

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

9655 *Resolución de 31 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles IV de Valencia a inscribir un acuerdo de designación de administrador, por cooptación, de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don Javier Máximo Juárez González, notario de Valencia, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles IV de Valencia, don Luis Orts Herranz, a inscribir determinado acuerdo de designación de administrador, por cooptación, de la sociedad «Thyssen Ros Casares, S.A.».

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia, don Javier Máximo Juárez González, el día 4 de abril de 2014, número 449 de protocolo, se eleva a público el acuerdo adoptado por tres integrantes del consejo de administración de la sociedad «Thyssen Ros Casares, S.A.» por el que se designa consejero por cooptación. Se hace constar que tales consejeros constituyen la totalidad de los miembros del consejo con cargo vigente.

II

El 15 de mayo de 2014 se presentó en el Registro Mercantil de Valencia copia autorizada de dicha escritura, y el 21 de mayo de 2014 fue objeto de calificación negativa emitida por el registrador don Luis Orts Herranz, que a continuación se transcribe en lo pertinente: «Luis Orts Herranz, Registrador Mercantil de Valencia, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: Hechos:... Fundamentos de Derecho (Defectos) 1. Si bien el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye al Consejo de Administración la facultad de nombramiento de administradores por el sistema de cooptación, así mismo, de conformidad con el artículo 247.1 de dicha ley, para la válida constitución del Consejo se requiere la presencia de la mayoría de sus vocales y resultando de los asientos registrales —inscripción 24ª de la hoja de esta sociedad— que el consejo de administración está constituido por seis miembros, en el presente supuesto la válida constitución del mismo requiere la presencia de al menos cuatro miembros, no habiéndose acreditado que se haya modificado el correspondiente artículo estatutario. Téngase en cuenta en este sentido la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, especialmente en RR de 14 de febrero de 1997 y 15 de octubre de 2012: En la primera de ellas se señala claramente que no cabe considerar válidamente efectuado el nombramiento de administradores por el sistema de cooptación cuando el número de los componentes del consejo que quedan y hacen la elección no llega a la mitad más uno; en la segunda rechaza también con claridad la posibilidad de que el quórum de constitución del consejo de administración se determine en función del número de vocales con cargo vigente, prescindiéndose de los que hayan cesado por cualquier causa, pues la mayoría exigida sólo puede ser referida al número de vocales previsto en los estatutos. Defecto de carácter subsanable. Se han cumplido en su integridad los trámites previstos en el artículo 18 del Código de Comercio y 6 y 15 del Reglamento del Registro Mercantil. Asimismo, como ha manifestado la Dirección General

de los Registros y del Notariado reiteradamente, no puede desconocerse a tales efectos la independencia que tiene cada Registrador al ejercitar su función calificadora bajo su propia exclusiva responsabilidad conforme al citado art. 18 del Código de Comercio (RDGRN de 5 de julio de 2011). En relación con la presente calificación (...) Valencia, a 21 de mayo de 2014. El Registrador N.º IV. Fdo.: Luis Orts Herranz».

La calificación se notificó al notario autorizante el 22 de mayo de 2014.

III

El día 29 de mayo de 2014, el notario autorizante, don Javier Máximo Juárez González, interpuso recurso contra la anterior calificación, mediante escrito que a continuación se transcribe, en lo que interesa: «...C) Hechos 1. Antecedentes de la escritura objeto de calificación desfavorable. Son de destacar a los efectos de un correcto planteamiento de la cuestión, los siguientes: a) De acuerdo a los estatutos inscritas en el Registro Mercantil de la sociedad a la que se refiere el documento notarial: Su artículo 29, primer párrafo, determina que «El Consejo de Administración se compondrá de un número de miembros no inferior a tres ni superior a siete». Su artículo 27, letra a) establece que «Son atribuciones de las Juntas Generales Ordinarias: a) Proceder a la renovación del Consejo en la forma que previenen estos estatutos y la Ley Especial y cubrir definitivamente las vacantes que en el mismo ocurran». Su artículo 31 dice que: «El Consejo de Administración podrá hacer nombramientos provisionales para cubrir las vacantes que se produzcan, sometiéndolo a la primera Junta General Ordinaria que se lleve a efecto. El Consejero designado por el Consejo, conforme al presente artículo, deberá tener la cualidad de accionista». Su artículo 33, en su párrafo primero, reza: «Para que el Consejo de Administración pueda tomar acuerdos, será preciso que concurran a la reunión la mitad más uno de sus miembros». b) La situación del Consejo de Administración de la sociedad a la adopción del acuerdo objeto de elevación a público es la siguiente: Por la Junta General de fecha 3 de mayo de 2012, se procedió al nombramiento de 6 miembros del Consejo de Administración, y en dicha misma fecha por reunión en su seno del Consejo de Administración, se distribuyeron los cargos entre los nombrados, causando la inscripción 39 en la hoja de la sociedad. Por sendas dimisiones o renunciaciones, casi simultáneas (25 de octubre y 31 de octubre de 2013), de los 6 miembros del Consejo, tres de ellos notifican a la sociedad su dimisión o renuncia, siendo inscritas las mismas en el Registro Mercantil. II. Escritura objeto de calificación desfavorable... III. A dichos hechos son aplicables los siguientes D) Fundamentos de Derecho. 1. La cuestión planteada se circunscribe a determinar si dicho acuerdo de nombramiento por cooptación es válido e inscribible en cuanto que es adoptado por todos los miembros del Consejo de Administración con cargo vigente en número de tres de los seis nombrados por la Junta General, entre una horquilla o número establecido en los estatutos sociales mínimo de 3 y máximo de 7, conforme al artículo 29 de los estatutos sociales inscritos y que en este punto se ajustan plenamente al art. 23, letra e) del TR de la LSC. II. En primer término debe ponderarse que teniendo el procedimiento de nombramiento por cooptación en el Consejo de Administración, carácter excepcional, en cuanto sustrae a la competencia de la junta el nombramiento de administradores; lo cierto es que tiene fundamento normativo —art. 244 TR de la LSC— y en este caso también estatutario —art. 31 antes transcrito—, además de tener los nombramientos carácter provisional o interino. Su razón de ser estriba precisamente en impedir la acefalia o inoperatividad del órgano de administración con el consiguiente perjuicio para el desenvolvimiento de la sociedad. Y exactamente se contempla en nuestro derecho positivo para las sociedades anónimas, pues por su propia tipología social el legislador presume que es mucho más complejo el adoptar con urgencia medidas más asequibles para sociedades en principio más reducidas, como las sociedades limitadas. En consecuencia, tiene por finalidad primordial dicha institución el asegurar el funcionamiento del Consejo de Administración ante circunstancias sobrevenidas extraordinarias, como en el caso presente en el que de los seis Consejeros nombrados por la Junta, tres presentan su dimisión de manera prácticamente simultánea. Así, si el ámbito de aplicación del

nombramiento por cooptación, queda reducido a supuestos en que el Consejo de Administración no corre riesgo de devenir inoperativo, la institución misma queda desnaturalizada, hueca y vacía de contenido. III. De acuerdo a los estatutos sociales inscritos —por lo que gozan de presunción de legalidad, exactitud y oponibilidad respecto de terceros— en concreto el artículo 33, que en su párrafo primero, literalmente dice «Para que el Consejo de Administración pueda tomar acuerdos, será preciso que concurren a la reunión la mitad más uno de sus miembros». A la sesión en la que se adopta el acuerdo, concurren la totalidad de sus componentes y además en un número que se ajusta al mínimo establecido en los estatutos sociales (art. 29). Al respecto debe traerse a colación la definición que realiza la RAE de la Lengua de «miembro»: «Individuo que forma parte de un conjunto, comunidad o cuerpo moral». Obviamente, los que voluntariamente renunciaron a su cargo y dicha renuncia se ha inscrito en el registro mercantil han dejado de pertenecer al órgano de administración a todos los efectos. Por tanto, es claro que, al menos estatutariamente, el Consejo quedó válidamente constituido para adoptar el acuerdo elevado a público. En este sentido, hay que reparar en que la calificación del registrador expresamente dice que «la mayoría exigida sólo puede ser referida al número de vocales previsto en los estatutos». Se puede plantear si el dicho artículo 33 de los estatutos s contrario a la legislación imperativa que rige las sociedades anónimas. Al respecto, siendo cierto que la redacción vigente del art. 247.2 del TR de la LSC difiere del art. 139 de la antigua LSA (este último se refiere a la mitad más uno de sus «componentes» y el del vigente TR a «la mayoría de los vocales»), por su propia naturaleza de TR no parece que pueda considerarse derogado de manera sobrevenida el artículo de los estatutos sociales, además de que, por ejemplo, el primer párrafo del art. 171 del TR de la LSC se refiere expresamente a «miembros», con lo que despeja cualquier duda interpretativa al respecto. Pero además, el hecho de vacantes en el Consejo de Administración que supongan la mitad del Consejo nombrado, no supone que de manera absoluta el mismo quede paralizado, inerte o incluso inexistente y más en un caso como el presente, en el que subsisten con cargo vigente tres de los seis integrantes del Consejo de Administración. Al respecto debe citarse el art. 141.1 del Reglamento del Registro Mercantil, que a continuación de los artículos del mismo referidos al nombramiento ordinario, por cooptación y por el sistema proporcional, presupone la viabilidad del nombramiento por cooptación y la capacidad de los que mantienen el cargo vigente para «cubrir» las vacantes del Consejo, al establecer que «el órgano de administración no quedará válidamente constituido mientras no hayan aceptado un número de administradores que permita su actuación efectiva». Tal previsión reglamentaria carecería de sentido referida al sistema de nombramiento por cooptación de aceptar la posición sustentada por la calificación registral. IV. De otra parte, la nota de calificación registral cita dos resoluciones. Por lo que se refiere a la resolución invocada en la nota de 15 de octubre de 2012 debe señalarse que la misma está referida a un supuesto completamente distinto del objeto de controversia por el presente recurso y además referido a sociedades limitadas, donde queda excluido el nombramiento por cooptación en el Consejo de Administración. Mas sí que atinadamente, pues es precisamente de las escasas a que se refiere estrictamente al nombramiento por cooptación, se reseña la resolución de la DGRN de 14 de febrero de 1997. Debe indicarse en primer término la propia «inseguridad» de la resolución, que en su segundo párrafo del fundamento de derecho segundo dice «parece necesario». Pero además, de la misma, tal y como la comenta e interpreta P. («Comentarios...» y «La Sociedad...»), para que —conforme ya antes se ha apuntado— la previsión legal de la cooptación no quede inútil el hoy párrafo segundo del art. 247 del TR de la LSC y el propio precepto estatutario inscrito, deben interpretarse atendiendo a que la sesión del Consejo de Administración que procedió al nombramiento por cooptación era plenamente válida, eficaz y el mismo inscribible en cuanto que, conforme a los estatutos sociales antes transcritos, a la misma asistieron tres consejeros y adoptaron por unanimidad dicho nombramiento. Dichos tres consejeros suponen la totalidad del número mínimo exigido en los estatutos sociales inscritos para la constitución del Consejo de Administración. V. Por todo ello y recapitulando, con pleno

respeto a la calificación registral, por este notario, se considera que debe revocarse la misma, por los argumentos expuestos, que se sintetizan en los siguientes: a) La propia razón de ser de la institución del nombramiento por cooptación y la relevancia que le otorga el ordenamiento jurídico a la misma (arts. 244 del TR de la LSC, 139 y 141 del RRM). b) La plena vigencia de los estatutos sociales, que establece en tres el número mínimo de miembros del Consejo de Administración (art. 29), a los que se refiere la propia calificación registral como límite para la funcionalidad del sistema de nombramiento por cooptación; así como el propio art. 33 de los estatutos sociales, que se remite expresamente a «componentes». c) La propia excepcionalidad y transitoriedad del sistema de nombramiento por cooptación; que queda sujeta, conforme al citado art. 244 del TR de la LSC: «hasta que se reúna la primera junta general». Por lo que de manera alguna se violenta o se hurta a su competencia el nombramiento de los administradores. d) La extrema radicalidad que supone en una sociedad anónima el considerar absolutamente inexistente un Consejo de Administración que habiendo sido nombrado por la Junta General, queda en entredicho por la dejación de funciones de una parte de los en su momento integrantes del mismo».

IV

Mediante escrito de 5 de junio de 2014, el registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 23, 171, 211, 216, 225, 236, 242, 244, 245 y 247 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 139 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 141.1 y 147 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de febrero de 1997, 25 de mayo de 1998, 8 y 9 de junio de 2000, 6 de junio de 2002, 22 de julio de 2011 y 14 de febrero y 15 de octubre de 2012.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la designación de administradores de una sociedad anónima por el sistema de cooptación cuando el número de componentes del consejo de administración con cargo vigente que adoptan el acuerdo son tres de los seis que integran dicho órgano según los asientos registrales.

2. La necesidad permanente de que la sociedad esté dotada de un órgano de administración impone tanto su existencia como su capacidad de actuación y por ello la legislación dota a las sociedades de mecanismos para que así sea incluso cuando se dan situaciones especiales. De ahí que se prevea la posibilidad de la existencia de sustitutos y, en el caso de consejo de administración de sociedades anónimas, la designación de administradores por cooptación.

Esta Dirección General ha amparado la idea de que debe preservarse en la medida de lo posible el funcionamiento del órgano de administración en circunstancias especiales, pero no lo ha hecho incondicionalmente y en cualquier caso porque la protección del interés en mantener el funcionamiento del consejo no puede llegar al extremo de desnaturalizar su finalidad y estructura. Por este motivo y respecto de sociedades anónimas, ante la pretensión de inscribir acuerdos adoptados por consejos constituidos por un número de vocales inferior a la mitad más uno de los nombrados, este Centro Directivo ha considerado que no puede entenderse que exista como tal consejo si ni siquiera es posible reunir el mínimo legal que determina su válida constitución —la mitad más uno de sus componentes, presentes o representados, conforme al artículo 139 de la Ley de Sociedades Anónimas entonces vigente—, sin que sea posible admitir excepciones a esta regla general, so pena de correr un grave riesgo de vulneración de la voluntad social previamente manifestada por la junta en el momento de hacer la elección de los

consejeros (Resolución de 14 de febrero de 1997). En este contexto, cuando esta Dirección General ha considerado que la mera existencia de vacantes no debe considerarse obstáculo para la inscripción de acuerdos del consejo o de la comisión delegada lo ha hecho con la salvedad de que su existencia no impida el válido funcionamiento del órgano correspondiente (Resoluciones de 22 de julio de 2011 y 14 de febrero de 2012).

Bajo esta perspectiva cobra todo su sentido la previsión que hace el artículo 247.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que para la válida constitución del consejo de administración de una sociedad anónima exige que «concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales», y esta mayoría sólo puede estar referida, como resulta del precepto, al número previsto en los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento. Confirma esta interpretación el artículo 171 del mismo texto refundido que para el caso de cese de la mayoría de miembros del consejo de administración habilita a cualquier socio para instar la convocatoria judicial de junta, confirmando que el consejo no puede constituirse válidamente (como demuestra la equiparación que hace el propio precepto a la imposibilidad de funcionamiento de las otras formas de organizar la administración). De entenderse, como propone el recurrente, que esa mayoría se refiere a los vocales que tengan su cargo vigente el consejo podría reunirse válidamente incluso en el supuesto extremo de que sólo un vocal permaneciese en su cargo, en contra de lo que establece el artículo 242.1 de la Ley de Sociedades de Capital y los propios estatutos de la sociedad (el consejo de administración estará formado por un mínimo de tres miembros). Es obvio que una situación semejante implica una desnaturalización completa de la regulación del consejo de administración que no puede quedar amparada.

Así lo ha entendido este Centro Directivo en Resolución de 15 de octubre de 2012, que añade que, de producirse una sucesión de vacantes en el consejo que amenace su válida constitución corresponde a los consejeros subsistentes tomar las medidas para evitarlo en ejercicio de su deber de diligente administración (artículos 167 y 225 del texto refundido) y para evitar incurrir en responsabilidad para lo que el ordenamiento les dota de amplias facultades (artículo 171 segundo párrafo del mismo texto refundido). El incumplimiento de este deber no puede amparar una regulación que violenta los requisitos estructurales de válida constitución del consejo como no puede quedar amparado por el hecho de que los socios pueden impulsar la convocatoria de junta ya que el ejercicio de un derecho no justifica el incumplimiento de una obligación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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, 31 de julio de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.