

MINISTERIO DE JUSTICIA

558

RESOLUCIÓN de 14 de diciembre de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los recursos gubernativos interpuestos por Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., y por el Notario don Valerio Pérez de Madrid y Palá, contra la negativa del Registrador Mercantil XI de Barcelona, don Heliodoro Sánchez Rus, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de nombramiento de administradores de la citada sociedad.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en los recursos interpuestos por el Letrado don José María Verdú Ramos, en nombre de Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., y por el Notario don Valerio Pérez de Madrid y Palá, contra la negativa del Registrador Mercantil XI de Barcelona, Don Heliodoro Sánchez Rus, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de nombramiento de administradores de la citada sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid don Valerio Pérez de Madrid y Palá el 22 de julio de 2004, se elevaron a público los acuerdos sociales de Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., adoptados en Junta universal celebrada en la sede social el 23 de junio de 2004, por los que, según se expresa en el cuerpo de dicha escritura, quedan reelegidos o nombrados, según el caso, como miembros del Consejo de Administración, por el plazo de cinco años: Don Jean-François Dubos, Don Olivier (Don José) Orsini, Don Rafael Montes Sánchez, Don Fernando Falcó Fernández de Córdova, Don Daniel Caille, Don Felipe-Bernabé García Pérez, Don Henri Proglio, Don Jean-Marie Messier y la sociedad EAC Inversiones Corporativas, S.L. Y en la certificación de tales acuerdos que queda unida a dicha matriz se detalla lo siguiente: 1.º A fin de cubrir las vacantes producidas por vencimiento del mandato del Consejero Don Olivier (Don José) Orsini –que había sido nombrado por el procedimiento de cooptación–, así como de los mandatos de los hasta entonces Consejeros Don Henri Proglio, Don Rafael Montes Sánchez, EAC Inversiones Corporativas, S. L., Don Jean-François Dubos y Don Jean-Marie Messier, la Junta General ha acordado reelegir o nombrar, según los casos, como miembros del Consejo de Administración, por un período de cinco años a Don Olivier (Don José) Orsini, Don Henri Proglio, Don Rafael Montes Sánchez, Don Jean-François Dubos, EAC Inversiones Corporativas, S. L. y Don Jean-Marie Messier. Se añade que el acuerdo anterior fue aprobado por mayoría del 99,18% de las acciones que concurrían a la junta y tenían derecho a voto, con la abstención de 164.927 acciones (entre las que se encuentran las 72.375 acciones de ACCIONA, S. A. no agrupadas, y las 4.280 de TIBEST, S. L.), con el voto en contra de 453.830 acciones y el voto a favor de 74.898.113 de las 75.516.870 que, de las 95.101.995 presentes, tenían derecho a voto (deducidas las 19.585.125 acciones que fueron objeto de agrupaciones por ACCIONA, S. A.); y 2.º A fin de cubrir las vacantes producidas por vencimiento del mandato del Consejero Don Fernando Falcó Fernández de Córdova –que había sido nombrado por el procedimiento de cooptación–, así como de los mandatos de los hasta entonces Consejeros Don Daniel Caille y Don Felipe-Bernabé García Pérez, la Junta General ha acordado reelegir o nombrar, según los casos, como miembros del Consejo de Administración, por un período de cinco años a Don Fernando Falcó Fernández de Córdova, Don Daniel Caille, Don Felipe-Bernabé García Pérez. Además, se especifica que el acuerdo anterior fue aprobado por mayoría del 78,76% de las 95.101.995 acciones que concurrían a la Junta y tenían derecho a voto, con la abstención de 19.750.052 acciones (entre las que se cuentan las 19.657.500 acciones de ACCIONA, S. A. y las 4.280 de TIBEST, S. L.), con el voto en contra de 453.830 acciones y el voto a favor de 74.898.113.

II

Presentada copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid el 26 de julio de 2004, el Registrador Mercantil titular del Registro XI, Don Heliodoro Sánchez Rus, con fecha 9 de agosto de 2004 decidió lo siguiente:

«Inscribir el nombramiento como consejeros, a propuesta del consejo de administración y por acuerdo mayoritario, de D. Olivier (Don José) Orsini, D. Henri Proglio, D. Rafael Montes Sánchez, D. Jean-François Dubos, EAC Inversiones Corporativas, S. L. y D. Jean-Marie Messier...

Suspender la inscripción de la designación como consejeros de D. Claudio Aguirre Pemán, D. Jaime Castellanos Borrego y D. Alejandro Fernández de Araoz y Gómez Acebo en ejercicio del derecho de agrupación de las acciones de que es titular la compañía ACCIONA, por apreciarse los siguientes defectos: a) No se acredita que se haya hecho constar la agrupación de las acciones en el registro contable de anotaciones en cuenta (artículos 9 y 10 del RD 821/1991, de 17 de mayo); y b) de la documentación presentada no resulta la aceptación de los consejeros nombrados (artículos 125 de la Ley de

Sociedades Anónimas y 141 del Reglamento del Registro Mercantil). Ambos defectos tienen carácter subsanable.

Suspender la inscripción del cese de D. Claudio Aguirre Pemán, D. Jaime Castellanos Borrego y D. Alejandro Fernández de Araoz y Gómez Acebo, por no haberse llegado a inscribir su nombramiento (artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil). El defecto tiene carácter subsanable.

Denegar la inscripción del nombramiento como consejeros de D. Fernando Falcó Fernández de Córdova, D. Daniel Caille y D. Felipe Bernabé García Pérez, por haberse realizado su nombramiento fuera del ámbito competencial de la Junta general de accionistas (artículo 93.1 en relación con el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas). El defecto tiene carácter insubsanable.

De conformidad con lo previsto en el artículo 18.7 del Código de Comercio, contra la calificación anterior podrá interponerse recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, o instar la aplicación del cuadro de sustituciones aprobado por el Centro Directivo.»

Como antecedentes de hecho de tal decisión alega: 1.º Que el 23 de julio de 2004 fue presentado por ACCIONA, S. A., en el Registro Mercantil de Barcelona testimonio notarial del acta notarial de la junta de accionistas de la compañía Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., celebrada el 23 de julio de 2004. Que dicha acta fue autorizada por el Notario de Barcelona don Eduardo Nebot Tirado. Que aquél testimonio notarial causó el asiento de presentación 2699 del Diario 915; que el 28 de julio de 2004 el indicado documento fue retirado a petición del presentante y presentada en su lugar copia auténtica de la referida acta notarial de la junta, que causó el asiento 698 del Diario 916; 2.º Que el 26 de julio de 2004 fue presentada copia auténtica de la escritura autorizada por el Notario de Madrid don Valerio Pérez de Madrid y Palá el 22 de julio de 2004, de elevación a público de determinados acuerdos sociales adoptados en la citada junta, relativos al nombramiento, cese y reelección de consejeros; 3.º Como consecuencia de la celebración de la junta se produce el vencimiento del plazo por el que fueron nombrados determinados consejeros que se especifican, así como la caducidad en el cargo de D. Olivier (Don José) Orsini y Don Fernando Falcó Fernández de Córdova, designados por el Consejo de Administración por el procedimiento de cooptación en su reunión de 18 de diciembre de 2003. Y conforme al artículo 145.3 del Reglamento del Registro Mercantil, la caducidad se ha hecho constar mediante sendas notas extendidas al margen de las correspondientes inscripciones; 4.º Que de los documentos anteriores resulta que se adoptaron los siguientes acuerdos: a) Nombramiento como consejeros de D. Claudio Aguirre Pemán, D. Jaime Castellanos Borrego y D. Alejandro Fernández de Araoz y Gómez Acebo, designación realizada por el accionista ACCIONA, S. A., en ejercicio del expediente de la agrupación de las acciones previsto en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas; b) Nombramiento como consejeros, a propuesta del Consejo de Administración y por acuerdo mayoritario, de D. Olivier (Don José) Orsini, D. Henri Proglio, D. Rafael Montes Sánchez, D. Jean-François Dubos, EAC Inversiones Corporativas, S. L. y D. Jean-Marie Messier; c) Cese de D. Claudio Aguirre Pemán, D. Jaime Castellanos Borrego y D. Alejandro Fernández de Araoz y Gómez Acebo, a petición de un accionista y por acuerdo mayoritario de la junta al amparo del artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas; y d) Nombramiento como consejeros, en sustitución de los tres anteriores, a propuesta del Consejo de Administración y por acuerdo mayoritario de D. Fernando Falcó Fernández de Córdova, D. Daniel Caille y D. Felipe Bernabé García Pérez.

Y como fundamentos de derecho expresa los siguientes:

«Primero.–Los documentos anteriormente reseñados han sido objeto de calificación unitaria, de acuerdo con el reiterado criterio de la Dirección General de los Registros y el Notariado. El Centro Directivo ha afirmado en numerosas ocasiones que, con el fin de lograr un mayor acierto en la calificación, el Registrador debe tomar en consideración todos los documentos presentados relativos al mismo asunto (entre otras, RR. de 22 de octubre de 1945, 31 de marzo de 1950 y 28 de diciembre de 1992), incluso cuando hayan sido aportados por distintos presentantes (entre otras, RR. de 17 de marzo de 1986, 25 de junio de 1990, 11 de diciembre de 1991, 2 de enero de 1992 y 5 de abril de 1999).

Segundo.–En consonancia con el carácter formal y documental del procedimiento registral, el Registrador sólo puede tomar en consideración en su calificación los documentos presentados y los asientos anteriormente practicados (artículo 18.2, último inciso del Código de Comercio). No hay términos, por tanto, para entrar a examinar en esta sede cuestiones de hecho, como la efectiva concurrencia de la causa alegada como fundamento de la destitución o la eventual incompatibilidad que pudiera concurrir en el accionista ACCIONA S. A. Las cuestiones que al respecto puedan suscitarse deberán resolverse, en su caso, en el correspondiente procedimiento de impugnación de acuerdos sociales (artículos 115 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas).

En cambio, si cae dentro del ámbito de la calificación del Registrador el examen de la competencia de la junta general de accionistas para adoptar los acuerdos cuya inscripción se solicita, pues la Ley sólo reconoce eficacia a las decisiones adoptadas en “los asuntos propios de la competencia de la junta” (artículo 18.2 del Código de Comercio). Se han de dilucidar, por tanto, dos cuestiones. En primer lugar, si en el sistema de nuestra Ley de Sociedades Anónimas la junta general de accionistas puede cesar, en virtud de un acuerdo mayoritario, a los consejeros designados por un accionista mediante el procedimiento de agrupación de acciones. En segundo término, si, en su caso, puede proceder a continuación la junta a cubrir las vacantes que se hubieran producido.

Tercero.–En cuanto al primer problema, la respuesta ha de ser afirmativa: la posición jurídica de los consejeros designados por el procedimiento de agrupación de acciones es idéntica a la de los demás integrantes del órgano de adminis-

tración, de modo que también están sometidos al mecanismo de destitución previsto en el artículo 132.2 de la Ley. Así lo ha entendido en diversas ocasiones el Tribunal Supremo, al residenciar en la Junta general de accionistas la competencia para apreciar la situación de conflicto de intereses entre los administradores y la sociedad (SSTS. De 28 de junio de 1982 y 9 de septiembre de 1998). La Dirección General de los Registros y del Notariado, en un supuesto en el que se planteaba la posible incompatibilidad de la mayoría de los miembros de un consejo de administración, también ha destacado el principio general de competencia de este órgano para la separación de los administradores» (R. de 26 de julio de 1996).

Cuarto.—En cambio, una vez ejercitado en tiempo y forma el derecho de agrupación (artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con los artículos 1 a 4 del RD 821/1991, de 27 de mayo), ha de estimarse que quedan reservadas las correspondientes vacantes a la minoría agrupada, incluso en el supuesto de que quienes hubieran sido designados para cubrir aquellas en primer lugar pudieran estar incurso en la incompatibilidad prevista en el artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Nuestro Derecho atribuye de forma clara e indiscutible a la minoría la facultad de designar un número de vocales en el Consejo proporcional a su participación en el capital social, y la solución contraria equivaldría a la simple inaplicación del artículo 137 de la Ley. El supuesto de hecho que faculta a la Junta general de accionistas para acordar el cese de los consejeros al amparo del artículo 132.2 —la concurrencia de alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 124— se refiere a las personas de los consejeros designados y no al accionista o accionistas que acuden al expediente de la agrupación de acciones.

No es posible tomar en consideración en el limitado ámbito del procedimiento registral el alegado carácter competidor de un accionista, a los efectos de impedirle acudir a los mecanismos que la Ley ha puesto a su disposición para la tutela de sus intereses como minoritario, o de colocarle en una situación de imposibilidad absoluta para designar consejeros que reúnan condiciones de independencia adecuadas. Y ello por el mismo argumento apuntado anteriormente: tanto los nombrados pro acuerdo mayoritario de los socios como los consejeros designados mediante el sistema proporcional están sujetos —salvo en lo que se refiere a su nombramiento o cese— al mismo estatuto legal. La única circunstancia que puede tomar en consideración el Registrador es el dato objetivo de que el hecho de haber sido designados a través del expediente contemplado en el artículo 137 de la Ley no dispensa en lo más mínimo a los nombrados del cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y secreto —con la sociedad y no con el accionista o accionistas que han agrupado sus acciones—, ni excluye la aplicación del régimen de responsabilidad a que están sometidos todos los integrantes del órgano de administración (artículos 127 a 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, en general; artículos 114, 115 y 116 de la Ley del Mercado de Valores, para las sociedades cotizadas en particular).

Finalmente, también presupone la reserva de las vacantes a la minoría agrupada el RD 821/1991, que exige una manifestación de los accionistas agrupados sobre el «mantenimiento» de la agrupación (artículo 5.1), alude a la «subsistencia» de la agrupación «durante el plazo para el que el miembro de dicho órgano hubiera sido nombrado» (artículo 7), y contempla un mecanismo —el nombramiento de suplentes (artículo 6)— para hacer frente a las situaciones en las que «por cualquier causa» el nombrado dejara de pertenecer al Consejo de Administración.

Quinto.—Además de las consideraciones anteriores ha de tenerse en cuenta, en relación a la designación de consejeros por el sistema proporcional, que de la documentación presentada no resulta que se haya hecho constar la agrupación de las acciones en el registro contable de anotaciones en cuenta (artículos 9 y 10 del RD 821/1991, de 17 de mayo), único mecanismo de identificar las acciones agrupadas dada su forma de representación. Tampoco se acredita la aceptación de los consejeros nombrados (artículos 125 de la Ley de Sociedades Anónimas y 141 del Reglamento del Registro Mercantil.)»

En la referida acta notarial de la Junta se expresa lo siguiente: 1.º Que «el Sr. Presidente manifiesta que con fecha 17 de junio de 2004, ha recibido el requerimiento de «Acciona, S. A.», solicitando el derecho de representación proporcional a que se refiere el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas. Ha señalado que, después de una reflexión profunda y responsable sobre esta petición, ha llegado al convencimiento de que siendo «Acciona.» Un competidor directo y efectivo de FCC no puede utilizar el procedimiento elegido, ya que las personas que designe, sin prejuzgar su honorabilidad y capacidad profesional, se convertirían en consejeros dominicales, por el solo hecho de su directa designación por «Acciona», es decir mandatarios de un competidor de la compañía en cuyo Consejo de Administración quieren integrarse. No obstante..., a fin de evitar ser acusados de interferir en el ejercicio de los derechos de un accionista, se ha decidido dar curso a la petición formulada...»; 2.º Que por «Acciona, S. A.», en ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, se nombran tres Consejeros, quienes por no estar presentes aceptarán a la mayor brevedad posible; 3.º Que, propuesta de determinado socio, la Junta acuerda, por mayoría —y con la oposición de «Acciona, S. A.», «Declarar incompatibles para el ejercicio de sus cargos como consejeros titulares de FCC, a las personas designadas en tal condición por «Acciona», y en consecuencia, tener por no hechos como contrarios al interés social, los nombramientos de consejeros que «Acciona» ha realizado por el sistema de representación proporcional con invocación del artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, y en lo necesario, cesar a los referidos consejeros, todo ello al amparo de los artículos 132, apartado 2º y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas, por «Acciona, S.A.» una sociedad competidora y tener las referidas personas intereses opuestos a los de la sociedad»; 4.º Que, habiendo quedado cesa-

dos los consejeros designados por «Acciona, S. A.», se propone cubrir en el mismo acto las vacantes; y, «dado que la petición de «Acciona» no ha llegado a buen fin, se ha de mantener íntegramente la propuesta inicialmente acordada de nombramiento de consejeros», y en consecuencia, se propone como consejeros a los tres señores indicados (D. Fernando Falcó Fernández de Córdoba, D. Daniel Caille y D. Felipe Bernabé García Pérez), quienes son nombrados por acuerdo mayoritario y aceptaron el cargo.

III

Don José María Verdú Ramos, en nombre de Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., interpuso recurso, mediante escrito de 15 de septiembre de 2004 (presentado el mismo día en el Registro Mercantil), contra la anterior calificación, en el que alegó: 1.º Que ni el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas ni el Real Decreto 821/1991, de 27 de mayo, crean una reserva de vacantes a favor de la minoría agrupada, de modo que, habiendo sido separados los consejeros nombrados por Acciona y no habiendo nombrado ésta suplentes, ya sólo existe la posibilidad de que los Tribunales resuelvan sobre la validez del acuerdo de separación. Que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina reiterada de esta Dirección General han declarado que la Junta general, facultada para separar a uno o más administradores, aunque no estuviera previsto en el orden del día, lo está también para su sustitución mediante el nombramiento de administradores que lo sustituyan. Que, aun en el caso de que se admitiera que los tres puestos de consejero deben quedar vacantes —tesis, a su juicio, sin apoyo legal—, Acciona debería haber propuesto otros tres nuevos nombres en la misma Junta (artículo 5.1 del Real Decreto 821/1991). Que, constatada la caducidad de la agrupación al no haber hecho constar Acciona la existencia de la agrupación y los nombramientos por ella efectuados en el correspondiente registro contable de anotaciones en cuenta, antes de que venciera el certificado de legitimación que aportó para requerir su derecho de agrupación, tal agrupación debe declararse como inexistente, con efectos «ex tunc», con las consecuencias que de ello se derivan. Que el Registrador no debe entrar a juzgar si, como expresa en el fundamento de derecho cuarto de su calificación, «nuestro Derecho atribuye de forma clara e indiscutible a la minoría la facultad de designar un número de vocales en el Consejo...» y que «el supuesto de hecho que faculta a la Junta general de accionistas para acordar el cese de los consejeros al amparo del artículo 132.2 —la concurrencia de alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 124— se refiere a las personas de los consejeros designados y no al accionista o accionistas que acuden al expediente de la agrupación de acciones», y ello por dos razones: a) La minoría tendrá derecho a nombrar sus consejeros allí donde no llegue el derecho de la Junta general a cesarlos; b) El artículo 132.1 de la Ley de Sociedades Anónimas remite a las prohibiciones para ser consejeros del artículo 124, pero el artículo 132.2 añade un nuevo supuesto, el de conflicto de intereses del consejero de la minoría con el interés social, definido de forma amplia, «las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad», cuya aplicación confía a la Junta general; y así lo reconoce el Registrador, no sin aportar argumentos que tienden a desvirtuar la existencia de conflicto de intereses; 2.º Que la jurisprudencia ha sido muy clara en la línea de evitar reducir el poder mayoritario de la Junta como consecuencia del derecho de representación proporcional. Que en esta línea, el Tribunal Supremo ha entendido válidas las modificaciones estatutarias que suprimen el Consejo de Administración y lo sustituyen por el Administrador Único, y las reducciones del número de administradores a pesar de que con ello quedarán sin representación en el Consejo minoritarios que hasta entonces la ostentaban (cfr. Sentencias de 29 de noviembre de 1969, 2 de marzo de 1977, 10 de octubre de 1980 y 18 de marzo de 1981). Que, al margen de lo anterior, tanto la jurisprudencia como la doctrina han mantenido siempre la posibilidad de que la Junta general cese a los administradores nombrados por la minoría, cuando menos siempre que exista justa causa. Que en caso de vacante por cese de los administradores designados por el sistema de representación proporcional, el único remedio que ha previsto el Real Decreto 821/1991 es posibilitar la elección de tres suplentes del administrador designado (artículo 6). Que a la hora de interpretar dicha norma, la contradicción entre el probable espíritu de ella de mantener la representación proporcional hasta el término del plazo por el que fue nombrado el consejero de la minoría —manifestado asimismo en la declaración legal de que la agrupación subsistirá durante dicho plazo, según el artículo 7 de dicho Real Decreto— y su letra, poco previsoras o aparentemente limitativas de tal derecho o facultad, es tan evidente que obliga a una elección interpretativa arriesgada. Que el Registrador ha preferido la solución más arriesgada, yendo mucho más allá al afirmar que la Ley y el Real Decreto establecen una vacante a favor de la minoría agrupada, y ello además en un caso en que el minoritario no es un grupo indefenso que se ve oprimido por la mayoría sino una sociedad cotizada en Bolsa, de gran importancia económica, competidora y que conscientemente ha buscado hacer una enorme inversión a sabiendas de todo lo anterior y que procedió a su nombramiento sin designar suplentes. 3.º Que teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya enunciada y las opiniones de determinados autores, debe interpretarse que el Gobierno legislador quiso que la agrupación durara sólo lo que durase efectivamente el mandato de los consejeros nombrados, por lo que para prevenir ceses, dimisiones o cualesquiera otras circunstancias imprevisibles, el Real Decreto, aun sin preverlo el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, permitió que la agrupación designara hasta tres suplentes por cada consejero titular. Que la doctrina ha entendido en supuestos como el presente, en el que un competidor trata de designar por el procedimiento de representación proporcional un consejero, la Junta podría negarse a dar curso a tal petición, puesto que el interés social está por encima de los derechos de la minoría.

Que el Tribunal Supremo ha ratificado esa interpretación sobre la no limitación de las facultades de la Junta por el derecho de representación proporcional (cfr., aparte las Sentencias ya citadas, las de 30 de junio de 1981, 19 de septiembre de 1986 y 29 de julio de 1994); 4.º Que, en trance de cubrirse las vacantes producidas por el cese de los tres consejeros designados por Acciona, ésta no procedió conforme prescribe al apartado 1 del artículo 5 del Real Decreto 821/1991. Que se plantean tres cuestiones: a) Si a la luz de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando llega a ser accionista significativo de una sociedad anónima una compañía competidora, puede ésta o no ser titular del llamado «derecho de representación proporcional» para designar miembros del Consejo de Administración de aquélla, cuestión ésta que, como admite el Registrador, excede del ámbito de su potestad calificadora; b) Si existe una reserva legal de vacante por el cese de cualquier consejero representante de la minoría, cuestión que ha sido resuelta negativamente con base en los argumentos legales, jurisprudenciales y doctrinales anteriormente expuestos; y c) Si esa pretendida reserva de vacantes a favor de la minoría podría llevarse hasta el extremo de conceder a dicha minoría el derecho a mantener sin cubrir las vacantes a ella pretendidamente reservadas, cuestión respecto de la que nadie ha sostenido una respuesta afirmativa, y no lo habría sostenido el Registrador si hubiera captado que esa cuestión también subyacía a los que él decidió. Que debe concluirse admitiendo la competencia de la Junta general de FCC para cubrir esas vacantes y proceder a la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos acordados por la Junta, de suerte que Acciona puede acudir, como ha hecho, a los Tribunales y solicitar en sede judicial las medidas cautelares que crea procedentes; 5.º Que el Registrador ha inaplicado la reiterada jurisprudencia sobre los acuerdos conexos o implícitos, recaída en relación con el ejercicio de la facultad de separación del artículo 131 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero igualmente aplicables al supuesto del artículo 132.2 de dicha Ley (cfr. las Resoluciones de esta Dirección General de 13 de marzo de 1974 y 16 de febrero de 1995 y las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971 y 30 de septiembre de 1985; y 6.º Que solicita se practique la inscripción de los tres consejeros designados por la Junta general de FCC en sustitución de los tres consejeros nombrados por Acciona, previamente separados por la Junta.

IV

El Notario autorizante de la escritura calificada, Don Valerio Pérez De Madrid y Palá, interpuso recurso contra la referida calificación el 17 de septiembre de 2004 (mediante escrito enviado por correo certificado con acuse de recibo), en el que alegó: 1.º Que el 7 de septiembre de 2004 remitió por burofax, certificado con acuse de recibo y certificación de contenido, al Registrador petición de que le informara, conforme al artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil e Instrucción de esta Dirección general de 12 de febrero de 1999, si la nota de calificación es compartida o suscrita por todos los cotitulares del sector de calificación o, caso de no existir, del Registro Mercantil de Barcelona. Que hasta la fecha no ha recibido contestación alguna; 2.º Que no pueden tomarse en consideración como medio para la calificación ni el testimonio notarial del acta notarial de la Junta –porque no goza del carácter de título inscribible y, por ende, no debió causar asiento de presentación alguno–, ni la copia autorizada de dicha acta notarial –por impedirlo el principio de prioridad consagrado en el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil–, por lo que la primacía temporal corresponde al asiento de presentación causado por la aportación de copia autorizada de la escritura de 22 de julio de 2004, y el Registrador debió limitarse a inscribir los nueve consejeros finalmente nombrados por la Junta general, sin intercalar determinación alguna acerca de los administradores designados por el sistema proporcional y seguidamente destituidos por la asamblea, porque no son hechos cuya inscripción se demande. Que no es adecuado resolver sobre la elección de consejeros por el sistema de representación proporcional y la subsiguiente destitución de los nombrados, pues resultan irrelevantes en orden a su constancia registral por carecer de trascendencia frente a terceros, máxime teniendo en cuenta que no llegaron a aceptar los cargos; 3.º Que del juego del principio de prioridad –artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil– unido a la acotación de medios para la calificación –artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del referido Reglamento– resulta que el Registrador no debería haber tomado en consideración el contenido del acta notarial de la Junta para decidir sobre la inscripción de los acuerdos sociales formalizados en la escritura calificada, pues este documento ingresó en el Registro con fecha anterior. Que, según la doctrina de esta Dirección General que detalla (Resoluciones de 2 de enero y 28 de diciembre de 1992, 6 de junio de 1994, 5 de abril de 1999 y 28 de abril de 2000) la consideración de documentos presentados con posterioridad tendrá el límite institucional impeditivo de entrar a dirimir conflictos entre partes, lo que supondría desnaturalizar la función registral, y tan sólo estará excepcionalmente justificada si de aquellos documentos resulta una incompatibilidad total con los acuerdos formalizados en el primero, o si revelan la nulidad de los que constaban en éste. Que teniendo en cuenta dicho límite institucional, la atribución de trascendencia impeditiva de la inscripción a una eventual causa de nulidad no podrá fundarse en la mera probabilidad de que la decisión social cuya inscripción se pretende pudiera resultar finalmente declarada nula por un Tribunal, sino que la ineficacia deberá aparecer de una manera palmaria por evidente contradicción con un precepto imperativo, pues en otro caso, se produciría una extralimitación registral, invadiendo competencias de la actividad jurisdiccional, pero sin las garantías y mecanismos de defensa de intereses que concurren en el proceso judicial. Que, por ello, bastaría con que sea mínimamente sostenible una interpretación favorable al acuerdo cuestionado para proceder a su inscripción, dejando al disidente la posibilidad de impugnarlo ante los Tribunales. Que la

neutralidad defendida guarda coherencia con el esquema legal plasmado en la Ley de Sociedades Anónimas (que dota fuerza ejecutiva al acta que refleja los acuerdos de la junta general –cfr. artículo 113.2– y atribuye al socio disidente la iniciativa en el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales –artículo 117–) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (régimen de suspensión del acuerdo impugnado –cfr. artículos 721, 727.10.ª, 733 y 739–). Que la calificación denegatoria de la inscripción de acuerdos sociales, en cuanto impide la publicidad de tales acuerdos y limita su eficacia, produce un resultado semejante a la medida cautelar de suspensión, pero con la diferencia de que la decisión la toma un funcionario que no goza de poderes jurisdiccionales, los trámites para su adopción no proporcionan a los interesados las garantías del procedimiento judicial, y no tiene la vigencia provisional vinculada a la resolución definitiva de un proceso que decida sobre el fondo de la cuestión. Que la imparcialidad requerida del Registrador en el ejercicio de su función calificadora debe exigirse en casos como el presente; 4.º Que en este supuesto se pone de manifiesto un problema de compatibilidad entre el derecho de representación proporcional concedido a las minorías cualificadas por el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas y la potestad que, para la defensa del interés social, confiere a la junta general de accionistas el artículo 132.2 de la misma Ley, permitiéndole la destitución por acuerdo mayoritario de aquellos administradores que «bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad... a petición de cualquier socio». Que en cuanto a la posibilidad de que los administradores nombrados por la minoría fueran destituidos ad nutum por la mayoría, y respecto de la cuestión de si la junta tiene competencia para reducir el número de miembros del órgano de administración, la jurisprudencia se ha pronunciado claramente a favor de la soberanía de la junta frente a las pretensiones de la minoría (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1969, 2 de marzo de 1977, 10 de octubre de 1980, 18 de marzo y 30 de junio de 1981 y 20 de diciembre de 1986). Que en el caso examinado, el cese de los administradores se produce por aplicación del artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, que dota a la sociedad de un medio de defensa del interés social cuando los administradores incurran en las denominadas incompatibilidades por razón de interés privado (caracterizadas por la Ley mediante una fórmula abierta –intereses contrapuestos a los de la sociedad «bajo cualquier forma»–), confiando la apreciación de las circunstancias determinantes, y la correspondiente decisión, al arbitrio de la junta general, sin perjuicio de la eventual impugnación posterior por los socios disidentes. Que la concreta causa de incompatibilidad apreciada por la junta de 23 de junio de 2004 no viene determinada por las circunstancias personales de los consejeros designados, sino en las atinentes al socio minoritario que los designa, compañía notoriamente competidora de la afectada en todos los sectores fundamentales de su actividad. Que para hacer prevalecer el interés social sobre el particular no puede entenderse –como hace el Registrador– que, cesados los consejeros por la Junta, el socio minoritario con intereses contrapuestos tiene la facultad de nombrar otros administradores en ejercicio del derecho de representación proporcional. Que en el esquema legal la única instancia competente para valorar la situación de oposición al interés social es la junta general, sin perjuicio de que el titular de las acciones agrupadas impugne ante los Tribunales el acuerdo social correspondiente; 5.º Que el funcionario calificador no cuestiona el ejercicio de la facultad concedida a la junta por el artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero rechaza el acceso al Registro de la consecuencia jurídica que de ella se deriva. Que el Registrador admite que en el procedimiento registral no cabe examinar cuestiones de hecho como la efectiva concurrencia de la causa alegada como fundamento de la destitución o la eventual incompatibilidad que pudiera concurrir en el referido accionista minoritario, pero se niega a aceptar la consecuencia necesaria derivada de tal premisa, que es la aceptación del principio general de competencia de la junta en esta materia. Que con la suspensión de la inscripción de los administradores nombrados por el socio minoritario, el Registrador comete una doble irregularidad, porque no es un acuerdo cuya inscripción se haya solicitado en el título que goza de prioridad, y porque de nada sirve suspender la inscripción de un acto que, si llega a ser inscrito, deberá ser inmediatamente desvirtuado por el cese acordado acto seguido, cuya validez el funcionario calificador no cuestiona; 6.º Que con el pronunciamiento recurrido el Registrador interfiere en un conflicto entre partes, invirtiendo las posiciones que a cada una de ellas asigna el diseño legal (la parte interesada en obtener una declaración judicial de validez del acuerdo final adoptado en la junta, es decir la propia sociedad, carece de acción para demandarla, mientras que el socio legitimado para instar su ineficacia ex artículo 117 de la Ley de Sociedades Anónimas, al ver satisfechas sus pretensiones, al menos parcialmente, verá disminuido o perdido el interés en ejercitar tal actuación. Al impedir la inscripción en el Registro de unos administradores legítimamente nombrados y que se encuentran en posesión de sus cargos (artículos 125 de la Ley de Sociedades Anónimas) se les veda –indefinidamente, a diferencia de lo que ocurre con las medidas judiciales cautelares– el acceso a funciones que requieran designación posterior para el desempeño de funciones que a su vez precisen de la inscripción en el Registro Mercantil, como sucede con el ejercicio de facultades delegadas (artículo 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas). En cambio, si se hubiera inscrito el nombramiento debatido, devendría inatacable por el transcurso de un año desde la publicación de la inscripción en el BORME (artículo 116 de la Ley de Sociedades Anónimas); mientras que con la calificación negativa se obstaculiza de modo insalvable el logro de seguridad jurídica que supone la prescripción, pues impide el advenimiento del «dies a quo».

V

El Notario que levantó acta de la Junta, don Eduardo Nebot Tirado, a quien se dio traslado del recurso interpuesto, manifestó el 23 de septiembre de 2004 que no efectúa alegación alguna por haber sido puramente testimonial su intervención en dicha Junta.

VI

Por haberse dado traslado de los referidos recursos por el Registrador Mercantil a la sociedad ACCIONA, S. A., esta entidad, en escrito enviado el 8 de octubre al Registro por correo certificado con aviso de recibo, presentó las siguientes alegaciones: 1.º Que para calificar si el nombramiento debatido era o no contrario a Derecho resultaba esencial que el Registrador tuviera conocimiento de lo acontecido en la Junta general de 23 de junio de 2004, y no existía la seguridad de que en la escritura de elevación a público de ese acuerdo de nombramiento se reflejara que se produjo dicho nombramiento para cubrir tres puestos del Consejo que en esa misma Junta había cubierto la minoría por el sistema proporcional, y por ello se presentó, con esa única finalidad, primero testimonio notarial y después copia autorizada del acta notarial de la Junta. Que la presentación de la referida acta notarial se realizó al amparo de una consolidada doctrina de esta Dirección General a la que se refiere el fundamento primero de la calificación del Registrador. Que la calificación registral se extiende por imperativo legal a la validez del contenido de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción (artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), y el Registrador, sin extralimitación alguna, ha controlado la validez del contenido de la escritura pública teniendo en cuenta también lo que relata el acta notarial de la junta general. Que el principio de prioridad a la que se refiere el Notario recurrente no sólo se diluye y confunde en el Derecho registral mercantil, según los casos, bien con el principio de tracto sucesivo, bien con el de legitimación, sino que ha de interpretarse en conexión con la global significación y finalidad del Registro (Resolución de 5 de abril de 1999), por lo que debe ceder en beneficio de otros principios, como en este caso el de legalidad, sin que se oponga a ello la limitación de los medios para la calificación a la que alude dicho recurrente; 2.º Que los recurrentes carecen de interés legítimo para recurrir porque, después de la interposición de los recursos, los administradores de cuya inscripción se trata hayan dimitido para ser inmediata y posteriormente nombrados dos de ellos por cooptación; 3.º Que el recurso interpuesto el 17 de septiembre de 2004 por el Notario autorizante de la escritura se ha presentado fuera de plazo, pues recibió la nota de calificación el 9 de agosto de 2004 mediante fax, conforme al artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Que aunque faltaran la firma del fedatario no duda de la autoridad de dicha nota, y la falta de expresión del plazo para interponer el recurso no puede privar de efectos a la notificación recibida, porque dicho plazo puede deducirse de la expresa indicación del recurso que corresponde, máxime cuando el destinatario es un profesional del Derecho; 4.º Que el derecho de la minoría a nombrar miembros del Consejo de Administración por el sistema de representación proporcional se trata de un derecho potestativo «ex lege», de suerte que si la minoría agrupa acciones en la proporción correspondiente se produce una esencial vinculación o sujeción de la Junta general de accionistas. Que en el sistema legal, la representación proporcional tutela no sólo el interés de la minoría sino también el interés social como interés común a todos los socios. Que entre las recomendaciones para el buen gobierno de las sociedades cotizadas (Informe Olivencia de 26 de febrero de 1998 e Informe Aldama de 8 de enero de 2003) figura la necesidad de conseguir el necesario equilibrio dentro del Consejo de Administración y que éste represente el mayor porcentaje de capital posible, y, entre otros instrumentos técnicos para conseguir tales objetivos es fundamental el reconocimiento y efectividad de dicho derecho de la minoría; 5.º Que la competencia de la Junta para el nombramiento de administradores no es absoluta, de modo que si la minoría agrupa las acciones para la cobertura de una determinada vacante, la competencia de la Junta desaparece y corresponde a la propia minoría agrupada. Que el respeto al derecho de la minoría no significa que los nombrados a través de este sistema especial no puedan ser cesados por la Junta, sino que, a pesar del cese, la minoría continúa teniendo el derecho a la cobertura de las vacantes, pues en otro caso el derecho de la minoría quedaría sin contenido. Que de seguir la tesis de los recurrentes, la posibilidad de recurrir ante los Tribunales cualquier acuerdo que contrarie ese derecho reconocido por la Ley, el tiempo del proceso corre en contra del derecho de la minoría, dado el plazo legal máximo de duración del cargo de administrador; 6.º Que respecto de la pretensión de que se considere constatada la caducidad de la agrupación por el hecho de haber hecho constar Acciona, S. A. la existencia de la agrupación y los nombramientos por ella efectuados en el correspondiente registro contable de anotaciones en cuenta, antes de que venciera el certificado de legitimación que aportó para requerir su derecho de agrupación, debe oponerse: a) Que no obra en el expediente documento alguno acreditativo de que no se haya hecho constar en ese registro la existencia de la agrupación y los nombramientos efectuados; b) Que los denominados certificaciones de legitimación no son constitutivos de dicha legitimación, por lo que la caducidad de los mismos afecta al ejercicio futuro de los derechos, pero en modo alguno afecta a los derechos ya ejercitados; y c) Que la agrupación no exige como requisito constitutivo el estampillado de los títulos o la consignación de la misma en dicho registro; 7.º Que la agrupación no se extingue por virtud del cese de los nombrados por la minoría acordado por la Junta general, sino que la lógica del sistema exige que, decaído por cualquier causa el administrador nombrado por la minoría, continúa correspondiendo a ésta, en tanto se mantenga la agrupación, el derecho de cobertura de la vacante, y esa facultad se perpetúa durante el

período legal o estatutario de duración del cargo de administrador, aunque no obliga a una cobertura automática e inmediata de la vacante cuando esa minoría considere que el cese del vocal por el no nombrado vulnera normas imperativas y pretenda impugnar el acuerdo de cese; 8.º Que la agrupación tampoco se extingue por el hecho de que no existieran suplentes para la cobertura automática de las vacantes producidas por ese acuerdo mayoritario, pues la posibilidad de nombrar suplentes se trata de un derecho complementario que la minoría puede ejercitar o no.

VII

El Registrador emitió su informe mediante escrito que tiene fecha de 18 de octubre de 2004, en el que: 1.º Detalla lo siguiente: a) Las fechas en que fueron presentados en el Registro diversos documentos relativos a los acuerdos adoptados por la Junta general de accionistas de Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., celebrada el 23 de junio de 2004; b) Las fechas y forma en que se notificó la calificación a los interesados; c) Las fechas de interposición de los dos recursos así como del traslado de éstos a los interesados (uno de ellos a los Notarios don Eduardo Nebot Tirado y don Valerio Pérez de Madrid y Palá, así como a ACCIONA, S. A.; y el otro, el interpuesto por este último Notario, a las dos sociedades indicadas); además consta que la interposición del recurso por Fomento de Construcciones y Contratas, S. A. fue comunicada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores; y d) La fecha en que se recibieron las alegaciones de ACCIONA, S.A.; 2.º Hace constar que los tres consejeros nombrados por la Junta cuya inscripción se denegó han presentado su dimisión y, al haberse producido vacantes adicionales, fueron designados para cubrirlos por el Consejo de Administración con sujeción a lo previsto en el artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas; 3.º Alega como fundamentos de derecho, además de remitirse a los expresados en su calificación: a) Que la nota de calificación ya apuntaba la necesidad de cumplir los requisitos necesarios para la efectividad de la agrupación a los que se refiere uno de los recurrentes; b) Que se trata de delimitar el ámbito competencial de la Junta general de accionistas y el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, de obligada aplicación, introduce una significativa restricción en la facultad de designar a los administradores que ordinariamente corresponde a la Junta; c) Que la tesis que se sigue en la nota de calificación, según la cual la Ley reserva las vacantes producidas por el cese de los administradores nombrados por el sistema de representación proporcional a favor de la minoría agrupada es trasunto de la opinión de determinado tratadista; d) Que no procede tomar en consideración la jurisprudencia sobre «acuerdos conexos» a la que se refiere uno de los recurrentes; e) Que las notificaciones de la calificación a los fedatarios públicos que habían intervenido en la documentación presentada se dirigieron a las respectivas direcciones de fax o correo electrónico, y según la documentación obrante en el Registro la documentación fue recibida por el recurrente Sr. Pérez de Madrid y Palá a las 10:04 horas del 12 de agosto de 2004. Que en cuanto a los otros escritos a los que se alude por este recurrente, fueron debidamente contestados mediante oficios de 9 y 27 de septiembre; f) Que, respecto de las consideraciones del recurrente sobre los medios de calificación empleados por el Registrador, aquél no ha tenido en cuenta el contenido del artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil, y cuestiona una doctrina reiterada y consolidada de esta Dirección General a la que se ha ajustado la nota de calificación. Que nada impide a este Centro Directivo apartarse de sus pronunciamientos anteriores, pero «parece razonable pensar que deberían concurrir para ello razones de fondo suficientemente poderosas. Especialmente si, como sucedería en este caso, la alteración se produce al margen de todo cambio normativo y es imputable a la pura discrecionalidad del órgano decisorio». Que si desde el punto de vista de la estricta legalidad ningún crédito puede reconocerse a la pretensión del recurrente, tampoco parece que, por razones de oportunidad –atendida la trascendencia del caso– sea éste el lugar más adecuado para cuestionar precedentes bien establecidos. Que en la posición del recurrente subyace la pretensión de que sólo se debe reconocer el carácter de título inscribible a un documento de contenido incompleto. Que «en esta tesitura parece temerario que, tanto el Registrador en su calificación como el Centro Directivo al resolver en esta fase del procedimiento, pudieran asumir una línea de actuación distinta a la que resulta de la nota, por las evidentes responsabilidades –de toda índole– que tal «sic» arbitrariedad se derivarían»; g) Que tampoco es acertada la invocación al principio de prioridad, que ha de ser modalizado por la calificación conjunta de diversos documentos. Que el desacierto del recurrente deriva de una defectuosa comprensión del funcionamiento del Registro Mercantil. Que la prioridad es una técnica para resolver conflictos entre diversas situaciones jurídicas sobre un mismo bien, pues los derechos reales difícilmente pueden coexistir en plano de igualdad. Que nada de esto sucede en un registro de personas, pues falta el presupuesto básico de aplicación del principio: la existencia de «títulos incompatibles». Que, por ello, en los quince años transcurridos desde la reforma reglamentaria de 1989, este Centro Directivo no ha tomado en consideración la prioridad como criterio de resolución de conflictos, y el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil carece de soporte normativo en el Código de Comercio o en cualquier otra norma de rango legal; y h) Que, en consecuencia, acuerda mantener la calificación en todos sus extremos. Y se añade que, conforme a las disposiciones vigentes se notifica esta decisión a los recurrentes y a los demás interesados.

El expediente de los recursos fue elevado por el Registrador a esta Dirección General con fecha de recepción en este Centro el 2 de noviembre de 2004.

VIII

El 3 de noviembre de 2004 tuvo entrada en esta Dirección General escrito, de la misma fecha, formulado por el Notario recurrente, don Valerio Pérez de Madrid y Palá, en el que alega: 1.º Que el 7 de septiembre de 2004 requirió del Registrador, mediante burofax (entregado en el Registro el día 8), que le comunicara si la nota de calificación es compartida por todos los Registradores Mercantiles del sector o de la plaza de Barcelona, conforme al artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil desarrollado por la Instrucción de esta Dirección general de 12 de febrero de 1999. Que en su petición se identificaba la escritura calificada por su fecha y número de protocolo, y, por su fecha, la nota de calificación emitida por el Registrador, según se acredita con fotocopia del escrito de dicha petición. Que a primera hora del 17 de septiembre de 2004 (y antes de recibir el escrito del día 9 a que se hará referencia aduciendo falta de datos) entregó a la mensajería su recurso contra la calificación, para su imposición por correo certificado con acuse de recibo. Que el 17 de septiembre de 2004, a mediodía, recibió por correo certificado con acuse de recibo escrito del Registrador (fecha del 9 de septiembre) manifestando que, por falta de datos, no era posible identificar el documento al que se refería su burofax de 7 de septiembre, y que a tales efectos se precisa el nombre de la entidad o empresario y el número de asiento y diario que acusó la presentación del documento. Que mediante burofax del día 20 de septiembre remitió al Registrador los datos por éste solicitados. Que el 5 de octubre de 2004 recibió por correo certificado con acuse de recibo escrito del Registrador por el que se comunica que no procede contestar a su petición «por incidir en un tema de estricta organización interna del Registro Mercantil de Barcelona»; 2.º Que tales hechos resultan, de una parte, una falta de cooperación por parte del Registrador en la contestación a la primera comunicación (artículo 222, párrafo 8 de la Ley Hipotecaria); y de otra, un evidente cambio de criterio entre las dos comunicaciones. Que la petición se deniega sin dar justificación ni razón alguna de por qué la cuestión se considera de organización interna del Registro. Que pretende sólo que se diga si ha cumplido o no la previsión del artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil y, en el primer caso, cuál ha sido la opinión de los cotitulares del Registro Mercantil de Barcelona. Que basa su petición en los siguientes fundamentos de derecho: a) Del propio artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil resulta que no se trata de una mera cuestión interna del Registro pluripersonal y que afecta a todos los interesados en la inscripción, al permitir que el Registrador que estime procedente la inscripción la practique bajo su responsabilidad. El artículo 15 no es un mero desarrollo del artículo 60, y así lo evidencia la Instrucción de esta Dirección General de 12 de febrero de 1999. Se trata de un procedimiento más, junto con la calificación sustitutiva prevista en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria desarrollada por Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, para facilitar la inscripción del título. No se puede mantener su derogación porque, aparte que no se ha expresado, se diferencian ambos procedimientos en la reglamentación más sencilla del que se solicita en este recurso—en principio debe aplicarlo de oficio el Registrador— así como en los Registradores a que afecta; b) Que opta por el procedimiento del artículo 329 de la Ley Hipotecaria, aun reconociendo que la actuación del Registrador no está recogida literalmente en ese artículo, si bien la denegación de la calificación debe incluir los supuestos en que ésta no cumple todos los requisitos; c) Que mantiene su interés en la resolución de este recurso incluso después de haber interpuesto el precedente contra la calificación del Registrador pues cualquier modificación en esa calificación podría moverle a desistir o rectificar parcialmente el que tiene presentado; y d) Que por todo ello, solicita que se ordene al Registrador don Heliodoro Sánchez Rus que manifieste si sometió la inscripción de los acuerdos sociales debatidos a la calificación de sus cotitulares del Registro Mercantil de Barcelona; que comunique, en su caso, cuál fue esa calificación o, de no haber cumplido la norma del artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil en su momento, ponga en conocimiento de sus cotitulares la calificación que le ha sido notificada a efectos de subsanar ese incumplimiento; y que, en su caso, se notifique esa nueva calificación a todos los interesados en la inscripción de tales acuerdos sociales.

IX

Como trámite para mejor proveer, esta Dirección General, mediante escrito fechado el 18 de noviembre de 2004 requirió al Registrador Sr. Sánchez Rus para que informara si se cumplió el trámite de poner en conocimiento de sus cotitulares la calificación efectuada, así como, en su caso las razones de no haberlo hecho; y para que remitiera el convenio de distribución de materias actualmente en vigor en el Registro Mercantil de Barcelona.

En escrito fechado el 26 de noviembre de 2004—que tuvo entrada en este Centro el 7 de diciembre de 2004, el Registrador informó: 1.º Que no existe en la regulación vigente el trámite de comunicación al que se alude en la providencia. Que no hay referencia al mismo en el artículo 18 del Código de Comercio y, por el contrario, de dicha norma legal se desprende que la calificación se ejerce de forma individual, como resulta también del artículo 4 de la Orden de 26 de noviembre de 1986, en relación con el Real Decreto 671/1986, de 21 de marzo, de la Resolución de esta Dirección General de 21 de junio de 1990 y de la Instrucción de este mismo Centro de 12 de febrero de 1999. Que cuestión distinta es que deba procurarse—«en lo posible»— la unidad de criterios de calificación (artículo 60 del Reglamento del Registro Mercantil). Que la calificación del Registrador se desenvuelve con sujeción a los principios de independencia y exclusividad, si bien se contemplan determinados mecanismos correctores, como es el recurso y la aplicación del cuadro de sustituciones ex artículo 18.8 del Código de Comercio. Que en los Registros Mercantiles pluripersonales los cotitulares están excluidos del cuadro de sustituciones (cfr. artículos 19 bis y 275 bis de la Ley

Hipotecaria y disposición adicional primera del Real Decreto 1039/2003) y la eventual participación de los cotitulares carece de todo soporte normativo. Que la pretendida existencia de una suerte de «calificación solidaria» no sólo es contraria a disposiciones legales aplicables sino de imposible cumplimiento, atendido el volumen de la documentación a cuyo despacho debe atender el Registro Mercantil de Barcelona. Que el artículo 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil sólo puede contener una previsión especial aplicable únicamente al supuesto de que el convenio suscrito por los cotitulares contemple una distribución en razón de «materias» o «sectores», lo que no es el caso de la organización interna del Registro Mercantil de Barcelona; y entendido de cualquier otra forma el precepto reglamentario citado sería nulo por entrar en conflicto con el régimen legal del artículo 18 del Código de Comercio y disposiciones concordantes; 2.º Que aun cuando en el Registro Mercantil de Barcelona se hubiera adoptado una organización por sectores o materias, tampoco se darían en este caso los presupuestos de aplicación del artículo 15 del mencionado Reglamento. Que las comunicaciones del Notario Sr. Pérez de Madrid se circunscriben a un aspecto del funcionamiento interno del Registro Mercantil de Barcelona. Que no puede reconocerse a la petición formulada por dicho Notario el carácter de solicitud de calificación alternativa, al haber sido realizada fuera de plazo. Que aun cuando hubiera formulado una petición expresa y en tiempo oportuno, la Instrucción de 12 de febrero de 1999 sólo reconocía legitimación al «presentante» o a los «interesados», no al Notario autorizante del documento. Y que, aun cuando, con carácter general, pudiera reconocerse al Notario autorizante legitimación para la actuación debatida, tal habilitación habría decaído en el presente caso, pues una vez que el propio otorgante de la escritura ha adoptado una determinada línea de actuación recurriendo la calificación no hay términos para actuaciones divergentes por el Notario autorizante del documento.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18.2 y 20 del Código de Comercio; los artículos 19-bis y 322 a 329 de la Ley Hipotecaria; la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; los artículos 93.1, 115 a 121, 123, 132 y 137 de la Ley de Sociedades Anónimas; el artículo 17.2.bis de la Ley del Notariado; los artículos 6, 7, 10, 15, 62, 80, 94.10, 141, 142, 155 y 157 del Reglamento del Registro Mercantil; los artículos 1 a 7, 9 y 10 del Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo; las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980, 18 de marzo y 30 de junio de 1981, 19 de septiembre de 1986, 29 de julio de 1994 y de 22 de mayo de 2.000 (ésta de la Sala Tercera), entre otras; la Instrucción de esta Dirección General de 12 de febrero de 1999; y las Resoluciones de 13 de febrero, 25 de julio y 23 de octubre de 1.998, 5 de abril, 29 de octubre de 1999, 28 de abril de 2.000, 31 de marzo y 13 noviembre de 2001, 23 de enero, 8 de febrero, 3 y 31 de marzo y 17 de noviembre de 2003, y 3 de enero, 6 de julio y 13, 15, 16, 17, 20, 21 y 22 de septiembre de 2004, entre otras.

1. Como cuestión previa, de índole procedimental, se plantea si la interposición del recurso por parte del Notario autorizante de la escritura calificada ha de tenerse o no por extemporánea.

La disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, establece la aplicabilidad a la calificación de los Registradores Mercantiles y de Bienes Muebles de «La regulación prevista en la sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del Registrador de la Propiedad», y en esa sección normativa se incluyen los artículos 322 a 329 de la Ley Hipotecaria. Por ello, en caso de calificación negativa el Registrador Mercantil debe ineluctablemente notificarla al Notario autorizante de la escritura calificada en el plazo y la forma establecidos en el artículo 322. En este precepto, y en garantía de los interesados, se incrementan notablemente los requisitos formales de la calificación negativa del Registrador, con la lógica consecuencia de que la omisión en la calificación de tales requisitos formales o falta de notificación de la misma impida que pueda entenderse que el recurso gubernativo se haya interpuesto fuera de plazo. En el presente supuesto el Notario recurrente reconoce que recibió por medio de telefax nota de calificación, por lo que no es necesario decidir ahora si tal medio de comunicación es suficiente para acreditar la recepción de dicha notificación (cfr. el propio artículo 322 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre); pero, habida cuenta que, según afirma dicho recurrente, en dicha notificación se omitieron algunos de los requisitos formales que ha de observar la calificación y su cumplimiento no ha sido acreditado por el Registrador, no puede estimarse que el recurso sea extemporáneo.

Por otra parte, y en contra de lo pretendido en una de las alegaciones reseñadas en los precedentes antecedentes de hechos, no puede considerarse que los recurrentes carezcan de legitimación por el hecho de que, después de la interposición de los recursos, los administradores de cuya inscripción se trata hayan dimitido para ser inmediata y posteriormente nombrados dos de ellos por cooptación. Según la Sentencia del Tribunal Supremo—Sala Tercera— de 22 de mayo de 2.000, el objeto del recurso gubernativo no es el asiento registral sino el acto de calificación del Registrador, de manera que se trata de declarar si la calificación del Registrador, al denegar la inscripción por concurrir defectos subsanables, fue o no ajustada a Derecho. Y ello es posible jurídicamente, aunque el asiento se haya practicado una vez subsanados los defectos apuntados por el Registrador—o, según cabe añadir, se haya logrado la finalidad perseguida mediante otro asiento equivalente, como acontece en el presente caso—, y tiende, entre otros fines, a evitar que la carga o gravamen, impuesto por la incorrecta

calificación, lo soporte el interesado o el Notario autorizante de la escritura pública (cfr. el último párrafo del artículo 325 de la Ley Hipotecaria).

2. También como cuestión formal previa, debe recordarse una vez más que el informe del Registrador no es el cauce procedimental idóneo para incluir nuevos argumentos o para ampliar los ya expuestos en defensa de su nota de calificación. La aplicación de un mero principio de seguridad jurídica obliga a que el funcionario calificador exponga en su calificación la totalidad de los fundamentos de Derecho que, a su juicio, impiden la práctica del asiento solicitado.

Es cierto que la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, establece la aplicabilidad a la calificación de los Registradores Mercantiles y de Bienes Muebles sólo de «La regulación prevista en la sección 5.^a del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del Registrador de la Propiedad», y en esa sección normativa se incluyen los artículos 322 a 329, pero no el referido artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria. Por otra parte, la Ley 24/2001 no ha introducido en el Código de Comercio un precepto análogo a este último en lo relativo al contenido de la calificación negativa (a diferencia de lo prevenido respecto del plazo de calificación y calificación por Registrador sustituto en caso de calificación extemporánea o negativa, en los nuevos apartados 4 a 8 del artículo 18 de dicho Código). Mas también es cierto que, tratándose del Registro Mercantil, el contenido de la calificación negativa del Registrador es objeto de regulación únicamente reglamentaria (cfr. artículo 62 del Reglamento del Registro Mercantil), y ésta ha de ser interpretada a la luz de las nuevas disposiciones de la Ley Hipotecaria, en la medida en que no sean incompatibles con la regulación del Registro Mercantil (máxime si se tiene en cuenta que el artículo 80 del Reglamento del Registro Mercantil se remite, en todo lo no previsto en su Título I –relativo, entre otros extremos, a la calificación y los recursos a que se refiere el capítulo IV– a la normativa hipotecaria en la medida en que resulte compatible. Cfr., también, artículo 329 de la Ley Hipotecaria).

Dicha integridad en la exposición de los argumentos sobre los que el Registrador asienta su calificación es requisito «sine qua non» para que el interesado o legitimado en el recurso (artículo 325 de la Ley Hipotecaria) pueda conocer en su totalidad los razonamientos del Registrador, permitiéndole de ese modo reaccionar frente a la decisión de éste.

Por ello, en las Resoluciones de este Centro Directivo de 23 de enero, 8 de febrero, 3 de marzo y 17 de noviembre de 2003, y 3 de enero de 2004, se expresó que el contenido del informe del Registrador debía reducirse a cuestiones de mero trámite, pues ésta es la única finalidad del mismo, sin que quepa adicionar argumento alguno. Cabe añadir, en este punto, que el informe del Registrador tampoco debe utilizarse como réplica a los argumentos utilizados por el recurrente en su recurso y que, obviamente, no se constituye en una suerte de contestación a la demanda. Cuando este Centro Directivo se está refiriendo a cuestiones de mero trámite, quiere expresar que en dicho informe habrán de incluirse aspectos tales como: fecha de presentación del título calificado y las incidencias que hayan podido existir; por ejemplo, que dicho título se retiró para ser subsanado o para pago de los impuestos que gravan el acto o negocio jurídico sujeto a inscripción; fecha de calificación del título y de notificación a los interesados en éste, etc. En consecuencia, el informe del Registrador no tiene ni debe tener por contenido defender la nota de calificación a la vista del recurso del Notario, exponiendo nuevos argumentos, pues con tal forma de actuar se está privando al recurrente del conocimiento íntegro de las razones por las que el funcionario calificador decidió no practicar el asiento solicitado. En suma, el momento procedimental único e idóneo en el que el Registrador ha de exponer todos y cada uno de los argumentos jurídicos que motivan su decisión es el de la calificación (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria), sin que al emitir el referido informe deba motivar con fundamentos de Derecho su decisión de mantener la suspensión o denegación de la inscripción, como si se tratara de una especie de recurso de reposición, según parece entender el Registrador en este caso (de ahí que, conforme al artículo 327, párrafo séptimo, de la Ley Hipotecaria, no sea la decisión de mantener la calificación lo que haya de notificarse a los interesados, sino únicamente la de rectificar dicha calificación con la consiguiente inscripción del título). Y mucho menos cabe admitir que dicho Registrador en tal informe, en vez de especificar más detalladamente los distintos trámites del expediente con justificación documental sobre los mismos y sobre su diligente cumplimiento de las disposiciones vigentes, llegue incluso a incluir –en los términos claramente inapropiados que constan reseñados en los antecedentes de hechos de esta resolución– calificativos sobre una eventual decisión de este Centro Directivo contraria al criterio que resulta de la calificación impugnada.

La conclusión de cuanto antecede es que no pueden tenerse en cuenta las alegaciones del Registrador contenidas en su informe, en cuanto exceden del ámbito material propio de éste a tenor de la normativa vigente y de las reiteradas Resoluciones de este Centro Directivo.

Por otra parte, y también como cuestión procedimental, cabe precisar que aunque según el artículo 327, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria (redactado por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre), el Registrador debe trasladar el recurso a los titulares cuyos derechos consten presentados, inscritos, anotados o por nota al margen en el Registro y que puedan resultar perjudicados por la resolución que recaiga en su día, esta norma ha de ser interpretada en sus justos términos, sin que pueda servir de base para reputar como interesado en dicho procedimiento otras personas distintas de dichos titulares. En efecto, mediante el recurso gubernativo se pretende asegurar la efectividad del derecho a la inscripción del título y aunque en la regulación actual de dicho procedimiento se hayan introducido algunas cautelas para asegurar la debida protección de determinados terceros titulares de derechos que pudieran resultar afectados por la inscripción cuya práctica se solicita por el recurrente, ello no autoriza al Registrador para, arrojándose la facultad para actuar como una suerte de juez del procedi-

miento, reconozca como interesados en éste –aunque sólo sea a los efectos de recibir comunicación sobre la interposición del recurso– a otras personas o entidades, como en este caso ha entendido el Registrador respecto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La improcedencia de la actuación del Registrador respecto de tal extremo es evidente, pues el artículo 327, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria tasa respecto de organismos públicos los supuestos en los que el Registrador debe darles traslado. Así, sólo cabe tal traslado cuando la calificación negativa se funde en la falta u omisión de una licencia o autorización de cualquier autoridad u organismo público. Y resulta palmario que no nos encontramos ante este supuesto, por lo que debe concluirse que también en este caso se ha producido por parte del Registrador una extralimitación ajena a las previsiones legales.

3. Mediante el escrito reseñado bajo el precedente expositivo VIII de hechos, el Notario recurrente plantea la cuestión relativa al incumplimiento por parte del Registrador de la norma del artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil, desarrollada por la Instrucción de esta Dirección General de 12 de febrero de 1999. Dicho Notario solicita que de no haber cumplido el Registrador la citada norma reglamentaria en su momento, se ponga en conocimiento de sus cotitulares la calificación que le ha sido notificada a efectos de subsanar ese incumplimiento; y que, en su caso, se notifique esa nueva calificación a todos los interesados en la inscripción de tales acuerdos sociales.

Debe recordarse que dicho precepto reglamentario en caso de Registro Mercantil servido por varios titulares, si el Registrador competente para calificar apreciara defectos, impone la obligación de ponerlos en conocimiento del resto de cotitulares del mismo sector, según el convenio de distribución de materias existente en dicho Registro, de modo que si alguno de los restantes titulares entendiere procedente la operación la practicará bajo su responsabilidad.

Examinado el presente expediente, no cabe duda de que el Registrador Mercantil que ha calificado no ha dado cumplimiento al contenido del artículo 15 del citado Reglamento del Registro Mercantil.

Este incumplimiento obliga a que esta Dirección General valore sus consecuencias, dado que las mismas pueden ser diversas atendidos los sucesos acaecidos con posterioridad a la calificación recurrida.

Como punto de partida, es innegable que el artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil no es sólo un precepto que atiende a la forma de la calificación, sino que se dirige al fondo de la misma, esto es, a la formación de criterio del órgano calificador. Desde esa perspectiva, dicho incumplimiento debería ocasionar la máxima consecuencia, esto es, que este Centro Directivo ordenara que por parte del funcionario calificador se diera cumplimiento estricto al contenido de ese precepto. Lo que ocurre es que el cauce legalmente establecido para ello no es propiamente el recurso gubernativo (en que se ha de decidir si la concreta calificación registral es o no fundada en Derecho) sino el correspondiente recurso de queja ex artículo 329 de la Ley Hipotecaria –procedimiento al que alude el propio Notario recurrente– a mayor abundamiento, aunque por esta última vía se procediera a retrotraer el expediente para que se calificara de nuevo por los cotitulares del Registro Mercantil, lo cierto es que en este concreto supuesto no serviría para conseguir la inscripción inicialmente pretendida toda vez que, como ha quedado expuesto, los consejeros nombrados por la Junta cuya inscripción se denegó presentaron su dimisión después de la interposición de los recursos y de las tres vacantes producidas, dos han sido cubiertas por el procedimiento de cooptación previsto en el artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En conclusión de cuanto antecede, la respuesta lógica al incumplimiento del artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil sería retrotraer el expediente para que se dictara una nueva calificación. Ahora bien, esa retroacción en este concreto supuesto y por las razones expuestas, no ocasionaría más que perjuicios a la mercantil recurrente que tras la dimisión de los tres consejeros designados ha nombrado a dos nuevos por el sistema de cooptación.

Obviamente, si el expediente se retrotrajera al momento de la calificación para que se calificara de nuevo, nos encontraríamos que ya existe un nombramiento de dos consejeros, lo que obligaría a indagar las consecuencias de esa nueva calificación en cumplimiento del artículo 15 del citado Reglamento del Registro Mercantil con los lógicos perjuicios para la mercantil recurrente. En suma, es la dimisión o renuncia de esos tres consejeros y el nombramiento de dos nuevos lo que impide que esta Dirección General ordene la retroacción del expediente para que se califique de nuevo el título.

Además, debe resaltarse que con arreglo a la actual regulación del recurso frente a la calificación, las consecuencias son claramente diversas. En efecto, de resolverse en el sentido expuesto –retroacción del expediente y nueva calificación– la Resolución que dictara esta Dirección General sería inútil, pues su eficacia sería suspendida mediante la simple interposición de un recurso ante el Juzgado de lo Mercantil competente (art. 328, párrafo sexto, de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre), recurso para el cual estaría legitimado no sólo el Registrador Mercantil, sino, en principio, aquél a quien éste ha dado traslado del expediente, lo que situaría a Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., si deseara ejecutar la Resolución de este Centro Directivo, ante la necesidad de prestar la correspondiente caución o fianza, siendo así que ya ha nombrado dos consejeros por cooptación.

4. Por lo que se refiere al fondo del asunto, en este expediente concurren las siguientes circunstancias:

a) El 26 de julio de 2004 se presenta en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados el 23 de junio de 2004 en Junta general universal de la sociedad por los que se nombra como miembros del Consejo de Administración a determinadas personas, en la forma detallada en la certificación que queda incorporada a tal escritura; b) El 23

de julio de 2004 se había presentado testimonio notarial del acta notarial de dicha junta, que fue retirado y el 28 de julio se presentó en su lugar copia auténtica de la referida acta notarial, según la cual: determinada sociedad accionista designó tres consejeros –que no aceptan el cargo en dicho acto– mediante el sistema de representación proporcional previsto en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas; y después de manifestar el Presidente de la Junta que considera que la sociedad que realiza esa designación no puede utilizar el procedimiento elegido por ser un competidor directo y efectivo de la sociedad de cuya Junta se trata, se adoptó por mayoría el acuerdo de declarar incompatibles para el ejercicio de sus cargos como consejeros a esas tres personas designadas «y, en consecuencia, tener por no hechos como contrarios al interés social» los nombramientos que se han realizado por el sistema de representación proporcional, «y, en lo necesario, cesar a los referidos consejeros, todo ello al amparo de los artículos 132, apartado 2º y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas», por ser la sociedad que los ha designado «una sociedad competidora y tener las referidas personas intereses opuestos a los de la sociedad»; asimismo, en sustitución de los designados mediante representación proporcional, la Junta nombró tres consejeros a propuesta del Consejo de Administración y por acuerdo mayoritario; c) En su calificación –y aparte otros defectos no impugnados– el Registrador deniega la inscripción del nombramiento de estos tres últimos consejeros «por haberse realizado su nombramiento fuera del ámbito competencial de la Junta general de accionistas (artículo 93.1 en relación con el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas)».

5. Se suscita en primer lugar la cuestión relativa a los medios que puede o debe tener en cuenta el Registrador en su calificación, toda vez que el artículo 18 del Código de Comercio establece que los Registradores deberán calificar los documentos presentados por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro.

Alega el Notario recurrente que no pueden tomarse en consideración como medio para la calificación ni el testimonio notarial del acta notarial de la Junta –porque, a su juicio, no goza del carácter de título inscribible y, por ende, no puede causar asiento de presentación alguno–, ni la copia autorizada de dicha acta notarial –por impedirlo el principio de prioridad consagrado en el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil–.

Ciertamente, en determinadas ocasiones este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 13 de febrero y 25 de julio de 1.998, 29 de octubre de 1.999, 28 de abril de 2.000 y 31 de marzo de 2.001), ante situaciones de conflicto entre socios que se traducían en contenidos documentales contradictorios que no permitían comprobar si se había logrado o no un determinado acuerdo o cuál entre los que se pretendía que lo habían sido debía prevalecer, ha respaldado la decisión de rechazar la inscripción a fin de evitar la desnaturalización del Registro Mercantil en cuanto institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas –a través de un procedimiento en el que no juega el principio de contradicción– y cuya realidad y legalidad haya sido comprobada, en el ámbito que le es propio, por el trámite de la calificación registral, y no a la resolución de las diferencias entre los socios que sólo a los Tribunales corresponde.

No obstante, tampoco puede olvidarse que, a la vista de los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 y 10 del Reglamento del Registro Mercantil, la regla general es que, en su función calificadora, los Registradores Mercantiles han de tener en cuenta el juego del principio de prioridad, lo que les obliga a tomar en consideración, junto con el título que es objeto de la misma, los asientos del Registro existentes al tiempo de su presentación, y, en consecuencia, en cuanto tengan asiento de presentación vigente en tal momento, los documentos presentados con anterioridad, no los que accedan al Registro después (cfr. Resoluciones de 23 de octubre de 1.998, 5 de abril de 1.999, 13 de noviembre de 2.001 y 6 de julio de 2004), de suerte que sólo excepcionalmente cabe admitir la posibilidad de que los Registradores Mercantiles puedan y deban tomar en consideración algún documento referente al mismo sujeto inscrito o inscribible que, aun presentado después del que se califica, resulte respecto de éste incompatible u opuesto, a fin de lograr un mayor acierto en la calificación y evitar la práctica de asientos inútiles e ineficaces. Pero esa posibilidad no puede generalizarse fuera de casos excepcionales como son aquellos en que se ha admitido, cuando existe incompatibilidad total entre los que se presentan como acuerdos adoptados por un mismo órgano social en la misma reunión y documentados por separado. Además, tales modalidades no pueden llevar en ningún caso al extremo de desvirtuar totalmente aquella regla temporal, rechazando el despacho del título anterior so pretexto de la posterior presentación de un documento que no acredite o evidencie la falta de autenticidad o nulidad de aquél. A este efecto, sería suficiente que tal extremo se justificara fehacientemente, por ejemplo, mediante acta notarial de la Junta en que se hubiera adoptado el acuerdo que fuera contradictorio con el de nombramiento de nuevo administrador que se pretende inscribir, toda vez que el nombramiento que se verifica mediante dicha acta notarial goza de la presunción de veracidad inherente a tal documento público ex artículo 17.2.bis de la Ley del Notariado (En cambio, la simple manifestación sobre el nombramiento realizada por el titular registral de la facultad certificante no goza de presunción de veracidad alguna; lo único que se presume conforme a los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil es que la facultad certificante está atribuida legalmente a quien figura como titular en el Registro Mercantil).

En el presente caso, para resolver la cuestión planteada no es necesario entrar en la falta de idoneidad del testimonio notarial del acta notarial de la Junta –al haber sido retirado antes del momento de la calificación–; y, respecto de la copia autorizada de dicha acta, no cabe apreciar la existencia de una total incompatibilidad entre el acuerdo en ella documentado y el que se elevó a público mediante la escritura calificada, ni se puede estimar que de aquélla

resulte la falta de autenticidad o la flagrante nulidad del acuerdo documentado en ésta –salvo que, respecto de este vicio se prejuzgue sobre la cuestión que es objeto de análisis en el siguiente fundamento de derecho–.

6. Según la calificación del Registrador, el debatido nombramiento de Consejeros se ha realizado fuera del ámbito competencial de la Junta general porque, a su juicio, una vez ejercitado el derecho a designar miembros del Consejo por el sistema de representación proporcional establecido en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, ha de estimarse que quedan reservadas las correspondientes vacantes a la minoría agrupada, incluso en el supuesto de que quienes hubieran sido designados pudieran incurrir en la incompatibilidad establecida en el artículo 132.2 de dicha Ley.

La cuestión nuclear que plantea tal impedimento a la inscripción solicitada no puede ser resuelta, en el estrecho marco de este expediente, sino atendiendo al ámbito propio de la calificación registral. En efecto, conforme al artículo 18.2 del Código de Comercio, los Registradores calificarán la validez del contenido de los documentos presentados a inscripción, por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro. Pero ello no significa que ejerzan una función de carácter judicial respecto de la cual el título presentado sea un mero medio de prueba. En el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Ahora bien, es igualmente cierto que en nuestro sistema registral no se condiciona la inscripción de un acto a la plena justificación de su validez, ni siquiera a la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante, existiendo algunas circunstancias que pueden determinar su ineficacia y que quedan fuera del ámbito de la calificación registral (vicios de la voluntad, concurrencia de causas de incapacidad no inscritas, etc.); y la facultad que se atribuye al Registrador para calificar esa validez –a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado, y por lo que resulte de los documentos presentados así como de los propios asientos del Registro– implica la comprobación de que, según los indicados medios que puede tomar en cuenta al realizar su calificación, el contenido del documento no es, de forma patente, contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que palmariamente vicie el acto o negocio documentado; pero fuera de tales supuestos no le autoriza para decidir –como acontece en el presente caso, arrogándose funciones propias de los Tribunales– frente a determinada interpretación de la ley sustentada por la jurisprudencia y por un amplio sector de la doctrina científica deba prevalecer otro criterio de su aplicación, con el resultado de impedir la inscripción solicitada, de suerte que quedaría menoscabada la seguridad jurídica y se provocaría al presentante una verdadera indefensión.

En el presente caso, la duda interpretativa surge respecto del alcance que deba atribuirse, conforme a las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, a la soberanía de la Junta general de accionistas a la hora de decidir sobre la idoneidad o incompatibilidad de los nombrados para desempeñar el cargo de miembro del Consejo de Administración en los supuestos en que se pretende ejercitar el derecho a la designación de consejeros por el sistema de representación proporcional ex artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y la determinación del criterio que haya de prevalecer (el defendido por quienes consideran que Junta tiene competencia para impedir el nombramiento de consejeros por la minoría cuando a juicio de aquélla éstos sean designados por una sociedad competidora; o el mantenido por algunos autores, que exige que en caso de vacante sin que exista suplente el nombrado en su lugar sea designado por esa minoría o por la Junta entre los designados por ésta) excede del ámbito de la calificación del Registrador, pues supondría la arrogación extrajurisdiccional de la función de dilucidar en el caso concreto sobre la tutela de los derechos de la minoría (con la consideración, en su caso, de la existencia de un eventual fraude de ley) o sobre la prevalencia del interés de la sociedad tal como ha sido apreciado por la Junta general de accionistas.

En cambio, accediendo a la inscripción cuya práctica es objeto de debate en el presente recurso no se impediría la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del nombramiento de que se trata, mediante la correspondiente acción de impugnación de los acuerdos cuya inscripción se ha solicitado, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales (cfr. artículos 115 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas), pudiendo hacerse constar en el Registro tanto la demanda de impugnación como la resolución firme que ordene la suspensión de los acuerdos, a través de la correspondiente anotación preventiva (cfr. artículos 121 de la Ley de Sociedades Anónimas y 94.10, 155 y 157 del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta Dirección ha resuelto estimar el recurso y revocar la calificación del Registrador, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de derecho, sin perjuicio de lo demás acordado.

Contra esta Resolución pueden recurrir los que resulten legitimados de conformidad con los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria, mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la capital de la provincia donde radica el Registro Mercantil, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal.

Madrid, 14 de diciembre de 2004.–La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Registrador Mercantil XI de Barcelona.