

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**11045** *Resolución de 7 de noviembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles accidental de Burgos a inscribir la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don R. G. P. y don A. G. L., en nombre y representación de la sociedad «Land Hotel, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles accidental de Burgos, don Eduardo Bravo Romero, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Burgos, don Fernando Fuente de la Fuente, el día 15 de abril de 2016, con el número 489 de protocolo, se elevaron a público determinados acuerdos adoptados por la junta general y el consejo de administración de la sociedad «Land Hotel, S.L.», entre ellos el de cese de secretario del consejo y nombramiento de secretario no consejero.

El artículo 19.D.a) de los estatutos sociales dispone lo siguiente: «Organización. Una vez designado por la Junta el número de Consejeros éstos elegirán entre ellos los cargos de Presidente y Secretario, pudiendo designar también los de Vicepresidente y Vicesecretario, siendo los restantes Vocales».

##### II

Después de una anterior presentación que motivó una calificación negativa que no fue impugnada, el día 23 de junio de 2016 se presentó de nuevo en el Registro Mercantil de Burgos copia autorizada de la referida escritura, y fue objeto de la calificación negativa por el registrador accidental, don Eduardo Bravo Romero, en los términos que, a continuación, se transcriben en lo pertinente: «Ramón Vicente Modesto Caballero, Registrador Mercantil de Burgos, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 79/1073 F. presentación: 23/06/2016 Entrada: 1/2016/2.513,0 Sociedad: Land Hotel SL Autorizante: Fuente De la Fuente, Fernando Protocolo: 2016/489 de 15/04/2016 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Presentado nuevamente el documento junto con diligencia de rectificación de 16 de junio de 2016, se reiteran los defectos (...) 4. De conformidad con el art. 19 letra a) de los Estatutos, el nombramiento de Secretario y Presidente (así como el de Vicesecretario y Vicepresidente) debe efectuarse entre los miembros del Consejo, por tanto el Secretario debe ser miembro del Consejo. El defecto es de naturaleza subsanable y tiene su fundamento de derecho en lo establecido en el artículo citado de los estatutos y art. 11 del Reglamento del Registro Mercantil.–5. En consecuencia con el defecto anterior, la expedición de los Certificados de los acuerdos adoptados por la Junta y el Consejo y su respectiva elevación a público, han sido efectuados por persona que no tiene facultad para ello, de conformidad con los artículos 108 y 109 del Reglamento del Registro Mercantil y art. 1259 del C. Civil.–El defecto es de naturaleza subsanable y tiene su fundamento de derecho en lo establecido en los artículos citados». Puesto que se trata de una simple reiteración de la nota de calificación mencionada, los plazos que se relacionan a continuación comenzarán a contar

desde la fecha de notificación de dicha nota de calificación (RDGRN 29.03.2009). En relación con la presente calificación: (...) Burgos, a 27 de junio de 2016. D. Eduardo Bravo Romero (firma ilegible) El registrador accidental».

## III

Mediante escrito, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Burgos el día 11 de agosto de 2016, don R. G. P. y don A. G. L., en nombre y representación de la sociedad «Land Hotel, S.L.», interpusieron recurso contra la calificación anterior con base en los siguientes fundamentos jurídicos: «(...) 1.–La calificación negativa del Registrador, tiene su origen en la interpretación, a nuestro juicio errónea, que hace del contenido del artículo 19 - letra a). de los estatutos, al establecer que el nombramiento de Secretario y Presidente debe efectuarse entre los miembros del Consejo, coligiendo el Registrador que el nombrado tiene que ser necesariamente un miembro del Consejo, y rechazando por tanto la posibilidad de nombrar un Secretario No consejero, posibilidad admitida por la legislación societaria, dado que en muchas ocasiones, especialmente en sociedades de muchos socios y gestión compleja, puede ser muy conveniente el nombramiento de un Secretario No consejero, de carácter profesional, como ocurre en el caso que nos ocupa, en el que el nombrado es un abogado en ejercicio especialista en derecho mercantil. 2.– Pero lo cierto es que el indicado artículo de los estatutos sociales, no está exigiendo que el cargo de Secretario del mismo tenga que recaer necesariamente en un miembro del Consejo, puesto que no dice que el nombramiento tenga que efectuarse de entre los miembros del Consejo, sino que dice entre los miembros del Consejo, sin la preposición de, por consiguiente, cuando el artículo de los estatutos sociales habla de que el Secretario se nombre entre los miembros del Consejo, debe interpretarse por los miembros del Consejo, lo que puede ser una redundancia, pero que no impide el nombramiento de un Secretario no consejero, que en el caso que nos ocupa resulta especialmente útil para la sociedad. La propia Ley de Sociedades de Capital, avala la interpretación anterior en su artículo 249-1, al establecer, con relación al consejero delegado, que «Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación». Claramente utiliza la preposición de, para referirse a que para ser Consejero delegado, necesariamente se ha de ser miembro del Consejo de Administración. La misma Constitución española, en su artículo 152, establece que: «En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa....; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey...» Todas las referencias que encontramos en lo que se refiere a Instituciones, Asociaciones, Fundaciones, Órganos políticos etc. así como en el Diccionario de la Real Academia Española, cuando se trata de elegir a alguien de entre un coto cerrado de personas (Presidente o Secretario de un Consejo, Comunidad Autónoma, Ayuntamiento, Fundación etc.), siempre sin excepción se utiliza la expresión «de entre sus miembros», nunca se habla de que nombrará «Entre sus miembros». La preposición «de» es clave para establecer que la persona a elegir para presidente o secretario de un órgano tiene que ser miembro necesariamente de ese órgano. El cargo de secretario del Consejo de Administración de una sociedad limitada -en realidad, de toda sociedad de capital- puede ostentarlo una persona que no sea consejero [artículo 109.1.a) del Reglamento del Registro Mercantil], que atribuye facultades certificantes al secretario del órgano colegiado de administración, sea o no consejero. No hay ningún precepto que exija que el secretario del Consejo, cuando sea éste el órgano de administración, sea además consejero. Nada impide, no obstante, que estatutariamente, se establezca que el Secretario tenga que ser miembro del Consejo de Administración. Pero habida cuenta de que, como ha quedado dicho, la figura del Secretario no consejero, puede ser de gran utilidad para la sociedad por su especialización, y que la ley permite expresamente esta posibilidad, su prohibición

estatutaria tiene que estar claramente determinada, pues limita una posibilidad legalmente admitida que tiene carácter restrictivo y por consiguiente procede una interpretación estricta. En el caso que nos ocupa, la interpretación procedente, según los argumentos expuestos, es la de que cabe la posibilidad de nombrar un Secretario No consejero de la Sociedad, por lo que decae el defecto número 4 puesto por el Registrador Mercantil. Y como consecuencia de ello, decae también el defecto número 5 de la nota de calificación, toda -vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de RRM, el anterior titular con cargo inscrito se da por notificado en la propia certificación de los acuerdos, como se acredita con su firma notarialmente legitimada en la propia certificación».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 24 de agosto de 2016, el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero, emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe manifestaba que dio traslado del recurso al notario autorizante, sin que se hayan recibido alegaciones.

#### Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 245.1 y 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital, y 109.1.a) del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales relativos al cese de secretario del consejo y nombramiento de secretario no consejero de una sociedad de responsabilidad limitada cuyos estatutos -artículo 19.D.a)- disponen que «una vez designado por la Junta el número de Consejeros éstos elegirán entre ellos los cargos de Presidente y Secretario, pudiendo designar también los de Vicepresidente y Vicesecretario, siendo los restantes Vocales».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, según expresa en su calificación, el secretario debe ser miembro del consejo, toda vez que el mencionado precepto estatutario establece que el nombramiento de secretario y presidente (así como el de vicesecretario y vicepresidente) debe efectuarse entre los miembros del consejo.

Los recurrentes alegan que el indicado artículo de los estatutos sociales no exige que el cargo de secretario del consejo tenga que recaer necesariamente en un miembro de tal órgano, puesto que no se requiere que el nombramiento tenga que efectuarse «de entre los miembros del consejo», sino «entre los miembros del Consejo», expresión ésta que -a su juicio- debe interpretarse como exigencia de que el secretario se nombre por los miembros del consejo.

2. El cargo de secretario del consejo de administración de una sociedad limitada -en realidad, de toda sociedad de capital- puede ostentarlo una persona que no sea consejero [artículo 109.1.a) del Reglamento del Registro Mercantil], que atribuye facultades certificantes al secretario del órgano colegiado de administración, sea o no consejero. No hay ningún precepto que exija que el secretario del consejo, cuando sea éste el órgano de administración, sea además consejero. No obstante, tal exigencia puede venir impuesta en los estatutos con base en la atribución legal al propio consejo de la facultad de autoorganización, al establecer la disciplina mínima de su organización y funcionamiento (vid. artículo 245.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Ciertamente, la exigencia estatutaria de la cualidad de administrador para ser nombrado secretario del consejo resultaría indiscutible si, como ocurre en otros textos legales y, concretamente, en el artículo 249.1 de la misma Ley de Sociedades de Capital, se hubiera empleado la agrupación preposicional «de entre» para delimitar el ámbito subjetivo en el que debe estar incluido el secretario nombrado. Pero en el presente caso, mediante una interpretación gramatical y lógica, atendiendo al contexto de la expresión, debe darse el mismo significado a la frase empleada para indicar que los consejeros «elegirán entre ellos los cargos de Presidente y Secretario»; y es que el hecho de que se haya empleado

únicamente la preposición «entre» seguida de un pronombre personal en plural («ellos») denota también situación dentro del espacio figurado delimitado por las personas designadas. No se utiliza la expresión «por ellos» y en el inciso final se manifiesta que «... siendo los restantes vocales» lo que presupone la condición de consejeros. Este es el significado que debe prevalecer frente al que, propugnando una verdadera tautología que no resulta amparada por el resto del contenido de los estatutos, pretenden extraer los recurrentes. Por ello, el defecto objeto de impugnación debe ser mantenido.

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

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 7 de noviembre de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.