

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

- 2166** *Resolución de 8 de febrero de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIII de Barcelona a inscribir el nombramiento de un administrador de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don E. M. G., en nombre y representación de la sociedad «Mobiliaria Monesa, S.A.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XIII de Barcelona, don José Ignacio Garmendia Rodríguez, a inscribir el nombramiento de un administrador de dicha sociedad.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura, autorizada el día 4 de agosto de 2016 por el notario de Barcelona, don Rafael Córdoba Benedicto, con número 2.038 de protocolo, se elevaron a público, entre otros acuerdos, el nombramiento por cooptación de un consejero efectuado el día 30 de junio de 2016, para cubrir la vacante existente en el consejo de administración, por el cese de otro consejero el día 7 de agosto de 2014.

##### II

Después de otra presentación anterior, dicha escritura se presentó nuevamente el día 27 de septiembre de 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, con asiento 542 en el Diario 1245, y fue objeto de la siguiente calificación: «Registro Mercantil de Barcelona Empresario: «Mobiliaria Monesa, SA». Documento: escritura otorgada el día 04/08/2016 ante el Notario R. de Córdoba Benedicto número 2038 de protocolo. Presentación: el documento que antecede ha sido presentado en fecha 05/08/2016 causando el asiento 542 del Diario 1245. De conformidad con el artículo 55 del Reglamento del Registro Mercantil se considera como fecha de la inscripción la del asiento de presentación. Inscripción: previo examen y calificación del documento que antecede por el Registrador que suscribe, de conformidad con lo previsto en los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, en fecha 19 de octubre de 2016, ha quedado inscrito parcialmente, con la excepción que se dirá, en el Tomo 45119, folio 203, hoja b 76855, inscripción 111. Denegada la inscripción del nombramiento por cooptación de don P. P. A. como consejero dominical acordado por el Consejo de administración celebrado el 30 de junio de 2016, en sustitución de Cahispa S.A. de Seguros Vida, quien según resulta del registro cesó por dimisión presentada el 7 de agosto de 2014, sin constar inscrita su reelección, por cuanto la Junta General tuvo la posibilidad de cubrir la vacante y no cubrió, al haberse celebrado Juntas Generales el 8 de junio de 2015 y el 30 de junio de 2016. (artículos 244 y 529 decies.2 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos. 139, 145.2 y 147.1.2.º del Reglamento del Registro Mercantil). El defecto señalado tiene carácter insubsanable. Incidencias: subsanados los defectos-causas impeditivas de la inscripción señalados en el apartado 1.º de la nota de calificación de fecha 25 de agosto de 2016. Dicho documento ha quedado inscrito en unión de certificación expedida el día 9 de septiembre de 2016 por don E. M. G., Secretario del Consejo de Administración de la Sociedad, con el Visto Bueno del Presidente, cuyas firmas legitimó el Notario don Marco Antonio Alonso Hevia, que se archiva en este Registro en el legajo a-c con el

número 4518/2016. En relación con la presente calificación: (...) Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 18.8 del Código de Comercio y 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro. (...) Barcelona, 19 de octubre de 2016.–El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

## III

Contra la anterior calificación negativa parcial, don E. M. G., en nombre y representación de la sociedad «Mobiliaria Monesa, S.A.», interpuso recurso el día 18 de noviembre de 2016 mediante escrito con las siguientes alegaciones: «(...) Primero.– Presupuestos normativos Los presupuestos de la cooptación, son, por un lado la existencia de Consejo de Administración y por otro la producción de vacantes previamente cubiertas en el aquél. Además, para las sociedades no cotizadas, se requería que el Consejero cooptado, poseyera la calidad de accionista, cuestión esta última no aplicable a tenor de la reforma del artículo 529 decies.2.b. de la Ley de Sociedades de Capital. Una vez nombrado, la primera Junta General de Accionistas que se celebre deberá pronunciarse sobre su ratificación y nombramiento para que el Consejero cooptado pueda seguir en su cargo, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital y en los artículos 139 y 145.2 del Reglamento del Registro Mercantil. En concreto, y con las especialidades para sociedades cotizadas establecidas en el artículo 529 decies, el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital establece que: «En la sociedad anónima si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el consejo podrá designar entre los accionistas las personas que han de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta General.» A tenor de la calificación practicada, el Registrador interpreta que el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital establece que el plazo para el nombramiento de Consejero por cooptación está restringido y tan solo podrá cubrirse, desde que se produzca la vacante, hasta la primera Junta General que se celebre. Es decir, se limita el plazo para cubrir de la vacante, no la duración una vez nombrado hasta la siguiente Junta General. Sin embargo, a tenor de lo que establece el artículo 145.2 del Reglamento del Registro Mercantil, la limitación temporal no lo es para el nombramiento de Consejero, sino que lo es para la duración en el cargo del Consejero cooptado, es decir, el cargo de Consejero nombrado por cooptación deberá ser sometido a la siguiente (primera) Junta General que se celebre para que pueda seguir en su cargo. La limitación de plazo lo es para la duración en el cargo, no para el acceso al mismo. Si bien no nos consta ninguna resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado que se pronuncie concretamente sobre este respecto, admitiendo la interpretación del Registrador, la doctrina especializada estima la tesis de que la limitación es precisamente la del plazo de duración en el cargo y no la del nombramiento. Así lo indica don A. J. R. F. en la obra colectiva Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, tomo I, en su interpretación del referido artículo 244 LSC, en el que literalmente indica lo siguiente (...): «Por el contrario, pueden ser objeto de cooptación las vacantes producidas y dejados sin cubrir voluntariamente por la junta general, La junta puede acordar no cubrir de momento las vacantes que se hubieran producido; pero ese acuerdo no impide que el consejo de administración ejercite la facultad de cooptación respecto de tales vacantes. El hecho de que produzca una vacante sobrevenida, se celebre una junta general no priva al consejo de la facultad de cooptar. Solo si se adopta por los accionistas la prohibición de cooptar, introduciendo en los estatutos sociales la correspondiente cláusula, los nombramientos efectuados por el consejo serán nulos.» Segundo.–Aplicación al caso: En el caso concreto que nos ocupa, la Junta General de Accionistas de Mobiliaria Monesa, S.A., nombró a, entre otros, Cahispa SA de Seguros de Vida como Consejero de la entidad, por plazo de 5 años, mediante acuerdo de Junta General de Accionistas que fue adoptado en fecha 19 de junio de 2013 y debidamente inscrito al Registro Mercantil de Barcelona (Inscripción 94).

En reunión celebrada en fecha 10 de abril de 2012, la Junta General de Accionistas acordó «Fijar en 9 miembros el número de Consejeros en el Consejo de Administración de la Sociedad», según consta en la escritura que tuvo acceso al Registro Mercantil y que causó la Inscripción 89; extremo que no ha sido modificado hasta la fecha y que se adoptó de conformidad con lo establecido en los estatutos sociales de la Compañía que fija en su artículo 16 que el número de miembros del Consejo de Administración deberá ser impar. Siendo nueve los miembros del Consejo de Administración, hasta la fecha de la dimisión del Consejero Cahispa, SA, de Seguros de Vida referido, en fecha 7 de agosto de 2014 dimitió de su cargo, quedando la vacante pendiente de cubrir y sin que la Junta General siguiente adoptare ningún acuerdo al respecto, atendido que no hubieron candidatos para proveer dicho cargo. En consecuencia, en fecha 30 de junio de 2016 el Consejo de Administración, asumiendo las facultades previstas en el artículo 244 LSC acordó nombrar por cooptación en sustitución de Cahispa, SA, de Seguros de Vida, a don P. P. A., por el mismo plazo que restaba al dimitido, esto es, hasta el 19 de junio de 2018 o, en su caso, hasta la próxima Junta General. Atendido que la siguiente Junta General de Accionistas ya se había convocado y se celebraría a continuación en la misma fecha (30 de junio de 2016), de conformidad con el tenor del artículo 529 decies 2b. LSC, aplicable a sociedades cotizadas, la siguiente Junta General de Accionistas de Mobiliaria Monesa. S.A. que se celebre a partir de esa fecha, en la que deberá decidir sobre el nombramiento realizado por cooptación. En consecuencia, Mobiliaria Monesa entiende que ha cumplido todos los requisitos legales para proceder a la cooptación del Consejero indicado».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 1 de diciembre de 2016, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe manifiesta que el día 22 de noviembre de 2016 fue remitida copia del expediente del recurso al notario autorizante a los efectos previstos en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, sin que se hayan formulado alegaciones por el mismo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 23, 167, 171, 211, 214, 216, 225, 236, 242, 244, 245, 247 y 529 decies de la Ley de Sociedades de Capital; 139, 141.1, 145.2 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, 10 de mayo y 22 de julio de 2011, 14 de febrero y 15 de octubre de 2012 y 31 de julio de 2014.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la designación de un administrador de una sociedad anónima cotizada por el sistema de cooptación cuando después de la fecha en que se produjo la vacante (7 de agosto de 2014) se han celebrado dos juntas generales (una el 8 de junio de 2015 y la otra el mismo día de la designación del administrador –el 30 de junio de 2016–).

El registrador deniega la inscripción del nombramiento porque la junta general tuvo la posibilidad de cubrir la vacante y no la cubrió.

2. La facultad que legalmente se atribuye al consejo de administración para el nombramiento de administradores por el sistema de cooptación se fundamenta en la necesidad de garantizar la estabilidad y perfecto funcionamiento de aquel órgano –en el número y forma previamente definidos por los estatutos o por los acuerdos de la junta general– cuando se han producido vacantes en su seno. Tal facultad se encuentra revestida de un cierto carácter de excepcionalidad respecto de las reglas generales que atribuyen a la junta general la competencia para la elección de los administradores (cfr. artículo 214 de la Ley de Sociedades de Capital) y respecto de la duración del cargo,

pues se extiende solo hasta que se reúna la primera junta general (cfr. artículos 244, i.f., de la misma Ley, y 139 y 145.2 del Reglamento del Registro Mercantil), lo que demuestra el criterio restrictivo que debe presidir la interpretación y aplicación de las normas que regulan su ejercicio. Por ello, esta Dirección General ha entendido que no es 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 sea inferior a la mayoría de los nombrados, pues en tal caso el consejo no puede constituirse válidamente (cfr. las Resoluciones de 14 de febrero de 1997 y 31 de julio de 2014).

Por lo que se refiere a la concreta cuestión planteada en este recurso, debe tenerse en cuenta que cuando se produce una vacante en el órgano colegiado de administración no existe una obligación legal por parte de la junta general de nombrar inmediatamente un administrador para cubrir dicha vacante, hecho que contrasta con la obligación que sobre la designación de administradores por el sistema de cooptación se impone a la primera junta general que se reúna una vez producida tal nombramiento. Confirma esta interpretación el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital que solo para el caso de muerte o 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 (y, por ende, como ha quedado expuesto, no puede designarse administradores de la sociedad anónima por el sistema de cooptación), de modo que corresponde a los consejeros subsistentes tomar las medidas para evitarlo en ejercicio de su deber de diligente administración (artículos 167 y 225 de la Ley de Sociedades de Capital) y para evitar incurrir en responsabilidad para lo que el ordenamiento les dota de amplias facultades (artículo 171 segundo párrafo de la misma Ley).

Por las razones expresadas, y a falta de prohibición estatutaria, debe admitirse el nombramiento de administradores por cooptación para la provisión de las vacantes sobrevenidas cuando la junta general se haya reunido después de haberse producido las mismas y, a pesar de figurar en el orden del día el nombramiento de administradores, las haya dejado sin cubrir voluntariamente: bien por haber preferido de momento no nombrar administradores; bien por reducir el número de miembros del consejo cuando, conforme al artículo 242.1 de la Ley de Sociedades de Capital, correspondiera a la junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes por haber fijado los estatutos el número máximo y el mínimo de aquellos; o bien porque la junta no se pronuncie sobre dicho asunto del orden del día. Por el contrario –y salvo el supuesto excepcional de producción de la vacante una vez convocada la junta general y antes de su celebración, al que se refiere el artículo 529 decies de la Ley de Sociedades de Capital– debe rechazarse la autointegración del consejo por cooptación si la junta general no ha tenido la oportunidad de tratar la cuestión relativa al nombramiento de administradores por no figurar en el orden del día. En tal caso debe prevalecer la regla general de competencia de la junta para tal nombramiento.

En el presente supuesto no resulta acreditado que la junta general celebrada el 8 de junio de 2015 tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la provisión de la vacante ahora cubierta. Y respecto de la junta general celebrada el 30 de junio de 2016, cuya convocatoria consta en la escritura calificada, resulta claro que no figura en el orden del día de la misma el nombramiento de consejero para cubrir la misma vacante. Por otra parte, en contra de lo que alega el recurrente, no es aplicable el artículo 529 decies, apartado 2.b), de la Ley de Sociedades de Capital toda vez que la vacante que mediante la escritura calificada se pretende proveer se produjo antes de la convocatoria de la junta general referida.

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, 8 de febrero de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.