

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**7884** *Resolución de 18 de mayo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil de Cádiz, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad anónima de gestión de estibadores portuarios.*

En el recurso interpuesto por don Íñigo Fernández de Córdoba Claros, Notario de Cádiz, contra la nota de calificación extendida por la Registradora Mercantil de Cádiz, doña Ana del Valle Hernández, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios.

#### Hechos

##### I

El día 2 de febrero de 2012, don Íñigo Fernández de Córdoba Claros, Notario de Cádiz, autorizó escritura por la que se elevan a público los acuerdos del Consejo de Administración de la entidad «Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de la Bahía de Cádiz, S.A.G.E.P.» por los que se procede al cese y nombramiento de Consejero Delegado. Entre otras circunstancias que no es preciso transcribir, el certificado emitido por el secretario del Consejo de Administración, contiene las siguientes afirmaciones: «2º.–Tal y como se ha indicado, el acuerdo se adoptó por unanimidad, concurriendo a la reunión del Consejo todos y cada uno de los Consejeros. En concreto asistieron a la reunión los siguientes consejeros: ...-don F. J. D. A., en representación de la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz... 3º.–El acta de la reunión fue aprobada y firmada por unanimidad, al término de la misma, por todos los miembros del Consejo de Administración...»

##### II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Cádiz, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Cádiz. Notificación de calificación. Doña Ana del Valle Hernández, Registradora Mercantil de Cádiz 2 Merc, 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: 176/223. F.\ Presentación: 2 de febrero de 2012. Entrada: 1/2012/905,0. Sociedad: Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de la Ba (sic). Autorizante: Fernández de Córdoba Claros, Íñigo. Protocolo: 2012/144 de 2 de febrero de 2012. Fundamentos de Derecho (defectos). 1.–El representante físico de la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz, que figura inscrito, es don R. B. S. no don F. J. D. A., que es quien lo representa en la reunión del Consejo de Administración, que se eleva a público en este título (Artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil). 2.–Falta la provisión de fondos que previene el artículo 426 del Reglamento del Registro Mercantil. En relación con la presente calificación (...).Cádiz, a 21 de febrero de 2012. La Registradora».

## III

Contra el primer defecto señalado en la anterior nota de calificación, don Íñigo Fernández de Córdoba Claros, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 23 de febrero de 2012, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: «Que el acuerdo unánime adoptado por todos los consejeros de una anónima aunque uno de los seis hubiera sido indebidamente tenido como asistente es válido e inscribible. Que el consejo está válidamente constituido por asistencia de la mayoría de sus miembros y el acuerdo ha sido adoptado por la mayoría exigible. Que no es preciso entrar por tanto a debatir si el asistente en cuestión fue indebidamente tenido como asistente o lo fue debidamente dado el estatuto especial de ese consejero (artículos 24 y ss. del Real Decreto Ley 2/2011 por el que se aprueba la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante) y porque la condición de organismo público de ese consejero asegurará en todo caso el ejercicio estable de las funciones inherentes al cargo que justifica la exigencia del artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil (resolución de 11 de marzo de 1991). Que la nota no puede pretender vulnerado el principio de tracto sucesivo dado que en efecto el asistente no era el representante del consejero. En consecuencia la nota lo que pone en cuestión no es la posible falta de previa inscripción de un posible representante del consejero sino la validez misma del acuerdo por lo que el defecto, de existir, sería insubsanable».

## IV

La Registradora emitió informe el día 29 de febrero de 2012, elevando el expediente a este Centro Directivo ratificándose en su calificación.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria; 16, 18 y 20 del Código de Comercio; 212 bis, 245, 246, 247, 248 y 249 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 142 y 144 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; 2, 6, 37, 58, 97, 112, 113, 141 y 143 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 11 de marzo y 10, 12 y 13 de junio de 1991, 14 de febrero de 1997, 25 de mayo y 4 de junio de 1998, 12 de enero, 3 de junio y 23 de diciembre de 1999, 28 de febrero de 2000, 4 de diciembre de 2002, 22 de septiembre de 2010 y 21 de febrero de 2011.

1. Se debate en este expediente si son inscribibles en el Registro Mercantil los acuerdos adoptados por el consejo de administración de una sociedad anónima habida cuenta de que de la certificación emitida por el secretario resulta que uno de los miembros del consejo, persona jurídica, ha sido representada en la reunión por persona física distinta de la que consta inscrita para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo. A juicio de la registradora Mercantil esta discordancia impide la inscripción mientras que el recurrente entiende que cumplidas las normas sobre válida constitución y quórum de votación no existe motivo que la impida.

2. El debate se produce en relación a una sociedad anónima de regulación especial pues se trata de una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios amparada en Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (y que fueron introducidas en nuestro ordenamiento por Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general). No obstante esta circunstancia no es relevante dada la remisión que hace el artículo 143.2 de la Ley especial al texto refundido de sociedades de capital y a que no existe especialidad legislativa que afecte al caso que nos ocupa pues si bien el artículo 144 del mismo texto legal contiene exigencias

especiales en la regulación del órgano de administración de este tipo de sociedades, no afectan a la discusión planteada.

3. Centrada así la cuestión, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (resoluciones de 11 de marzo de 1991, 3 de junio de 1999 y 22 de septiembre de 2010) que la figura del administrador persona jurídica precisa que el conjunto de las funciones que como tal le corresponden sean ejercitadas por una única persona física que sea designada al efecto con carácter permanente. Sólo a esta persona le corresponde el ejercicio de esas funciones por lo que debe rechazarse la intervención de cualquier otra que pretenda arrogarse el ejercicio sin justa causa. La Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas ha incorporado por vez primera a nuestro ordenamiento, con rango de Ley, el régimen jurídico de la figura del Administrador persona jurídica en términos esencialmente coincidentes con la regulación reglamentaria hasta entonces existente y con la interpretación que de la misma llevaba haciendo este Centro Directivo.

Si el administrador persona jurídica es miembro del consejo de administración por estar así configurado el órgano de gestión y representación de la sociedad, la anterior regulación implica que las funciones que al mismo puedan corresponderle por tal circunstancia (asistencia, voto, oposición, aceptación y ejercicio de delegación de facultades, de presidencia, de secretaría, dimisión...) han de ser ejercitadas necesariamente por la persona física que haya designado al efecto. La cuestión reside en determinar qué relevancia tendrá en cada caso su actuación en relación a aquellos actos jurídicos susceptibles de inscripción en el registro mercantil lo que nos lleva al análisis de la objeción que resulta de la nota de la Registradora.

4. Sostiene el recurrente que, en materia de calificación de acuerdos sociales de órganos colegiados, el Registrador Mercantil debe practicar una suerte de «prueba de resistencia» e inscribir aquellos acuerdos en que, incluso en el caso de haberse efectivamente incurrido en irregularidades meramente formales, hubieren de ser considerados válidos en todo caso. Dicho en breve, y en referencia al caso de este recurso: Como quiera que hubiera podido adoptarse el acuerdo de nombramiento de Consejero Delegado incluso con cinco de los seis votos de los Consejeros presentes, es irrelevante, tanto a efectos registrales como sustantivos, la eventual incorrección del contenido de la misma certificación del acuerdo social del Consejo (que contempla una reunión de consejo universal y que nos dice que se adoptan los acuerdos por unanimidad ... cuando el propio fedatario admite la posibilidad de que no sea así y que es posible que no deba darse por buena la asistencia y el voto del que se dice representante permanente de la persona jurídica consejera) o la eventual contradicción que se produciría entre lo que el Registro publica y lo que dice el certificado en relación con la identificación del dicho representante permanente (dado que no coincide el representante inscrito con el que concurre a la reunión del Consejo de Administración).

5. Del hecho indubitado de que la calificación verse, entre otros extremos, acerca de la validez del contenido del título inscribible (artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 18 del Código de Comercio; artículos 6 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil) y de la exigencia reglamentaria de que hayan de hacerse constar las circunstancias que permiten la calificación acerca de la validez (cfr. artículo 112.2 del Reglamento del Registro Mercantil), no se infiere haya de confundirse calificación y (exclusivo) control de validez del acto, acuerdo o negocio jurídico. De un lado, porque existen supuestos en que la calificación no puede extenderse, en atención a la naturaleza y fin de la función registral, al control de ciertas causas de nulidad del acto o contrato inscribible que no son susceptibles de purga en esa sede y con ese procedimiento: De suyo, lo habitual será que escapen al control calificador los vicios del consentimiento, la omisión de la preceptiva autorización administrativa de la concentración económica cuando el presupuesto de su exigencia no resulte ni deba resultar del título etc. Por otro lado, porque el Registrador no queda constreñido a depurar sólo en exclusividad los títulos susceptibles de estar

aquejados de vicios de nulidad, sino que «apreciará la omisión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que necesariamente deba contener la inscripción o que, aun no debiendo constar en ésta, hayan de ser calificadas», como nos dice elegantemente el artículo 58.2 del Reglamento del Registro Mercantil. En igual sentido, el artículo 112. 2 del Reglamento del Registro Mercantil cuando nos dice que «si los acuerdos hubieren de inscribirse en el Registro Mercantil, se consignarán en la certificación todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados» debe ser interpretado en el sentido de que se harán constar en la certificación las circunstancias exigibles a la certificación por extracto según se recoge inmediatamente después en el apartado siguiente del mismo artículo. El Registrador Mercantil, cuando deba hacer constar ciertos extremos en el asiento que practique en sus libros, por exigirlo la ley, y que hagan referencia a las circunstancias del acuerdo social que se documenta, a los requisitos extrínsecos, a las circunstancias de la identidad de las personas físicas o jurídicas etc., no puede ni debe dispensar de la correspondiente mención obligatoria de tales datos, en el título o en documento complementario, so pretexto de que tales omisiones no afectan a la validez del título inscribible. Porque el legislador puede muy bien entender que interesa a los terceros o a los mismos socios conocer cuáles son los miembros asistentes a una reunión de consejo, sobre todo a la vista de la responsabilidad en que incurren, solidariamente, los que adoptan acuerdos irregulares o la responsabilidad que toca a quienes indebidamente asisten en representación de otros o a los vocales que faltan al deber de asistencia etc. Si fuera cierto que la calificación se reduce a un mero control de validez en aplicación de cualquier test de resistencia como el propuesto por el recurrente, muy probablemente sobrarían muchos de los preceptos que se encuentran en nuestro Derecho registral (como son todos los que establecen los requisitos que debe contener el título o los datos de las personas inscritas) e incluso, carecería de mucho sentido mantener la distinción entre faltas subsanables e insubsanables en los acuerdos inscribibles, hecho este último apuntado por el mismo autorizante en su recurso.

6. El juicio de la relevancia registral de un dato o circunstancia que deba constar necesariamente en el título y en el asiento, no obstante no ser esencial para la validez del acuerdo, compete al legislador: el registrador no puede exigir se le acrediten circunstancias que, no afectando a la validez, no sean exigibles según lo dispuesto en la ley o en los reglamentos (principio de tipicidad frente al riesgo de inabarcabilidad de los asientos y frente a la arbitrariedad del calificador). Así, por ejemplo, cuando se trata de una certificación por extracto no podrá exigirse que conste el resumen de los asuntos debatidos, o especificar cuántos Consejeros hicieron intervenciones o determinar cuántos asistieron por representación (cfr. artículo 112.3 del Reglamento del Registro Mercantil). Sin embargo, de la simple lectura de los artículos 97.1.4 y 97.1.7 del Reglamento del Registro Mercantil (que determinan el contenido del acta) en relación con lo que establecen los artículos 112.3 del Reglamento del Registro Mercantil, a contrario (que determina cuáles circunstancias del acta pueden omitirse en certificaciones por extracto inscribibles) y del artículo 113 del Reglamento del Registro Mercantil (que determina el contenido de la inscripción) se infiere que el registrador Mercantil debe exigir se le acrediten, con la debida claridad, cuántos y quiénes fueron los asistentes a la reunión del consejo y el número de votos favorables con que se adoptó el correspondiente acuerdo. En el caso examinado, de la documentación presentada, el Registrador no puede, de manera indubitada y sin género de dudas, acertar a conocer si hubo convocatoria válida del Consejo (el Consejo se constituye como universal cuando todos los miembros asisten y nadie se opone a la celebración y al orden del día y aquí resta la duda de si asiste la persona jurídica que se dice estar representada por su representante permanente); quiénes son los Vocales que debe reputar como asistentes a la reunión; ni siquiera con qué mayorías se adoptó el acuerdo en el caso de que fuera válido. De entenderse inscribible el título tal y como está redactada la certificación presentada, estaría obligado el Registrador Mercantil a practicar, con daño grave a la claridad de los pronunciamientos registrales, un asiento incompleto, inexacto o, peor aún, inválido por violación de lo que

se establece en el artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital. Pero aunque hubiera de considerarse el Consejo válidamente convocado, no es aceptable que se omita en la inscripción la indicación del nombre del representante persona física del vocal del consejo persona jurídica (ante las dudas fundadas que existen sobre la validez de la representación del que asiste) o que se indique en el asiento como asistente a quien consta en la certificación como representante permanente de la jurídica (con lo que se publica uno distinto del que figura inscrito anteriormente sin que antes haya hecho constar en el Registro rectificación del asiento inexacto o un oportuno cambio de representante).

7. Aunque en sentido estricto no es rigurosamente cierto, en puridad técnica, que haya aquí falta de tracto sucesivo como alega la registradora en su nota, no es menos cierto que es claro lo que se quiso decir y que esa incorrección de técnica jurídica es irrelevante por carecer de trascendencia práctica. No hay defecto de tracto sucesivo ex artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil, porque el defecto de tracto entraña la ausencia de inscripción de título inscribible antecedente cuando se trae a inscripción otro título inscribible subsiguiente que se encadena a aquél como consecuente del que le sirve de presupuesto (un poder otorgado por Administrador no inscrito; un cambio de Administrador cuando no está inscrito el previo). Aquí existe un eventual «tracto impropio»: Se trae a inscripción un título en que debiera constar una circunstancia (identificación de cierto asistente a la sesión del Consejo) cuyo dato revela contradicción con hecho inscribible y anteriormente inscrito (otro representante permanente) que hace temer se produzca falta de complitud registral: Que no se haya hecho constar la rectificación del asiento inexacto o el cambio de representante. Sobre todo, porque de existir un cambio de representante como parece ser posible, el nuevo artículo 212 bis. 2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que «la revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215».

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora, en los términos señalados.

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 vigésimo cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 18 de mayo de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.