

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 3311** *Resolución de 14 de marzo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles de La Rioja, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por don J. P. L., como apoderado de la compañía «United Wineries, S.A.», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Hechos

I

Por el notario de Madrid, don Ignacio Sáenz de Santa María Vierna, se autorizó, el día 29 de junio de 2015, escritura en la que compareció el secretario no consejero de la sociedad «United Wineries, S.A.» al efecto de elevar a público los acuerdos adoptados por la junta general en su reunión del día 28 de abril de 2015. Del certificado protocolizado a continuación de la emisión de la voluntad social, resulta que la junta fue convocada por acuerdo del consejo de administración de fecha 18 de marzo de 2015 con el siguiente orden del día: Ratificación de acuerdo de aumento de capital social y aprobación de los informes al efecto emitidos; ratificación de la modificación de los estatutos sociales en su artículo 5; toma de razón de la dimisión de don C. E. A. como miembro del consejo de administración; nombramiento de don C. E. A. como miembro del consejo y de la sociedad «Bodegas Lacort V, S. A.» para el caso de que aquél no acepte el cargo y de otro consejero para el caso de que éste no acepte el cargo; toma de razón de la dimisión de don G. N. R. S. y de don C. A. B. como miembros del consejo de administración, y nombramiento de don P. L. V. como miembro del consejo de administración y nombramiento de don J. P. L. como miembro del consejo de administración.

Del certificado resulta que en la fecha señalada se reunieron el 100 % de los socios que representan la totalidad del capital social, y que por mayoría del 73,74 % se aprobaron los acuerdos relativos a la renovación de cargos en el seno del consejo de administración.

Consta un segundo certificado relativo a la misma junta del que resulta que los acuerdos de ratificación del aumento de capital social, de aprobación de los informes presentados y de modificación del artículo 5 de los estatutos relativo al capital social, fueron aprobados con el mismo porcentaje expresado anteriormente.

Del contenido del Registro resulta:

a) Artículo 10 de los estatutos sociales: «El Consejo de Administración se compondrá de un número de consejeros no inferior a tres ni superior a diez. Para ser consejero no se precisará la cualidad de accionista. El nombramiento de los consejeros y la determinación de su número corresponden a la Junta General...».

Artículo 17 de los estatutos sociales: «...Quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión presentes o representados la mitad más uno de sus componentes y los acuerdos se tomarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, a salvo lo dispuesto en la Ley para la delegación de facultades y en los presentes estatutos...» (inscripción 58.^a).

b) De las decisiones del socio único adoptadas el día 17 de enero de 2014 resultan nombrados como miembros del consejo de administración don C. E. A., don C. A. B. y don

G. N. R. S. siendo el primero designado presidente en reunión subsiguiente del propio consejo (inscripción 58.^a).

c) El consejero y presidente, don C. E. A., renuncia a ambos cargos con fecha de efecto el día 28 de enero de 2015 (inscripción 60.^a).

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de La Rioja, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de La Rioja Notificación de calificación Dña. María Celia Meneses Martínez Bernal, Registradora Mercantil de La Rioja, 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 conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos Diario/Asiento: 39/1549 F. presentación: 01/07/2015 Entrada: 1/2015/2.864,0 Sociedad: United Wineries SA Autorizante: Sáenz de Santa María Vierna, Ignacio Protocolo: 2015/2361 de 29/06/2015 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Artículos 166, 169, 171.1 y 171.2 y 214, 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital, Resoluciones de 18 de septiembre de 2013, 26 de Febrero y 5 de junio de 2013 entre otras de la Dirección General de los Registros y del Notariado.–Al tratarse de una junta convocada por un órgano de administración incompleto según resulta de los libros del Registro Mercantil en su inscripción 58^a, que fija el número mínimo estatutario en tres miembros y poniéndolo en relación con la inscripción 60^a en la que figura inscrita la renuncia en su cargo del Consejero y Presidente del Consejo Don C. E. A., no es posible la convocatoria más que para el objetivo limitado y único de recomposición de dicho consejo (Artículo 171.2 LSC) por lo que no se practica operación alguna. Resulta de aplicación lo establecido en el artículo 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 171 párrafo segundo de la Ley de Sociedades de Capital en el sentido que solamente sería válida la convocatoria realizada por el Consejo y con ello la junta celebrada, para el limitado caso de que ésta se dirija exclusivamente al nombramiento del administrador que cubra la vacante producida. Así mismo, sólo sería válida dicha Junta si se acreditase el carácter Universal de la misma, pero de los documentos presentados a inscripción no puede deducirse tal carácter. En relación con la presente calificación: (...) Logroño, a 21 de octubre de 2015 (firma ilegible) La registradora».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. P. L., como apoderado de la compañía «United Wineries, S.A.», interpuso recurso, en virtud de escrito de fecha 18 de diciembre de 2015, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.–Existen determinados antecedentes, que se detallan, en los que debe enmarcarse la operación planteada. Acompaña al escrito de recurso diversos documentos que justifican dichos antecedentes; Segundo.–La calificación incurre en el error de considerar incompleto el consejo de administración que llevó a cabo la convocatoria de junta; De acuerdo con los artículos 242.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 124.1.d del Reglamento del Registro Mercantil, el número mínimo de miembros del consejo de administración es de tres consejeros, sin que de ello se deduzca la necesidad de que, en cualquier caso, tengan que estar presentes los tres para constituirse, y Según resulta de los estatutos de la sociedad y de los nombramientos llevados a cabo el día 17 de enero de 2014, el consejo de administración de la sociedad estaba compuesto por tres miembros, de donde resulta que, habiendo cesado uno de sus miembros, siguen existiendo más miembros en activo que vacantes, lo que permite la válida constitución del consejo; Tercero.–De conformidad con el artículo 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la válida constitución del consejo exige que estén presentes un número de vocales superior al de ausentes. La doctrina y jurisprudencia es unánime en que el cómputo debe hacerse en relación al número de vocales del consejo y así lo ha reconocido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de julio de 2014; de lo anterior resulta que un consejo de tres miembros en el que se produce una vacante, está válidamente constituido si concurren los dos

consejeros restantes, pues la mayoría se computa sobre el número total de consejeros designados por la junta, y así lo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, de fecha 25 de septiembre de 2006, en un supuesto de hecho idéntico; Cuarto.—La regla de mayoría del 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital busca, precisamente, evitar que la muerte o dimisión de algún miembro del consejo produzca su paralización; Quinto.—El artículo 141 del Reglamento del Registro Mercantil así lo confirma, al entender válidamente constituido el consejo cuando se hayan producido las aceptaciones necesarias; Sexto.—a la misma conclusión se llega por aplicación de la doctrina de la resistencia consagrada por el Tribunal Supremo (con cita de la Sentencia de 15 de enero de 2014), de la que resulta que, si tras sustraer del «quórum» exigible los votos irregularmente atribuidos, el cómputo de votos restantes es suficiente para alcanzar el «quórum» exigible, la junta está válidamente constituida, y Aplicando dicha doctrina al supuesto de hecho, aunque el consejero cesante hubiera comparecido y votado en contra de los acuerdos adoptados por el consejo, éste estaría válidamente constituido (por comparecer dos de sus tres miembros), y los acuerdos habrían sido válidamente adoptados (por votar unánimemente los otros dos consejeros); Séptimo.—La registradora aplica indebidamente el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo supuesto de hecho no coincide con el del expediente en el que no ha existido cese de la mayoría del consejo, como exige el precepto, sino de uno sólo de los tres miembros que lo componen, y Octavo.—Aun aceptando, a efectos meramente dialécticos, lo anterior, la escritura hubiera debido ser inscrita parcialmente pues la junta celebrada aprobó la cobertura de la vacante.

IV

La registradora emitió informe el día 28 de diciembre de 2015, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que, notificado el notario autorizante, no realizó alegaciones.

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; 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, 14 de febrero y 15 de octubre de 2012 y 31 de julio de 2014.

1. Se debate en este expediente si pueden inscribirse los acuerdos adoptados por una junta general de una sociedad anónima habida cuenta de que la convocatoria ha sido llevada a cabo por acuerdo del consejo de administración en el que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Del contenido de los estatutos sociales inscritos de la sociedad resulta que el número de consejeros puede oscilar entre un mínimo de tres y un máximo de diez.
- b) Del contenido del Registro resulta que el entonces socio único, en funciones de junta general, nombró a tres personas físicas como consejeros, siendo la última inscripción en la que se nombran consejeros.
- c) Del contenido del Registro resulta que uno de los tres consejeros nombrados renuncia posteriormente a su cargo.
- d) La convocatoria de junta para renovar el consejo, así como para la adopción de otros acuerdos se lleva a cabo por los dos consejeros restantes actuando por unanimidad.

La registradora Mercantil considera que la renuncia del consejero ha dejado al consejo de administración incompleto, por no haber el mínimo de tres miembros determinado por el anterior acuerdo del socio único en ejercicio de las funciones de la junta; de lo anterior resulta que la convocatoria no es válida ni puede ser considerada a los meros efectos de

elección de un nuevo consejero por comprender otros acuerdos que exceden de la competencia del consejo incompleto. El recurrente sostiene que el consejo está válidamente constituido por lo que el acuerdo unánime de convocar junta es, a su vez, válido debiendo enmarcarse los acuerdos adoptados en la situación que describe en su escrito de recurso y que quiere justificar mediante la aportación de documentación que no fue objeto de presentación en su día.

Dispone el artículo 326 de la Ley Hipotecaria lo siguiente: «El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

En base a dicho precepto, esta Dirección General ha afirmado reiteradamente (por todas, Resoluciones de 23 de diciembre de 2010 y 7 de septiembre de 2015), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador (y aportados al interponer el recurso). En consecuencia, no procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación a documentos que no se pusieron a disposición de la registradora Mercantil al tiempo de llevar a cabo su calificación.

2. Entrando en el fondo del asunto es doctrina de esta Dirección General (Resolución de 15 de octubre de 2012), que 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 aquí que se prevea la posibilidad de la existencia de sustitutos y en el caso de consejo de administración de sociedades anónimas, de la figura de la cooptación e incluso que sean lícitas las previsiones estatutarias dirigidas a dar solución a situaciones anormales que puedan producirse a lo largo de la vida social (*vid.* Resolución de 4 de junio de 1999).

La doctrina de este Centro Directivo viene presidida por la idea central de preservar en la medida de lo posible la capacidad de funcionamiento del consejo de una forma ágil incluso cuando se dan circunstancias especiales para evitar situaciones de estrangulamiento que pueden desembocar, en los supuestos más graves, en la existencia de causa de disolución: Por eso se ha afirmado que la existencia de vacantes no puede impedir la inscripción de nombramiento de un cargo si aquella circunstancia no impide el funcionamiento del órgano (*vid.* Resoluciones de 22 de julio de 2011 y 14 de febrero de 2012).

3. Dispone 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 es preciso 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 (artículo 242 del propio texto legal). 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).

4. A la luz de las consideraciones anteriores la resolución de la registradora Mercantil no puede mantenerse.

Del contenido del Registro resulta que el número de miembros del consejo de administración es de tres por lo que, por aplicación de las reglas relativas a su válida constitución, es precisa la concurrencia de dos consejeros (artículos 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 17 de los estatutos sociales). Así ocurre en el supuesto de hecho en el que, la vacante producida por la renuncia del tercer consejero, no impide la válida constitución por la concurrencia de los dos restantes quienes deben decidir por unanimidad mientras no se cubra la plaza vacante (artículo 248 de la misma Ley). Determinado por la junta general (o del socio único en ejercicio de sus funciones), que el número de consejeros

miembros del consejo de administración sea de tres, la vacante producida por la renuncia de uno de ellos no afecta al acuerdo de junta y, en consecuencia, el número de plazas sigue siendo el mismo. La conclusión anterior lo es sin perjuicio de que la vacante producida pueda cubrirse por los medios legalmente previstos (cooptación, acuerdo de junta) y de la obligación de los consejeros restantes, en cumplimiento de su deber de diligente administración (artículos 167 y 225 del texto refundido), de promover su cobertura de la forma más adecuada para los intereses sociales, que además es lo que se procede a hacer, mediante la convocatoria de junta en cuyo orden del día consta la toma de razón de la dimisión y el nombramiento de consejeros.

En definitiva, válidamente constituido el consejo, no se da el supuesto de hecho previsto en el artículo 171 de la Ley por lo que el consejo así constituido tiene competencia plena para convocar junta y para fijar el orden del día.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora.

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, 14 de marzo de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.