

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**11068** *Resolución de 23 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil de Arrecife, por la que se suspende la inscripción de nombramiento de administradores.*

En el recurso interpuesto por don J. F. R. M. y doña M. C. S. como presidente y secretaria no consejera, respectivamente, de la mercantil «Hotel Princesa Yaiza, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil de Arrecife, don Luis Francisco Monreal Vidal, por la que se suspende la inscripción de nombramiento de administradores.

#### Hechos

##### I

Por el notario de Yaiza-Playa Blanca, don Javier Jiménez Cerrajería, se autoriza el día 6 de septiembre de 2011 escritura pública de elevación a público de acuerdos de la sociedad «Hotel Princesa Yaiza, S.A.». De la escritura resulta que el día 19 de agosto de 2011 se celebró junta general extraordinaria de socios conforme al acta de junta autorizada ante el propio notario. Resulta igualmente que concurriendo a la junta el cien por cien de los socios se debate la propuesta número uno del siguiente tenor: Punto Primero del Orden del día. Nombramiento de tres vocales del Consejo de Administración. Consta que uno de los socios, en ejercicio de su derecho a nombramiento por sistema proporcional y realizada la agrupación de acciones, nombra a dos consejeros. Consta igualmente que la presidenta de la junta hace determinadas manifestaciones al respecto añadiendo que «en otro momento se cubrirá la vacante existente». Se elevan a público exclusivamente los particulares relativos a los nombramientos de los dos consejeros nombrados. Acompaña a dicha escritura una profusa documentación como resulta de la nota del registrador.

Del contenido de la hoja registral de la sociedad consta lo siguiente en sus Estatutos: «artículo 14.2... El Consejo de Administración estará formado por seis consejeros».

También resulta, de su artículo 10, lo siguiente: «... Los acuerdos de las Juntas Generales que se adopten relativos a la determinación del número de consejeros... requerirán para su validez el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos el setenta y cinco por ciento del capital social en primera convocatoria y los dos tercios de dicho capital social en segunda convocatoria».

##### II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Lanzarote. Hechos: Entrada: 1/2013/684. Fecha Entrada: 29/04/2013. Asiento: 1/18/489. Sociedad: Hotel Princesa Yaiza, Sociedad Anónima. Autorizante: Javier Jiménez Cerrajería. Protocolo: 390 de seis de septiembre de dos mil once y otros. Se presenta: 1.–Escritura otorgada ante el notario de Playa Blanca, termino municipal de Yaiza, don Javier Jiménez Cerrajería, número de su protocolo 390 por la que se elevan a instrumento público parcialmente los acuerdos de la Junta General de socios de la entidad «Hotel Princesa Yaiza, Sociedad Anónima», celebrada el día 19 de agosto de 2.011. En la reunión celebrada el socio Promotourist, S.A., en ejercicio del derecho de representación proporcional, una vez ratificadas las agrupaciones de acciones designa como consejeros, por el plazo

estatutario, a las entidades Bagti Inversiones Hoteleras, S.L., y Gueti Inversiones Turísticas, S.L., para cubrir dos de las tres vacantes existentes en el Consejo. No se identifican las acciones agrupadas. 2.–Dos escrituras autorizadas ambas el día seis de septiembre de dos mil once, por el Notario de Palma de Mallorca don Ciriaco Corral García, números de su protocolo 1.910 y 1.911, en unión de instancia suscrita por don M. V. R..., constando su firma legitimada, de las que resultan la aceptación de los nuevos consejeros nombrados –personas jurídicas–, así como la designación de las personas físicas que les representarán en el ejercicio de su cargo. 3.–Escritura complementaria de la primera, otorgada el 21 de diciembre de 2011 por la presidenta del Consejo de Administración doña R. M. R. M., ante el notario de Playa Blanca, término municipal de Yaiza, don Javier Jiménez Cerrajería, número de su protocolo 723, en la que la citada presidenta certifica que no se han emitido acciones ni resguardos provisionales de las mismas, dando fe el Notario autorizante de la diligencia en que se constata la agrupación de acciones en el libro de acciones nominativas. 4.–Escritura complementaria de la primera, otorgada el 26 de abril de 2013 ante el notario de Playa Blanca, termino municipal de Yaiza, don Javier Jiménez Cerrajería, número de su protocolo 430, por doña M. C. S. como nueva Secretaria no Consejera del Consejo de Administración de la entidad Hotel Princesa Yaiza, Sociedad Anónima –cargo para el que fue nombrada por acuerdo del Consejo de Administración de fecha 15 de enero de 2013, y elevado a publico en escritura otorgada ante el notario de Playa Blanca, termino municipal de Yaiza, don Javier Jiménez Cerrajería, número de su protocolo 191–, en la que la citada Secretaria certifica que en el propio libro de acciones consta por Diligencia en la hoja del accionista Promoturist, S.A., la agrupación de las acciones citadas en el párrafo anterior. Asimismo constan presentados en la hoja abierta a la sociedad los siguientes títulos: En el diario 18 de documentos: a) Bajo el asiento 283 de fecha 7 de marzo de 2013: Escritura otorgada el 22 de febrero de 2013 ante el notario de Playa Blanca, termino municipal de Yaiza, don Javier Jiménez Cerrajería, número de su protocolo 192, por doña M. C. S. como Secretaria del Consejo y, por la que eleva a público los acuerdos de la Junta General Universal de socios de fecha 15 de enero de 2013, relativos a la prorroga del nombramiento como auditores de cuentas de la sociedad –para los ejercicios 2010 y 2011– de la entidad Ernest & Young, S.L. b) Bajo el asiento 284 de fecha 7 de marzo de 2013: Escritura otorgada el 22 de febrero de 2013 ante el notario de Playa Blanca, termino municipal de Yaiza, don Javier Jiménez Cerrajería, número de su protocolo 191, por doña María de la Cámara Suárez por la que se eleva a público los acuerdos del Consejo de Administración de fecha 15 de enero de 2013, relativos al nombramiento de la citada señora C. S. como Secretaria no Consejera del Consejo de Administración y el nombramiento de don J. F. R. M. como Presidente del Consejo en sustitución de doña R. M. R. M.. Doña M. C. acepta su cargo dentro del Consejo mediante escritura autorizada por el citado Notario de Playa Blanca, el 18 de enero de 2013, número de su protocolo 53. c) Bajo el asiento 347, de fecha 14 de marzo de 2013: Certificación del órgano de administración en la que se expresa que las cuentas correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011 no han podido ser aprobadas por la Junta General, porque el Consejo en sesión celebrada el 21 de marzo de 2013 ha acordado convocar dicha Junta para el 28 de junio de 2013. Documentos que fueron retirados y devueltos el 29 de Abril corriente. d) Bajo el asiento 613 de fecha 29 de mayo de 2013: Escritura otorgada el 28 de mayo de 2013 ante el notario de Playa Blanca, termino municipal de Yaiza, don Javier Jiménez Cerrajería, número de su protocolo 554, por doña M. C. S. por la que se eleva a público los acuerdos del Consejo de Administración de fecha 15 de enero de 2013, relativos, entre otros, a la concesión de poderes a favor de don J. F. R. M. con las facultades en ella enumeradas. En el diario 17 de depósitos de cuentas: e) Bajo el asiento 404 de fecha 27 de mayo de 2013: Depósito de cuentas correspondientes al ejercicio 2010. Fundamentos de Derecho: 1.–Vistos los artículos 378 del Reglamento del Registro Mercantil, 282 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 22 de febrero de 2000: No constar practicado, el deposito de las cuentas correspondiente al

ejercicio 2010 lo que comporta el cierre del Registro. Se significa, por lo demás, que el incumplimiento de la obligación de depositar «... dará lugar a la imposición a la sociedad de una multa por importe de 1.200 a 60.000 euros por el Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas...», según resulta del artículo 283 del referido Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Se hace constar que las cuentas anuales correspondientes al citado ejercicio fueron presentadas en este Registro bajo el asiento 404 del diario 17 de Depósitos de Cuentas con fecha 27 de mayo de 2013, encontrándose pendientes de calificación y, de ser positiva de su depósito. 2.–Vistos los artículos 121 del Código de Comercio y 23 de la Ley de Sociedades de Capital, se suspende la inscripción del nombramiento de Consejeros y de la Secretaria no Consejera por adolecer los títulos presentados del siguiente defecto subsanable: Incumplimiento del artículo 14 de los estatutos sociales, que dispone que el Consejo de Administración estará integrado por seis consejeros. El artículo 121 del Código de Comercio establece que las sociedades mercantiles se rigen por sus estatutos, y en lo que ellos no determinen ni prescriban, por lo dispuesto en las leyes. En el mismo sentido, la RDGRN 16 de febrero 2013 destaca el carácter vinculante de los estatutos tanto para los socios como para los órganos de la sociedad al decir que «los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo pues su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los estatutos son la “carta magna” o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad que afecta a la sociedad como corporación, y cuya finalidad es regular dicho funcionamiento interno (*vid.* art. 23 de la Ley de Sociedades de Capital), y ello con preferencia sobre las normas legales no imperativas o dispositivas. En definitiva, constituyen, como ha afirmado en alguna ocasión el Tribunal Supremo, “la ley primordial del régimen” de las sociedades (*vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1961)». Por su doble carácter contractual y normativo, el artículo 14 de los estatutos sociales debe interpretarse no sólo atendiendo a su sentido literal, sino también a la intención manifiesta de los contratantes (art. 1281 Código civil), y por tanto, al establecerse estatutariamente que el consejo de administración estará integrado por un número determinado de miembros –en concreto, seis– la junta general no puede desconocer tal disposición y proceder a nombrar un número menor al estatutario, pues permitiendo la ley que los estatutos establezcan solamente un número mínimo y máximo de administradores (art. 211 Ley Sociedades de Capital) y habiéndose optado por fijar un número determinado, parece clara la voluntad de los fundadores de fijar el número exacto de miembros del Consejo que la Junta ha de respetar si no media previamente una modificación estatutaria. Por otra parte, aunque el artículo 223 de la Ley de Sociedades de Capital prescribe que los administradores podrán ser cesados en cualquier momento por la junta general, ello no implica que para su sustitución se pueda incumplir otra prescripción de los estatutos sociales cual es el número de sus miembros. Es importante destacar que el cese de los consejeros no se produce por circunstancias sobrevenidas –como podrían ser la muerte o renuncia de un consejero o, en general, cualquiera que sea ajena a la voluntad de la sociedad– sino que viene motivada por un acuerdo de la junta general conforme al citado artículo 223 LSC, por lo que no se dan las circunstancias que concurrían en la RDGRN de 14 de febrero de 2012, que permitió designar un número menor de consejeros pues la designación del presidente del consejo la reservaba la ley al Congreso de los Diputados, ni las de la RDGRN 22 de julio de 2011, donde igualmente se justificaba el no cumplir todavía el número estatutario para los miembros de la comisión ejecutiva ya que uno de sus miembros debería ser el consejero delegado, y este cargo estaba vacante. Por el contrario, es plenamente aplicable la doctrina de la RDGRN de 9 de febrero de 2013, que expresamente dice que las exigencias estatutaria no pueden obviarse «como pretende el recurrente, considerando que el acuerdo se limita al nombramiento de administradores sin decidir sobre el número de miembros del consejo de administración pues, constanding en los asientos registrales que el número de consejeros queda fijado en cuatro miembros (si bien, como consecuencia de sucesivos ceses, nombramiento y renunciaciones de consejeros el órgano

colegiado de administración quedó reducido de hecho a dos miembros) el presente acuerdo, al tener por objeto el nombramiento de tres consejeros únicamente, no se ajusta a dicha previsión». Por otra parte, aunque el Centro Directivo admite en su doctrina que el consejo de administración pueda seguir funcionando aun cuando existan vacantes, siempre que haya un mínimo para su válida constitución y adopción de acuerdos –por todas, la RDGRN 15 de octubre de 2012– se está refiriendo a supuestos en los que la vacante es sobrevenida a la constitución e inscripción del órgano de administración, nunca a supuestos en los que el consejo de administración se constituye *ab initio* con un número menor del previsto estatutariamente. Acuerdo: En su virtud, se suspende la inscripción del documento objeto de la presente calificación quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de dos meses a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria y 43 del Reglamento del Registro Mercantil. En relación con la presente (...). Arrecife, a treinta y uno de mayo de dos mil trece. El Registrador Mercantil de Lanzarote (firma ilegible). Fdo.: Luís Francisco Monreal Vidal».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don J. F. R. M. y doña M. C. S. como presidente y secretaria no consejera de la mercantil «Hotel Princesa Yaiza, S.A.», interponen recurso en virtud de escrito de fecha 12 de julio de 2013, en el que alegan, resumidamente, lo siguiente: Primero. No hay incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de los estatutos sociales porque la designación de los dos consejeros nombrados lo ha sido en ejercicio del derecho mínimo e inderogable de uno de los socios a nombrarlos por el sistema de representación proporcional. Tras el nombramiento, el precepto estatutario continúa igual y el número de miembros del consejo sigue siendo de seis. Lo contrario ocurriría si la junta hubiera acordado que el consejo pasase a estar formado por cinco miembros sin la oportuna reforma estatutaria; el artículo 14 de los estatutos no dice que no puedan existir vacantes ni exige que todos los miembros hayan de designarse simultáneamente como no prohíbe la designación sucesiva de consejeros. Tampoco infringe la designación de la secretaria no consejera el artículo 14. Como resulta del artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital su nombramiento surte efecto desde la aceptación por lo que procede la inscripción; Segundo. La nota de calificación infringe lo dispuesto en el artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital, los artículos 138 y 140 del Reglamento del Registro Mercantil y el Real Decreto 821/1991. Como queda dicho los consejeros nombrados lo han sido por el sistema proporcional y cumpliendo escrupulosamente lo dispuesto en los preceptos citados. La doctrina entiende que el derecho de la minoría que implica dicho sistema se impone al de la mayoría no agrupada porque implica una derogación del sistema mayoritario. Que es preciso concluir que el derecho de nombramiento por sistema proporcional es mínimo, imperativo e inderogable y no puede quedar supeditado a la adopción de acuerdos por la junta general. Para que pueda ser ejercitado se requiere que haya vacantes y que se celebre junta general pero este último requisito no puede obviar que los nombrados por aquel sistema lo son exclusivamente por el accionista que ejercita su derecho. En consecuencia el hecho de que en la junta no exista acuerdo para el nombramiento del sexto consejero no puede implicar una vulneración del derecho del minoritario a nombrar administradores; Tercero. La nota de calificación infringe el artículo 215 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 141 del Reglamento del Registro Mercantil. Además de los requisitos generales la inscripción sólo requiere la aceptación del nombrado como ocurre en el supuesto. Y esta inscripción en el caso de consejo se puede producir a medida que se van produciendo las aceptaciones. Además el reglamento permite que se produzcan inscripciones de nombramiento aunque existan vacantes en el órgano de administración; Cuarto. La calificación se extralimita en sus funciones pues impone a la junta la obligación de reunir la mayoría precisa para el nombramiento de un sexto consejero. Si no existe una mayoría suficiente para su nombramiento no se puede imponer como pretende el registrador. Que

en el supuesto de hecho la calificación implica imponer a los socios que se pongan de acuerdo para nombrar a un sexto consejero en contra de los principios que rigen su adopción y sin tener en cuenta que estando nombrados cinco el consejo puede funcionar sobre la base de un quórum de asistencia que tiene en cuenta el número estatutario de seis miembros; y, Quinto. Como reconoce la propia nota de calificación la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es favorable a la tesis del recurso como lo demuestran las resoluciones de 14 de febrero de 2012 y la de 22 de julio de 2011 así como la de 15 de octubre de 2012 sin que la doctrina de la de 9 de febrero de 2013 sea de aplicación al referirse a un supuesto de hecho distinto.

#### IV

El registrador emitió informe el día 27 de julio de 2013, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que notificado el notario autorizante realizó alegaciones mediante escrito de fecha 23 de julio de 2013. Esta Dirección General solicitó y obtuvo el historial registral de la sociedad para completar el expediente.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 23, 159, 160, 161, 171, 204, 211, 242, 243, 247, 285, 363 y 482 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; 138, 139, 140 y 141 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1961 y 30 de enero de 2001; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 9 de diciembre de 1996, 15, 18 y 29 de septiembre y 24 de noviembre de 1999, 26 de febrero de 2004, 19 de mayo de 2005, 20 de julio de 2006, 22 de julio de 2011, 14 de febrero y 15 de octubre de 2012 y 9 y 16 de febrero de 2013.

1. Son hechos relevantes para la resolución de este expediente los siguientes:

- a) Una sociedad anónima cuyos estatutos determinan que el consejo de administración estará integrado por seis consejeros celebra junta general debidamente convocada a la que asisten todos los socios.
- b) La junta se celebra ante notario y bajo el primer punto del orden del día relativo a la designación de tres miembros del consejo de administración.
- c) Uno de los socios haciendo uso de su derecho a designación por el sistema proporcional, designa dos consejeros.
- d) La presidenta de la junta habida cuenta que el número de cinco miembros del consejo habilita su constitución y funcionamiento deja para un momento posterior la designación de sexto consejero.
- e) En escritura posterior a la de nombramiento de administradores consejeros, el consejo constituido entre otros, por los designados anteriormente, designa secretaria no consejera.

El registrador suspende la inscripción del nombramiento de consejeros y el de secretaria no consejera. Habida cuenta que del acuerdo de defectos del registrador Mercantil solo se impugna la segunda causa de suspensión de inscripción, el objeto de este recurso se ciñe a la cuestión de si es inscribible el acuerdo de una sociedad anónima de nombrar consejeros hasta el número de cinco siendo así que existe la previsión estatutaria de que el consejo de administración esté formado por un número de seis.

Para dar adecuada respuesta al problema es preciso analizar cuál es la naturaleza jurídica de los estatutos de una sociedad, qué sentido tiene una cláusula como la inscrita y cómo juega el derecho de nombramiento proporcional ante una situación semejante.

2. Como resulta del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital los estatutos «que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital» contienen un conjunto

de reglas que tienen un carácter normativo para la propia sociedad de modo que vincula a sus órganos, a los socios que la integran e incluso a terceros (*vid.* Resolución de 26 de noviembre de 2004). El texto legal, idéntico en su dicción a su antecedente el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas y al antecedente de este, el artículo 11 de la Ley de 1951, determina en definitiva que todo acto social debe acomodarse a las exigencias derivadas de las normas establecidas en los estatutos.

La junta general de socios puede tomar decisiones en los asuntos propios de su competencia la cual viene determinada por la Ley y por los estatutos de la propia sociedad (arts. 159 y 160 de la Ley de Sociedades de Capital). De aquí que en numerosos preceptos legales se advierta que «salvo disposición contraria de los estatutos... la Junta podrá». El incumplimiento por la junta del mandato contenido en los estatutos deriva en la antijuridicidad de lo acordado y abre la vía impugnatoria (art. 204 de la Ley).

De modo similar los administradores están vinculados por el contenido de los estatutos (art. 226), son responsables de los actos que lleven a cabo en contravención de los mismos (art. 236), y los acuerdos del consejo que sean contrarios a su contenido son susceptibles de impugnación (art. 251).

El carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones en clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (*vid.* Sentencia de 30 de enero de 2001). Este Centro Directivo por su parte (*vid.* «Vistos») ha tenido igualmente ocasión de poner de manifiesto el hecho de que los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los estatutos son la «carta magna» o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad (*vid.* Resolución de 16 de febrero de 2013).

3. Respecto a la estructura del órgano de administración de una sociedad anónima la Ley de Sociedades de Capital, en línea con sus antecedentes [art. 9.h) de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y art. 71 de la Ley de 1951], exige como mención estatutaria obligatoria la determinación del número de administradores que han de conformarlo si bien permite, mediante el establecimiento de un número mínimo y de un máximo, cierta flexibilidad de modo que sea la junta la que, al realizar los nombramientos, determine el número concreto dentro de los límites estatutarios.

Cuando la sociedad anónima en el momento de su fundación o en el posterior de modificación de estatutos opta por un número rígido en la composición del consejo de administración (por ejemplo, para forzar la formación de consensos que permitan que el órgano sea lo más representativo posible), la junta carece de libertad, de competencia, para nombrar un número distinto. Se aplica la regla general y todo acuerdo de nombramiento que no respete el contenido de los estatutos es inválido sin perjuicio de los remedios previstos en el propio ordenamiento (art. 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital).

En nada obsta las anteriores consideraciones el hecho de que el consejo de administración presente vacantes pues, con independencia igualmente de los remedios legales para que la sociedad siga operando (arts. 171 y 244 de la Ley), le está vedado a la junta adoptar acuerdos que impliquen la violación del contenido de los estatutos.

Tampoco empece a lo anterior la posibilidad existente, en sede de anónimas, de que los socios agrupen sus acciones con la finalidad de designar puestos en el consejo pues, como resulta del propio tenor de la Ley (art. 243), hecha esta designación corresponde al resto de socios asistentes a la junta llevar a cabo los demás nombramientos previstos en la convocatoria. El supuesto de hecho que ha dado lugar al presente expediente es un perfecto ejemplo de la afirmación anterior.

4. Llegados aquí es evidente que el recurso no puede prosperar. Estando obligada la sociedad por sus estatutos a proveer un consejo de administración de seis miembros, estando cubiertas tres plazas y convocándose Junta de socios para la provisión de las

tres restantes, el acuerdo por el que sólo se proveen dos incumple la previsión estatutaria y no puede acceder a los libros del Registro. Los argumentos de los recurrentes no pueden ser atendidos pues no alcanzan a desvirtuar las anteriores consideraciones.

Conforme al escrito de recurso, se afirma en primer lugar que el acuerdo cuya inscripción se solicita no incumple el artículo 14 de los estatutos porque el precepto continúa igual y el número de consejeros sigue siendo de seis aunque solo haya nombrados cinco. Se afirma que otra cosa ocurriría si el acuerdo hubiera pretendido fijar en cinco el número de consejeros. El argumento es insostenible pues precisamente lo que impone el contenido de los estatutos es que el acuerdo de nombramiento cumpla con la previsión estatutaria. El nombramiento de un número de consejeros inferior al previsto evidentemente no modifica los estatutos sociales, simplemente los incumple.

También se afirma que el artículo 14 de los estatutos no impide que haya vacantes ni impone que hayan de designarse simultáneamente. El argumento no puede prosperar porque conforme a la regulación legal y como queda dicho, una cosa es la existencia de vacantes en un consejo y las consecuencias que para su funcionamiento puedan derivarse y otra muy distinta la exigencia estatutaria de que la Junta provea un número fijo de consejeros.

La existencia de vacantes por cualquier causa puede implicar o no la paralización del consejo de administración pero, con independencia de la obligación de los consejeros subsistentes de adoptar las medidas para evitarlo en cumplimiento de su deber de diligente administración (arts. 167, 171 y 225 de la Ley de Sociedades de Capital), lo cierto es que por mucho que sea deseable que dichas situaciones no impidan el normal funcionamiento de la sociedad su solución pasa inexorablemente por el cumplimiento de las previsiones legales y estatutarias. Como ha afirmado este Centro Directivo (Resolución de 15 de diciembre de 2012), si bien es cierto que la Dirección ha amparado la idea de que debe preservarse en la medida de lo posible el funcionamiento del órgano de administración en circunstancias especiales no lo es menos que no lo ha hecho incondicionalmente y en cualquier caso. Y ha sido así porque la protección del interés de mantener el funcionamiento del consejo no puede llegar al extremo de desnaturalizar su finalidad y estructura.

Ante una situación como la que se ha producido en este expediente en que el acuerdo adoptado incumple las previsiones estatutarias, no puede pretenderse que una norma que tiene por finalidad garantizar la debida representatividad en la adopción de acuerdos (el art. 247 sobre quórum de constitución del consejo) sirva para justificar el incumplimiento de la norma estatutaria sobre su composición. Ciertamente el artículo 247 no exige la concurrencia de todos los consejeros posibles pero en cualquier caso parte de la base de que los concurrentes lo son en virtud de un nombramiento válido. Lo que es inadmisibles es la afirmación de que el nombramiento contrario a los estatutos es válido por el hecho de que con el mismo se cumple la previsión para la constitución del consejo. Es al revés, para que el consejo pueda válidamente constituirse es precisa la concurrencia de un número mínimo de consejeros válidamente nombrados que es precisamente la circunstancia que no se produce en el supuesto de hecho.

Las normas que tienen por objeto salvaguardar el normal funcionamiento de la sociedad (art. 171: convocatoria especial para la provisión de vacantes; art. 247: quórum de constitución del consejo; art. 244: cooptación en sociedades anónimas), no pueden amparar el flagrante incumplimiento de la exigencia estatutaria. De seguirse la tesis del recurrente una sociedad con un consejo que estatutariamente tuviese un mínimo de cinco miembros podría acordar e inscribir sólo el nombramiento de tres de ellos.

Tampoco es cierto que la previsión estatutaria no exija que el nombramiento de los consejeros sea simultáneo. Determinado por los estatutos que el número de consejeros es uno determinado, seis en este caso, todo acuerdo que no respete dicha previsión es contrario a la misma sin perjuicio de lo establecido en el artículo 204.3 de la Ley. La simultaneidad es una consecuencia inevitable de la previsión estatutaria. Siguiendo con el mismo ejemplo anterior, de seguirse la tesis de los recurrentes cabría la inscripción de tres de los cinco consejeros que como mínimo debería tener la sociedad bajo el pretexto de que no se exige un nombramiento simultáneo.

5. Tampoco existe en la decisión del registrador, como afirma el recurrente en su apartado segundo, violación alguna de los derechos reconocidos a la minoría en el artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital para el nombramiento de miembros del consejo de administración por el sistema proporcional. Nuevamente nos encontramos ante cuestiones distintas. Una cosa es que la minoría tenga, por medio de la agrupación de acciones previsto en el artículo 243, el derecho de nombrar uno o mas vocales, circunstancia que no se cuestiona, y otra muy distinta que una vez salvaguardado dicho derecho la junta deba cumplir la exigencia estatutaria, que es la deficiencia señalada.

Como resulta de los hechos, el derecho de la minoría ha sido salvaguardado pues ha sido ejercitado en forma, lo que tampoco se discute. Lo que se cuestiona es que el acuerdo de nombramiento de consejeros haya respetado las exigencias estatutarias. No puede sostenerse, como hace el escrito de recurso, que el hecho de que la Junta no haya nombrado el sexto consejero implique la violación del derecho de elección proporcional porque este derecho, como resulta indubitadamente del tenor literal del artículo 243, se ejercita en el seno de la Junta de socios y en consecuencia supeditado a las competencias de la misma. No cabe en definitiva el ejercicio del derecho al nombramiento proporcional al margen del cumplimiento de la previsión estatutaria. En el supuesto de hecho, el derecho de nombramiento de la minoría ha sido debidamente respetado pero de ahí no se sigue que pueda violentarse el mandato estatutario sobre composición del consejo. Si el derecho de nombramiento que corresponde a la minoría prevista en el artículo 243 de la Ley debe ser salvaguardado también se impone el respeto a las otras minorías cuya concurrencia se deriva de la aplicación de la limitación estatutaria. Esta circunstancia es aún mas patente en el supuesto que nos ocupa en el que de la hoja registral de la sociedad resulta, en su artículo 10 de los estatutos lo siguiente: «... Los acuerdos de las Juntas Generales que se adopten relativos a la determinación del número de consejeros... requerirán para su validez el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos el setenta y cinco por ciento del capital social en primera convocatoria y los dos tercios de dicho capital social en segunda convocatoria». De donde resulta inequívoca la voluntad social de que el número de administradores integrantes del consejo sea una circunstancia determinante de su existencia y funcionamiento, circunstancia que queda en entredicho si se acepta la tesis del recurso. La regulación estatutaria pone de manifiesto en definitiva la voluntad social de exigir la concurrencia cualificada de socios para la formación de mayorías que salvaguarden los equilibrios dentro del accionariado.

Tampoco es atendible el argumento recogido en el apartado tercero del escrito de recurso que afirma que el acuerdo del registrador supone una violación de las reglas sobre inscripción de nombramientos, regulación que solo exige aceptación del nombrado que, además, puede ser sucesiva. Es cierto que el artículo 215 de la Ley de Sociedades de Capital sólo habla de nombramiento y aceptación pero dicha exigencia, con ser necesaria, no siempre es suficiente para provocar la inscripción. Es cierto que el artículo 141 del Reglamento del Registro Mercantil prevé que la inscripción se hará «a medida que se vaya produciendo la aceptación de cada uno de los designados» pero no lo es menos que tal previsión parte del regular nombramiento de los designados. No puede pretenderse que un artículo reglamentario cuya finalidad es facilitar la inscripción de los administradores a medida que aceptan sus cargos, cuando de acuerdo al sistema de administración regulado así sea posible, sirva de cobertura para la inscripción de un acuerdo inválido. Ciertamente en el caso que nos ocupa, el artículo 141 habría permitido la inscripción sucesiva de los designados a medida que hubiesen ido aceptando los cargos pero siempre que el acuerdo adoptado por la Junta hubiese sido el de nombramiento de tres consejeros de acuerdo a las exigencias estatutarias.

6. El escrito de recurso afirma que la nota del registrador se extralimita porque impone a la junta la obligación de reunir la mayoría para que se nombre un sexto consejero, mayoría que si no existe no se puede imponer. El argumento es insostenible porque olvida que no es el registrador el que impone el número de consejeros sino que han sido los propios socios los que, al autorregular el funcionamiento de la sociedad, han

impuesto un número rígido de consejeros. Son los propios socios los que exigen que el acuerdo de nombramiento de consejeros se haga en esas circunstancias y no en otras. Han sido los propios socios los que han determinado que el nombramiento de consejeros exija la concurrencia de unos consensos sin los que aquel no puede producirse. Si como consecuencia de dicha exigencia la sociedad deviene ingobernable porque los mecanismos legalmente previstos, y que vimos anteriormente, no son suficientes las consecuencias que de ello se deriven podrán ser de muy variada índole (desde la eventual responsabilidad de los administradores subsistentes por no cooptar, por no convocar nueva junta... hasta la concurrencia de causa de disolución), pero serán exclusivamente debidas al juego de las normas que los propios socios se dieron.

7. Frente a la afirmación que a contrario lleva a cabo el escrito de recurso en su último apartado, la doctrina de este Centro Directivo no hace sino confirmar las anteriores consideraciones. Como ha quedado expresado es doctrina reiterada que el contenido de los estatutos sociales obliga a todos los órganos sociales por lo que no cabe la inscripción de acuerdos contrarios a su contenido sin la previa inscripción de su modificación. Esta obvia doctrina ha tenido su reflejo, entre otros supuestos, en el rechazo de la inscripción de acuerdo sociales adoptados sin la concurrencia de las mayorías especiales previstas en los estatutos (Resolución de 16 de febrero de 2013) o en contravención de sus previsiones (Resoluciones de 9 de diciembre de 1996, 29 de septiembre de 1999 y 9 de febrero de 2013).

Es cierto como afirma el escrito de recurso que la ya citada Resolución de 15 de octubre de 2012 afirma la posibilidad de inscribir nombramientos aun cuando existan vacantes pero lo que también afirma dicha resolución, y no recoge el escrito de recurso, es que la idea de que debe preservarse en la medida de lo posible el funcionamiento del órgano de administración no es «incondicional y en cualquier caso... la protección del interés de mantener el funcionamiento del consejo no puede llegar al extremo de desnaturalizar su finalidad y estructura».

Es cierto, como pone de relieve el escrito de recurso, que la Resolución de este Centro Directivo de 22 de julio de 2011 permitió la inscripción del nombramiento de miembros de una comisión delegada de una sociedad formada por once miembros a pesar de que los estatutos preveían un número de doce. No es menos cierto sin embargo que en aquél caso la decisión de este Centro Directivo vino determinada por el hecho de que los estatutos exigían que dentro de la comisión se integrase, como un miembro mas, la persona del consejero delegado cuya vacancia en aquél supuesto hacía de imposible cumplimiento la previsión estatutaria al no estar provisto un cargo nato, y en consecuencia no elegible, de la comisión.

Finalmente, la Resolución de 14 de febrero de 2012 no puede traerse a colación porque su objeto se refería a un supuesto de nombramiento de cargos por el consejo de administración, situación en todo distinta a la presente.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 23 de septiembre de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.