admite la inscripción; y la admite en base a una serie de razones que pasamos a comentar; razones que, en términos análogos, se reproducen en las tres Resoluciones citadas.

I. EL SILENCIO DE LA LEY Y EL ARTICULO 72

El primer motivo en que se basa la Dirección para admitir la inscripción se funda en la idea de que el artículo 72 de la L. S. A. se refiere a un supuesto concreto, cual es el de los administradores designados en el acto constitutivo, los cuales no podrán ejercer su cargo por tiempo superior a cinco años; guardando silencio sobre los demás administradores, a los que la ley no sujeta a límite temporal alguno.

A nuestro juicio, tal afirmación —que es incuestionable— no pasa de ser un mero obiter dicta, a la manera de un punto de partida que conduzca a la solución propugnada, pues es indudable que el hecho de que la ley guarde silencio sobre los administradores no designados en el acto consti-

tutivo, sin más, no prueba nada ni dice nada en favor de la no aplicabilidad del plazo de cinco años a tales administradores. Por eso se hace necesario buscar argumentos o razones que nos lleven a afirmar la no sujeción a plazo de los administradores no designados en el acto constitutivo, con lo que el silencio legal tendrá auténtico significado. Y a la búsqueda de tales razones se introduce la Dirección General a partir del segundo Considerando de las Resoluciones que se comentan, con lo que se entra en «ratio decidendi».

En efecto, en primer lugar la Dirección General nos dice que: «El silencio de la ley —en tema de administradores no designados en el acto constitutivo— no puede presumirse que sea involuntario, dada la redacción del Anteproyecto, que sirvió de base a la ley, que preveía un plazo y fue suprimido.» Esta afirmación implica una llamada a los antecedentes legislativos del problema, elemento de interpretación previsto en el artículo 3,1 Código civil. Pero, a nuestro juicio, la Dirección General se queda corta, pues, aparte de los antecedentes legislativos, se hace necesario tener en cuenta los demás elementos y medios de interpretación previstos en el Código civil, pues pudiera suceder que acudiendo al contexto o al espíritu o finalidad de la norma o a la realidad social, la conclusión fuese contraria a la facilitada por el Anteproyecto de ley; pero, como ya expusimos en otra parte, la conclusión basada en los antecedentes legislativos es reafirmada por los demás medios previstos en el Código civil, y ello en base a lo siguiente:

1. El artículo 72, interpretado según el sentido propio de sus palabras, sólo se refiere a los administradores nombrados en el acto constitutivo.

2. Si tenemos en cuenta la ratio del precepto, habrá que concluir que la misma no es otra que «evitar el enquistamiento de los primeros administradores que nombrados por los socios fundadores pueden suponer una actuación permanente, en detrimento y perjuicio de los futuros socios. Ello se evita limitando el periodo de su posible actuación, a cuyo fin responde el artículo 72» (Resolución de 8 de junio de 1972).

Y esto mismo afirma la Resolución de 9 de junio, al decir que «el diferente trato legal se justifica porque la ley trata de evitar que una interpretación equivocada pueda otorgar mayor estabilidad y permanencia al administrador nombrado en el acto constitutivo».

3. Si nos acogemos a la realidad social, ésta pone de manifiesto la posibilidad de tales nombramientos, además de que la solución contraria nos conduciría a la temática de los administradores de hecho e iría en contra, sobre todo, de las sociedades familiares o cerradas.

4. Y en cuanto a la interpretación sistemática, ésta, como veremos en breve, nos conduce a la misma solución.

Todo esto nos conduce, y así lo hace la Dirección General, a negar la aplicación del artículo 4,1 C. c., y ello no sólo por todo lo expuesto, sino también porque, como señala la Resolución de 11 de junio, en su Considerando quinto, «sobre la limitación temporal que rige en el Derecho comparado y recoge el Anteproyecto, hay que decir que al exigirse en éstos para crear una S. A. una cifra mínima de capital, queda fuera de su alcance

la pequeña sociedad, lo que no sucede en la ley vigente, en donde al estar englobadas en una sola regulación tanto la gran sociedad como la pequeña, no se quiso entorpecer la vida social de éstas últimas, con limitaciones que no estarían justificadas y que serían diferentes de las que están establecidas para las limitadas (artículos 12 y 17), colectivas (artículo 132) y comanditarias (artículo 148).

En segundo lugar, la Dirección General afirma que «sólo a los administradores designados en el acto constitutivo señala el artículo 72 la posibilidad de reelección, lo que es congruente con el precepto, ya que sólo sobre ellos pesa el día fatal propio de la caducidad». Sobre tal afirmación conviene efectuar unas breves puntualizaciones.

Por una parte, decir que sólo sobre los administradores designados en el acto constitutivo pesa el día fatal propio de la caducidad es inexacto y aventurado, y ello por lo siguiente:

a) En primer lugar, para realizar tal afirmación hay que probar antes que la limitación de plazo sólo se aplica en el supuesto previsto en el artículo 72; prueba que, con lo expuesto, no es concluyente.

b) Y, en segundo lugar, porque el día fatal propio de la caducidad también se produce cuando los Estatutos o la Junta General establecen un plazo de duración del cargo de administrador.

Por otra parte, decir que sólo a los administradores designados en el acto constitutivo se refiere la posibilidad de reelección, puede inducir a interpretaciones equivocadas que no estimo estuvieran en el ánimo de la Dirección General; y ello porque, a nuestro juicio, la reelección es un principio general de la L. S. A., que debe predicarse en cualquier supuesto de nombramiento de administradores, pues no hay que olvidar que, aunque no se establezca un plazo de vigencia del cargo de administrador, la Junta general puede en cualquier momento separar a tales administradores que, no obstante ello, pueden ser reelegidos.

Ahora bien, forzoso es reconocer que la Dirección General matiza aquella opinión al decir que «la reelegibilidad no supone que la única causa de su procedencia sea haber un plazo de caducidad».

II. EL ARTICULO 73 DE LA L. S. A.

El segundo motivo en que se basa la Dirección para admitir el plazo indefinido se encuentra en el artículo 73 de la L. S. A. En efecto, se nos dice —Resolución 9 de junio— que «la ratio del artículo 73 de la Ley no es otra que impedir que la sociedad quede sin órgano de administración, lo que sucedería si todos los administradores cesasen a la vez, pero sin que la renovación parcial implique que todos los nombramientos han de caducar en un plazo determinado, pues la renovación sólo procede cuando por ley o Estatutos o por acuerdo de la Junta haya un plazo»; también se nos dice —Resolución de 11 de junio— que «el artículo 73 no comporta limitación temporal al cargo ni ésa es la ratio del precepto que se limita a exigir que, en caso de renovación, ésta debe ser parcial, exigencia que a su vez debe ser objeto de interpretación adecuada para compatibilizarla con el artículo 75».

A nuestro juicio, la Dirección General acierta plenamente en la auténtica ratio del precepto, poniendo fin a interpretaciones favorables a la limitación del plazo. En efecto, se había señalado que si la ley exige la renovación parcial del Consejo, ello supone que el plazo de vigencia del cargo de administrador debe ser limitado, pues en caso contrario no habría renovación. Frente a esta interpretación la Dirección señala:

a) Que la ratio del artículo 73 es impedir que la sociedad, en un momento determinado, quede sin órgano de administración, lo que sucedería si todo el Consejo cesase a la vez.

b) Que el artículo 73 sólo exige que, cuando proceda, la renovación sea parcial; renovación que procede cuando por ley, Estatutos o acuerdo de la Junta se haya señalado plazo.

Con esta afirmación, la Dirección General se adhiere a un amplio sector doctrinal que señala que la renovación parcial sólo es obligatoria en los supuestos antes señalados. Para nosotros es dudosa la idea de que la renovación parcial del Consejo es siempre obligatoria —aun en los casos mencionados—, pues del artículo 73 de la ley tan sólo se deduce que lo que es obligatorio es el carácter parcial de la renovación, mas no el hecho mismo de la renovación. Frente a esto, no cabe argüir —a nuestro juicio— que con tal interpretación la sociedad podría quedar paralizada al quedarse sin órgano de administración, y ello porque la renovación parcial sólo funciona cuando hay Consejo, pero no en los demás supuestos de administración, además de que el cese total de los administradores no debe implicar una paralización de la vida social, bien por aplicación de la doctrina emanada de la Dirección General en tema de administradores con plazo caducado (Resoluciones del 24 y 30 de mayo de 1974), o bien confiando a la Junta la administración interina de la sociedad.

c) Y, finalmente, que la exigencia del artículo 73 debe compatibilizarse con el artículo 75. Con esta afirmación la Dirección hace hincapié en la idea de que no cabe confundir el principio de renovación parcial con el de libre separación de los administradores por la Junta general, distinción puesta de relieve por la totalidad de la doctrina y por la Dirección (Resolución de 11 de febrero de 1970).

III. PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LAS MINORIAS

En último lugar la Dirección se enfrenta con un argumento que, a primera vista, impresiona.

En efecto, es tradicional en la doctrina basar la inadmisibilidad de los nombramientos de administradores por plazo indefinido en la representación proporcional de los miembros del Consejo de Administración, proclamado en el artículo 71 de la ley. Esto es, se nos dirá que si el cargo de administrador pudiera tener carácter indefinido se vaciaría de contenido lo dispuesto en el artículo 71, con evidente lesión del derecho de las minorías.

Pues bien, la Dirección General se hace cargo del argumento y nos dice que «la ausencia de plazo no elimina el derecho de las minorías a obtener el nombramiento de vocal en el Consejo, ya que pueden ejercitarlo tanto al crearse la sociedad como cuando se renueve el Consejo, aunque es cierto que gozan de menos posibilidades de ejercitarlo si los Estatutos no limitan el plazo, pero aparte las dificultades para aplicar este derecho, sólo en los casos concretos en que se plantea surge tal derecho, y que tanto si hay o no plazo puede el derecho quedar conculcado por acuerdo de la Junta, en virtud del artículo 75».

A nuestro juicio, la afirmación de la Dirección General es correcta en términos generales, pero conviene que la examinemos con algún detenimiento.

Por lo pronto, hay algo que late en el Considerando transcrito, y ello es que en realidad no estamos en presencia de un auténtico derecho (yo lo he denominado pseudoderecho o derecho disminuido); en efecto, la Dirección nos dice que «tanto si hay o no plazo puede el derecho quedar conculcado por acuerdo de la Junta en uso de las facultades que le confiere el artículo 75». A primera vista, la afirmación es de un atrevimiento supino; en efecto, decir tan alegremente que estamos en presencia de un derecho y que el mismo puede ser lesionado en cualquier momento por la Junta, puede implicar una de dos: o que no existe un auténtico derecho, o que existiendo el derecho, éste no recibe por el ordenamiento jurídico una tutela adecuada.

En realidad, creemos que la Dirección, además de no haber sopesado su afirmación, se ha quedado a medio camino.

En efecto, si entendemos que el artículo 71 de la ley concede a las minorías un auténtico derecho, se hace necesario armonizar el artículo 71 con el 75 de la ley; en este sentido se pronuncia GARRIGUES, entendiendo que el administrador designado por la minoría sólo puede ser separado por la Junta general si hay justa causa. Esto, no obstante, sabido es que ni la doctrina ni la Jurisprudencia establecen limitaciones al derecho de la Junta para separar a los administradores; por ello, hubiese sido una buena ocasión, la presente, para que la Dirección General estableciese correcciones a tal derecho.

Si todo ello es así, creemos que la Dirección General lo que ha señalado es que —como ya dijimos— el pretendido derecho no es tal; lo que ocurre es que las Resoluciones no han explicado en profundidad las razones para tal afirmación; y, a nuestro juicio, la misma se puede basar en los siguientes argumentos, que exponemos en síntesis, pues ya los hemos analizado en otra ocasión:

a) El sistema de representación proporcional sólo funciona cuando hay Consejo, pero no en otros supuestos de administración pluripersonal. Y tan digna de protección es la minoría con Consejo que sin Consejo.

b) La Junta general puede limitar el pretendido derecho por la facultad que la ley le concede de concretar el número de administradores.

c) Estamos en presencia de un derecho irrevocable y no ante un derecho irrenunciable. Es decir, el artículo 71 se dirige a los accionistas pre-

sentes, que son los únicos que gozan de un interés protegido por la norma, y no a los futuros e invisibles socios.

De esta idea se hace eco, de forma más o menos clara, la Dirección General cuando señala que «sólo en los casos concretos en que se plantea surge tal derecho..., que pueden ejercitar al crearse la sociedad o cuando se renueve el Consejo de Administración».

d) Y porque —como ya se ha dicho— la facultad que a la Junta general concede el artículo 75 es ilimitada. En tal sentido, y como botón de muestra, recordemos que la Dirección ha dicho no sólo que la Junta general puede separar a los administradores sin que el tema esté incluido en el orden del día, sino que la misma Junta puede proceder al nombramiento de nuevos administradores.

IV. CONCLUSION

Al principio del presente comentario dijimos que las Resoluciones estudiadas nos habían sorprendido agradablemente. Y ello se debe a que, a nuestro juicio, la realidad del derecho vivo de sociedades, y la realidad del tráfico jurídico mercantil, imponen la admisibilidad de los nombramientos de administradores por plazo indefinido.

En este sentido nos congratulamos con la Dirección General, aunque no podemos silenciar que —como hemos visto a lo largo del presente trabajo— las Resoluciones se quedan, a veces, a medio camino, sin profundizar en sus alegaciones, dejando algunos puntos en la penumbra; y esa profundización hubiese sido necesaria no sólo por rigor, sino porque, como es conocido, el T. S., en sentencia de lo de junio de 1978, de forma clara y rotunda, negó la validez de los nombramientos de administradores por plazo indefinido.

V. JOSÉ CASTILLO TAMARIT,

Notario