

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**9715** *Resolución de 10 de mayo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Fábrica de Cerámica de Sargadelos, SL contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Lugo a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdo social de nombramiento de un administrador de dicha entidad.*

En el recurso interpuesto por don S. S. G., en nombre y representación de la sociedad «Fábrica de Cerámica de Sargadelos, S.L.» contra la negativa de la Registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Lugo, doña María Núñez Núñez, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdo social de nombramiento de un administrador de dicha entidad.

**Hechos****I**

El 21 de octubre de 2010 se constituyó Junta General de socios de la sociedad «Fábrica de Cerámica de Sargadelos, S.L.», debidamente convocada, con la asistencia de socios titulares de participaciones sociales que representan el 99,08 % del capital social. Los asuntos incluidos en el orden del día son relativos a la propuesta de designación de Auditor de cuentas; información sobre ampliación de capital social; así como información sobre la resolución de Expediente de Regulación de Empleo y sus consecuencias. Según consta en Acta notarial (autorizada por el Notario de Cervo-Burela, don Luis Muiño Fidalgo, el 19 de octubre de 2010, con el número 1523 de protocolo) don S. G. R. presenta en dicha reunión su dimisión como miembro del Consejo de Administración, si bien manifiesta que para evitar la paralización de la sociedad al quedar dicho Consejo con menos del número mínimo de miembros, continúa hasta la próxima Junta General que se deberá celebrar antes de fin de año. En la misma Acta consta que el presidente propuso nombrar como nuevo miembro del Consejo de Administración a don F. J. R. R. en sustitución del dimitido y, como suplente, a la sociedad «Fábrica de Cerámica del Castro, S.L.». Este acuerdo resultó aprobado con el voto favorable del 62,33 % del capital social, absteniéndose el 34,57 %, y votando en contra el 2,18 %.

Mediante escritura autorizada el 30 de noviembre de 2010 por el mencionado Notario de Cervo-Burela, don Luis Muiño Fidalgo, con el número 1757 de protocolo, se elevó a público el acuerdo de cesar como miembro del Consejo de Administración, a petición propia, a don S. G. R. y el de nombramiento como nuevo miembro del Consejo de Administración a don F. J. R. R., cuya aceptación del cargo se acredita mediante escrito con su firma legitimada notarialmente. Dicha escritura tiene como base una certificación expedida por el secretario del Consejo con el visto bueno del presidente.

**II**

Presentadas el 10 de diciembre de 2010 en el Registro Mercantil de Lugo copia autorizada de la citada escritura, en unión de copia autorizada de la referida Acta notarial, fue objeto de calificación parcialmente negativa el 29 de diciembre que a continuación se transcribe en lo que interesa:

«...Fundamentos de Derecho:

Excepto el nombramiento del miembro del órgano de administración, por no figurar en el orden del día de la convocatoria. Es de aplicación el artículo 174 de la L.S.C.

En cuanto a la dimisión de don S. G. R. En unión de acta levantada por el Notario de Burela don Luis Muño Fidalgo, de fecha 19 de octubre de 2010, número 1523 de protocolo. Simultáneamente a la presente nota de despacho se extiende nota simple informativa de la inscripción practicada.

En relación con la presente calificación:

Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...

Puede impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil de esta capital...

Cabe interponer recurso en este Registro Mercantil para la Dirección General de los Registros y del Notariado...».

Dicha calificación fue objeto de notificación el 18 de enero de 2011.

### III

Contra la anterior calificación, don S. S. G., en nombre y representación de la sociedad «Fábrica de Cerámica de Sargadelos, S.L.», interpuso recurso el 18 de febrero de 2011 con las siguientes alegaciones:

Primero.—La colusión que en determinados ámbitos se produce entre la iniciativa institucional, de gestión y representación que corresponde a los Administradores de las sociedades de capital y la iniciativa empresarial atribuida a la Junta General de dichas sociedades —ahora más delimitada en el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque no totalmente por la cláusula de apertura incluida en su apartado i)— se ha venido revisando e interpretando desde hace muchos lustros por nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa; y más en concreto, para el asunto de este recurso, el tema del nombramiento de Administradores en situaciones especiales de fallecimiento, dimisión, separación, etc.

Segundo.—El control del órgano de gobierno —y por tanto el nombramiento y separación de los Administradores— viene atribuido en nuestro ordenamiento jurídico a la Junta General debidamente convocada y constituida. Por tanto, nos encontramos en un punto donde van a confluir actos y hechos del órgano de gobierno —a quien corresponde la convocatoria en *prima facie*— y del órgano soberano que conforma la voluntad social, y tiene que decidir. Pero se debe tener en cuenta que el propio legislador ha modulado este esquema general, y a veces se ha sustraído el ejercicio de estas competencias a la propia Junta General, tratando de evitar situaciones de ineficacia e incluso de paralización en órganos colegiados, —como en el caso de la cooptación (cfr. artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital)— permitiendo nombramientos por el propio Consejo de Administración, perfectos y eficaces, de Administradores con vigencia limitada temporalmente hasta la restitución de la competencia a la Junta General cuando se reúna, y proceda a realizar los nuevos nombramientos. Por otro lado, la competencia de los Administradores también ha tenido que ser modulada cuando no podían o no querían convocar la Junta para que ejerciera sus funciones de control del órgano de gobierno.

Tercero.—Cuando la convocatoria de la Junta General, de socios o en su caso accionistas, no se podía realizar por paralización o inexistencia del órgano de gobierno, se atribuía la competencia a la Autoridad Judicial a iniciativa de los socios —criterio que actualmente se mantiene en algunos supuestos, cfr. artículos. 169 y 171, primer párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital—. Pero como se señala literalmente en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de julio de 2005, fundamento de Derecho 5, in fine, «en el que legitimación de los socios es para solicitar la convocatoria judicial con lo que les exige una actividad, la siempre engorrosa promoción de un procedimiento judicial, por más que sea simplificado, con la necesaria anticipación de gastos que...» la solución no parecía la más operativa, si quedaba algún Administrador con cargo vigente, al que se le ha ido atribuyendo la competencia paulatinamente —desde la iniciativa de la Dirección General (cfr. Resoluciones de 27 de

noviembre de 1995 y 17 de mayo de 1999)– según los tipos sociales, luego a las sociedades de responsabilidad limitada y ahora aplicable a todas las sociedades de capital por aplicación del artículo 171 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Dentro de estos supuestos de imposibilidad para realizar la convocatoria, la dimisión de los Administradores ha dado lugar a una matizada doctrina administrativa, exigiendo ciertos requisitos para su inscripción tales como la aceptación de la Junta General de su dimisión, la aceptación necesaria del propio Consejo con una singular interpretación del artículo 141.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, exigir la convocatoria de Junta incluyendo en el orden del día el nombramiento de nuevos Administradores, tal como recuerda la Resolución de 18 de julio de 2005 en sus tres fundamentos de Derecho. Las razones alegadas para esta interpretación, a veces *extra legem*, han sido literalmente las siguientes:

- «evitando así una perjudicial paralización de la vida social (Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992).
- «Siendo la razón última de tal modo de enfocar el problema evitar situaciones de acefalia que se tradujeran en paralización de la vida social con sus evidentes riesgos así como en demoras y dificultades para proveer el cargo vacante...».
- «El conocimiento de aquella renuncia y su remedio se puede dilatar durante un largo período de tiempo con el consiguiente perjuicio para los intereses sociales que los renunciantes estaban obligados a defender como consecuencia de la aceptación del cargo que pretenden dejar...».

En conclusión, se trataba, en defensa de los intereses sociales, de evitar demoras y dificultades para proveer el cargo vacante en situaciones de acefalia, que podrían originar una transitoria paralización de la vida social.

Cuarto.–Cuando los Administradores no querían convocar para evitar la acción de control y censura de la Junta General, legalmente los socios podían requerir su convocatoria a los Administradores desleales y si no se atendía acudir a la vía judicial; incluso podrían instar la vía judicial cuando no convocasen las Juntas que estatutariamente o legalmente tuvieran la obligación de convocar; régimen que sigue vigente para todas las sociedades de capital (cfr. 168 y 169 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Sin embargo, todo este sistema se simplifica mucho cuando la Junta General de socios está reunida y ha sido debidamente convocada. Durante la celebración de la misma, se puede acordar la separación del Administrador e incluso ejercitar frente al mismo la acción social de responsabilidad, que lleva aparejada su destitución, sin necesidad de que dichos acuerdos consten en el orden del día de los asuntos a tratar, tal como establecen en la actualidad los artículos 223 y 238 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Y ello es así, porque independientemente de la calificación de la relación jurídica entre el Administrador y la sociedad –como mandatario, representante, miembro de un órgano, etc.– se ha considerado desde antiguo que el principio de la revocabilidad del cargo de Administrador y del control de sus actos por la Junta General es de orden público, ante el cual ceden otros principios formales de técnica deliberativa, como el de fijación de todos los asuntos a tratar en un orden del día, tal como prescribe el artículo 174 del actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Y este carácter de orden público que se atribuye a los principios configuradores de la acción de control del órgano de gobierno por la Junta, permite que el órgano soberano –los dueños de la sociedad– pueda ser ejercida fuera del orden del día previo, incluso nombrando nuevos administradores. La razón básica para permitir estos nombramientos aparece claramente explicitada en la Resolución de 13 de marzo de 1974 donde literalmente se señala que «esta facultad de destitución, singular o plural, de los miembros del Consejo, que corresponde tan ilimitada y sin condicionamientos de ninguna clase a la Junta legalmente convocada y constituida, lleva aparejada, y no por meras motivaciones conceptuales, dogmáticas y abstractas la de restablecer sin aplazamientos no obligados, la normalidad social, con la integración del órgano de administración dentro del marco estatutario, en este caso con la designación nuevo

Consejo...» Razonamiento que se ha acogido también jurisprudencialmente (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de septiembre de 1985) y recordado en fechas recientes administrativamente (cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero 2008).

Quinto.—Y es esa poderosísima razón del restablecimiento de la normalidad social, cuando ocurren ciertos hechos durante una Junta General legalmente constituida y convocada, —que pueden determinar la acefalia de una sociedad o en su caso demoras no obligadas, gastos, dificultades para proveer un cargo cuya vacante se acaba de producir o procedimientos que implican temporalmente una paralización de la vida social— la que conjuntamente con las facultades de orden público integradas en la acción de control del órgano de gobierno atribuidas a la Junta General, permitiría que aun fuera del orden día, producida la dimisión ante la Junta de un vocal de un consejo de administración integrado por tres miembros, se realizara el nombramiento del nuevo vocal en dicha Junta, constituida y convocada legalmente.

#### IV

Mediante escrito de 2 de marzo de 2011, la Registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Lugo emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General, con registro de entrada del día 7 de marzo de 2011. En dicho informe se expresa que el 22 de febrero se remitió copia del expediente al Notario autorizante, sin que éste haya formulado alegaciones.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 159.1, 160.b), 171, 174, 178.1 y 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971, 30 de septiembre de 1985 y 4 de noviembre de 1992; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre de 1955, 13 de marzo de 1974, 16 de febrero de 1995, 26 de julio de 1996, 2 de octubre de 1999, 19 de mayo de 2000, 18 de julio de 2005 y 1 de febrero de 2008.

1. En el presente recurso son relevantes las siguientes circunstancias:

A) En Junta General de una sociedad de responsabilidad limitada, con asistencia de socios titulares de participaciones sociales que representan el 99,08 % del capital social, y convocada para tratar determinados asuntos incluidos en el orden del día —ninguno relativo a los Administradores—, uno de los miembros del Consejo de Administración presentó su dimisión, si bien manifestó que, para evitar la paralización de la sociedad al quedar dicho Consejo con menos del número mínimo de miembros, continuaría en ejercicio de su cargo hasta la próxima Junta General.

En la misma Junta General, el presidente propuso nombrar como nuevo miembro del Consejo de Administración a determinada persona en sustitución de la que había dimitido. Este acuerdo resultó aprobado con el voto favorable de los socios titulares de participaciones que representan el 62,33 % del capital social.

B) La Registradora resolvió no practicar la inscripción de dicho nombramiento por no figurar en el orden del día de la convocatoria de la Junta General.

2. Conforme al artículo 159.1 de la Ley de Sociedades de Capital, los socios, reunidos en Junta General, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la Junta. Entre tales asuntos el artículo 160.b) incluye el nombramiento y separación de los Administradores.

Ahora bien, la validez de los acuerdos que puede adoptar la Junta General dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino como requisito previo relativo a la válida constitución de la propia Junta, lo que exige su previa convocatoria (cfr. artículo 174) incluyendo el

orden del día, salvo que se trate de Junta Universal, en cuyo caso es necesaria la aceptación unánime, no sólo en relación con la celebración de la Junta, sino respecto de los temas a tratar en ella (cfr. artículo 178.1). Esta exigencia cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se hubieran incluido en el orden del día.

Tan elemental exigencia sólo quiebra en los supuestos en que excepcionalmente el legislador permite adoptar acuerdos sin cumplir dicho requisito, cuales son los de separación de los Administradores (artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital) y el de ejercicio contra los mismos de la acción social de responsabilidad (artículo 238.1 de la misma Ley). Y, según han admitido tanto el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 30 de abril de 1971, 30 de septiembre de 1985 y 4 de noviembre de 1992) como este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero de 1995 y 26 de julio de 1996) esa posibilidad de destitución de los Administradores lleva consigo la de nombrar a quienes hayan de sustituirlos, sin necesidad de que el nombramiento se incluya en el orden de día.

Ciertamente, se trata de reglas excepcionales, que como tales han de ser objeto de interpretación restrictiva. Pero tal carácter no debe impedir que entren en juego en los supuestos en que, por circunstancias posteriores a la convocatoria –como el fallecimiento o dimisión de los Administradores–, sea necesario realizar un nuevo nombramiento como medio de dotar a la sociedad de un órgano de administración sin esperar a que sean nombrados sus integrantes o completado mediante acuerdo adoptado en una ulterior Junta General convocada el efecto (y aun cuando esta convocatoria queda facilitada por la posibilidad de que la lleve a cabo cualquiera de los Administradores que permanezcan el cargo o se solicite del Juez por cualquier socio –artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital). Se trata así de evitar situaciones de acefalia que se tradujeran en paralización de la vida social con sus evidentes riesgos así como en demoras y dificultades para proveer el cargo vacante.

En el presente caso, por la dimisión que presenta en la misma Junta General uno de los miembros del Consejo de Administración queda éste incompleto, integrado por dos Consejeros, inferior al mínimo previsto legalmente y en los Estatutos, por lo que el nombramiento cuestionado en la calificación impugnada debe ser admitido. Y, aunque el Administrador dimisionario haya expresado su disposición para continuar en el ejercicio del cargo hasta la constitución de la próxima Junta General, debe prevalecer la voluntad mayoritaria de los socios –expresada en la Junta General ya celebrada– sobre el cese inmediato de dicho Administrador y el nombramiento de otra persona para ocupar la vacante.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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, 10 de mayo de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>a</sup> Ángeles Alcalá Díaz.