

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8732 *Resolución de 3 de agosto 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 I de Las Palmas de Gran Canaria a inscribir el nombramiento de liquidadores de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don J. I. Z. K. y don N. V. P., en su propio nombre y en nombre y representación de la sociedad «Herbania, S.A.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Las Palmas de Gran Canaria, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez, a inscribir el nombramiento de liquidadores de dicha entidad.

Hechos

I

Mediante acta notarial de junta autorizada por el notario de Las Palmas de Gran Canaria, don Enrique Rojas Martínez del Mármol, el día 8 de marzo de 2016, con el número 396 de su protocolo, consta el acuerdo adoptado por la junta general de la sociedad «Herbania, S.A.», en liquidación, celebrada ese mismo día, sobre nombramiento y designación de liquidadores. Dicha sociedad se disolvió mediante acuerdo válidamente adoptado el día 19 de marzo de 2014 por la junta general de socios, previa convocatoria judicial.

II

El día 8 de abril de 2016 se presentó dicho título en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria y fue objeto de calificación negativa que, a continuación, se transcribe en lo pertinente: «El registrador Mercantil que suscribe, 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 (...) 1.–La sociedad, según resulta del Registro, figura disuelta por haberlo acordado así la junta general de 19 de marzo de 2014, convocada judicialmente mediante auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número dos de Las Palmas de Gran Canaria el 22 de enero de 2014, complementado por otro auto del citado juzgado de 19 de febrero de 2014. El artículo 25 de los estatutos de la sociedad establece que los liquidadores deben ser designados por la junta general. La junta que acordó la disolución, no designó liquidadores. A la fecha de la disolución, siendo cinco los consejeros designados, conforme resulta de la inscripción 19ª de la hoja de esta sociedad, sólo tres continuaban en el ejercicio de sus cargos, al haber vencido el cargo del presidente y uno de los vocales. 2.–Con fecha 20 de mayo de 2014, se reúne el consejo de administración convocado por el secretario del mismo. Se reúnen los referidos tres consejeros y, con el voto favorable de dos de ellos, se designa nuevo presidente y se ratifica en sus cargos al secretario y consejero delegado. Dichos acuerdos no constan inscritos en el Registro Mercantil. La reunión del consejo se acredita ante el notario autorizante del acta que ahora se presenta a calificación e inscripción, mediante la exhibición del acta número 72 de la reunión del consejo, que se incorpora a la referida acta notarial. El art. 20 de los estatutos de la sociedad, en consonancia con lo dispuesto en los arts. 246.1 y 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital, establece que para que la reunión del consejo se considere válida, deberá ser anunciada su convocatoria por su presidente, siendo en todo caso necesaria la concurrencia al acto, presentes o representados, de la mayoría de los

consejeros. 3.—Con fecha 12 de enero de 2016, se reúne el consejo de administración en el que se convoca la junta general extraordinaria de 8 de marzo de 2016, objeto de la presente acta que ahora se presenta a calificación e inscripción. Dicha reunión del consejo se acredita ante el notario autorizante del acta mediante la exhibición del acta número 75 del consejo de administración, sin que se incorpore a la referida acta notarial. A dicha reunión asisten dos miembros, los que en la reunión de 20 de mayo de 2014, fueron designados Presidente y Secretario. 4.—Con fecha 8 de abril de 2016, se presenta en el Registro Mercantil de Las Palmas acta notarial autorizada por el notario de Las Palmas de Gran Canaria don Enrique Rojas Martínez del Mármol el día 8 de marzo de 2016, donde se recogen los acuerdos de la junta general de la sociedad celebrada el mismo día para deliberar y decidir, entre otros acuerdos, la propuesta de designación de liquidadores. La junta es presidida por el presidente del consejo elegido en la reunión de 20 de mayo de 2014. El art. 12 de los estatutos de la sociedad dispone que la junta se entenderá constituida bajo la presidencia del presidente del consejo de administración, actuando como tal el vicepresidente si faltara aquél. En ausencia de ambos, presidirá la junta el accionista que sea elegido, para cada caso, por los socios asistentes a la reunión, Actuará de secretario el que lo sea del consejo, y en su defecto, el que elija la junta para cada caso. Fundamentos de Derecho (defectos)

1.—Conforme al artículo 370.1 de la ley de sociedades de capital, la disolución de la sociedad abre el período de liquidación, y con arreglo al artículo 374.1 del mismo texto legal, con la apertura del periodo de liquidación cesarán en su cargo los administradores, extinguiéndose el poder de representación. Si los administradores han cesado en sus cargos, como reconocen los propios convocantes, no pueden reunirse en consejo de administración, ni siquiera alegando el número 2 del artículo 374, que debe entenderse referido al caso en que los liquidadores, ya designados, requieran la colaboración de los antiguos administradores en las operaciones de liquidación y siempre en tanto en cuanto sean requeridos por los liquidadores para estos fines, no pudiéndose extender tal deber de colaboración a la legitimación del órgano de administración cesado para convocar la junta para la designación de liquidadores. 2.—Aún en el supuesto de que se admitiera la posibilidad de que los administradores pudieran seguir conservando sus facultades a los efectos de convocar la junta para la designación de liquidadores, el órgano de administración que debe convocarla, al tratarse de un Consejo de Administración en el caso que nos ocupa, debe ser previa y válidamente convocado para deliberar y decidir sobre cualquier asunto de su competencia (como lo serían la designación de nuevo presidente o la ratificación de otros cargos, así como la convocatoria de la junta para designar liquidadores), y como el artículo 20 de los Estatutos de la sociedad dispone que para que la reunión del Consejo se considere válida debe ser convocado por su Presidente, la reunión del Consejo de 29 de mayo de 2014, al no estar convocada por su Presidente, no puede considerarse válidamente convocada. Lo mismo cabría decir respecto de la reunión de 12 de enero de 2016. Así lo tiene establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de 15 de diciembre de 1995 y 6 de abril de 1999. Además, la reunión del Consejo de 12 de enero de 2006 tampoco podría haberse constituido válidamente por asistir dos miembros, tal y como se desprende de las manifestaciones contenidas en el acta notarial que nos ocupa, así como de los documentos que se incorporan a la misma, habiéndose establecido en cinco el número de consejeros según resulta de la inscripción 19ª, y siendo necesaria la concurrencia de la mayoría de los consejeros, de conformidad con el artículo 20 de los estatutos sociales, en consonancia con el artículo 247.2 de la ley de sociedades de capital. Así lo reconoce la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 15 de octubre de 2012. Y si el consejo de administración no está válidamente convocado, ni en su caso, válidamente constituido, no puede adoptar válidamente ningún tipo de acuerdo, y por lo tanto, no serían válidos los acuerdos del consejo de 29 de mayo de 2014, de designación de nuevo presidente y ratificación del secretario, ni por ende los acuerdos del Consejo de 12 de enero de 2016 de convocatoria de la junta general para la designación de liquidadores y demás acuerdos que figuran en el orden del día propuesto. 3.—En base a todo lo anterior, la junta de 8 de marzo de 2016 no estaría válidamente convocada, por no haberlo sido por el consejo de administración válidamente convocado al efecto. A mayor abundamiento, dada la invalidez

de la reunión del Consejo de 29 de mayo de 2014, donde se designa nuevo presidente del mismo, tampoco estaría válidamente presidida la junta. Y si la convocatoria en debida forma de la junta general es presupuesto de su válida constitución, la falta de competencia de quien haya realizado aquella (y de quien la haya presidido), determinará la invalidez de la reunión y la ineficacia de sus acuerdos. Así lo tiene establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de 8 de febrero de 2012 y 14 de septiembre de 2015. 4.–Dado el carácter insubsanable que se atribuye a los defectos señalados anteriormente, al no ser posible la válida convocatoria y reunión del consejo de administración para poder convocar la junta general, bien porque se considere que los administradores que tenían el cargo en vigor en el momento de la disolución, han quedado cesados en sus cargos ex artículo 374.1 de la Ley de Sociedades de Capital, o bien debido al cese por caducidad del nombramiento del presidente del consejo, con la consiguiente imposibilidad de poder realizar su convocatoria, la única posibilidad de celebración de junta general para la designación de liquidadores, sería la de la celebración de junta universal, o bien a través de su convocatoria por el procedimiento regulado en el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, que entre los supuestos que contempla está precisamente el del cese de los administradores, como ocurre en el presenta caso. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación: (...) Las Palmas de G.C., a 22 de Abril de 2016 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador) El registrador».

III

El día 25 de mayo de 2016, don J. I. Z. K. y don N. V. P., en su propio nombre y en nombre y representación de la sociedad «Herbania, S.A.», en liquidación, interpusieron recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito expresan, en síntesis, las siguientes alegaciones: Primero.–La administración, gestión y representación de «Herbania, S.A.» corresponde, según el artículo 17 de sus estatutos, a un consejo de administración integrado por un mínimo de tres miembros y un máximo de siete. Y es al propio consejo de administración al que se encomienda la designación de presidente, así como la de vicepresidente, secretario, tesorero y demás cargos (artículo 18 de los estatutos); Segundo.–Ni la reunión del consejo de administración celebrada el 29 de mayo de 2014, ni los acuerdos que en dicha reunión se adoptaron han sido impugnados en tiempo y forma, por lo que los mismos han devenido firmes, consentidos e inatacables, siendo su contenido válido y vinculante, tanto a efectos puramente internos («ad intra») como respecto de terceros («ad extra»); lo que supone, entre otras cosas, que la validez y eficacia de estos acuerdos no puede ser cuestionada transcurridos casi dos años desde su adopción (vid. artículo 251 de la Ley de Sociedades de Capital); Tercero.–Y lo mismo cabe decir respecto de la reunión del consejo de administración celebrada el 12 de enero de 2016 y de los acuerdos que en dicha reunión se adoptaron: tampoco han sido impugnados en tiempo y forma, por lo que los mismos han devenido firmes, consentidos e inatacables, no pudiendo el registrador cuestionar su validez y eficacia al calificar la solicitud de inscripción de otros acuerdos societarios distintos, adoptados por la Junta general de la compañía; Cuarto.–La reunión del consejo de administración de 12 de enero de 2016 fue debida y pertinentemente convocada por el presidente de este órgano colegiado de administración, designado como tal en la reunión del propio consejo de administración de 29 de mayo de 2014; Quinto.–A la reunión del consejo de administración de 12 de enero de 2016 fueron convocados todos sus miembros; y en la medida en que al acto concurrieron, presentes, la mayoría de los vocales o consejeros, la reunión ha de considerarse válidamente celebrada, conforme a lo previsto en el artículo 20 de los estatutos sociales y en el artículo 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital; Sexto.–A la reunión del consejo de administración de la compañía celebrada el 29 de mayo de 2014 fueron convocados y asistieron todos los miembros de este órgano de administración; Séptimo.–La pretendida falta de competencia o legitimación de los administradores cesados para convocar una reunión de la junta general constituiría, en su caso, una

irregularidad no invalidante, habiendo aclarado el legislador –tras la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014–, que sólo la infracción de los requisitos procedimentales sobre la forma y el plazo previo de la convocatoria tienen entidad y trascendencia suficientes para justificar la impugnación y eventual anulación de los acuerdos sociales. La eventual falta de competencia del órgano convocante no afecta a la validez ni a la eficacia del acuerdo adoptado por la correspondiente junta general; y como tal acuerdo válido y eficaz ha de poder tener acceso al Registro Mercantil. Aun aceptando, a efectos puramente dialécticos, que efectivamente los administradores cesados no pudieran, en las especiales y peculiares circunstancias en que se encuentra «Herbania, S.A.» (como sociedad disuelta y en liquidación, pero sin liquidadores nombrados), y al amparo de lo previsto con carácter general en el artículo 374.2 de la Ley de Sociedades de Capital, convocar una junta general de socios encargada de la designación de liquidadores, lo cierto es que esta falta de legitimación o competencia de los administradores, de existir, no afectaría en ningún caso a la validez ni a la eficacia de los acuerdos adoptados por la junta general defectuosamente convocada. Y es que esta falta de legitimación o competencia de los administradores para convocar la junta general constituiría, en su caso, una mera infracción de los requisitos procedimentales establecidos legal y estatutariamente para la convocatoria de la junta, sin entidad ni trascendencia para justificar la anulación de los correspondientes acuerdos societarios, según se preocupa de destacar el artículo 204.3 de la vigente Ley de Sociedades de Capital. La exposición de motivos de la Ley 31/2014, por la que se reformó –entre otros– este artículo de la Ley de Sociedades de Capital, justifica esta previsión señalando: «Por lo que se refiere al régimen jurídico de la impugnación de los acuerdos sociales, se han ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse». El pretendido (pero inexistente) incumplimiento de las normas legales y estatutarias sobre la competencia para convocar la junta general deviene intrascendente y no puede razonablemente justificar la denegación de la inscripción registral solicitada. Es un hecho objetivo y no controvertido que en el caso examinado se han respetado estrictamente las formas y plazo previo de la convocatoria. La negativa del registrador a inscribir el acuerdo de la junta general de nombramiento de los liquidadores de la compañía, estando la misma disuelta y con sus administradores cesados, no solo carece de base o soporte jurídico, sino que produce una consecuencia absolutamente perversa e indeseable, al dejar a la sociedad descabezada, sin nadie que la represente ni asuma en su nombre la responsabilidad del cumplimiento de sus obligaciones y del ejercicio de sus derechos. Como señala la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2015, «pueden conservarse aquellos acuerdos adoptados aun cuando existan defectos no sustanciales en la convocatoria o adopción en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, facilitando la fluidez del tráfico jurídico y evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios que no proporcionen garantías adicionales (...) Este razonamiento del Centro Directivo, sólidamente anclado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido a ser confirmado por la reciente modificación de la Ley de Sociedades de Capital (...) que ha llevado a cabo la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, (...) De acuerdo con la nueva regulación no sólo se limitan los acuerdos susceptibles de impugnación por criterios meramente materiales (por defectos procedimentales, por ejemplo), sino que además se enfatiza insistentemente en que el vicio de nulidad ha de tener un carácter relevante, esencial o determinante por usar la misma terminología del nuevo artículo 204 de la Ley»; Octavo.–No es cierto que el deber de colaboración de los antiguos administradores, contemplado en el número 2 del artículo 374 de la Ley de Sociedades de Capital, no se extienda a la legitimación del órgano de administración cesado para convocar la junta general que haya de proceder a la designación de liquidadores, los administradores, aun cesados, siguen obligados a prestar la colaboración necesaria para la práctica de las operaciones de liquidación, entre las que se incluyen las necesarias para la designación de los liquidadores por parte de la junta general. Si no se

permite a los administradores cesados, en el marco de ese deber de colaboración, llevar a cabo las actuaciones necesarias para evitar que la sociedad se vea descabezada, y si se les impide la posibilidad de realizar cualquier actuación necesaria e incluso fundamental para la misma. Debe hacerse una interpretación analógica y teleológica del artículo 374.2 de dicha Ley (vid. artículos 3 y 4 del Código Civil), acorde con los principios de flexibilidad y facilitación de las operaciones de liquidación de las sociedades mercantiles disueltas que inspiran la normativa vigente al respecto. En apoyo esta tesis cabe también invocar la previsión contenida en el artículo 376 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre la automática conversión de los administradores en liquidadores. En efecto, en el caso examinado, al no haberse adoptado por la Junta Judicial que aprobó la disolución el nombramiento de liquidadores, cabe razonablemente sostener que entró en juego el artículo 376 de la Ley de Sociedades de Capital (que resulta también de aplicación a las sociedades anónimas) y que los administradores se convirtieron automáticamente en liquidadores. En el caso concreto que nos ocupa la propuesta que se llevó a la junta general de «Herbania, S.A.» consistía precisamente en la conversión de los administradores en liquidadores. Esta conversión no pudo ser expresamente acordada por la junta general, por impedirlo quien hacía las veces de presidente; pero lo razonable, por ello, es entender que esta conversión de los administradores en liquidadores ha operado subsidiariamente por ministerio de la ley, a falta de un pronunciamiento expreso de la junta, y en virtud de lo previsto en el mencionado artículo 376 de la Ley de Sociedades de Capital. En última instancia, esta conversión de administradores en liquidadores habría de entenderse efectiva aunque sólo fuera a los meros efectos de entender facultados a los antiguos administradores, convertidos ya en liquidadores, para convocar una junta general de la compañía como la celebrada el 8 de marzo de 2016. Todos estos argumentos llevan a la solución más razonable y más acorde a derecho: El Consejo de Administración y sus miembros mantienen sus facultades de gestión y representación para colaborar a los fines de la liquidación. Y en esta conservación de funciones, enmarcamos la de convocar una junta extraordinaria para la designación de liquidadores. Esta opinión aparece además refrendada en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de diciembre de 1992; Noveno.—Extralimitación por parte del registrador al ejercer su función calificadora. La extralimitación es doble en la medida en que (a) califica determinados acuerdos societarios como inválidos (siendo así que la competencia para declarar dicha invalidez es exclusiva de los órganos jurisdiccionales —o, en su caso, arbitrales—) y (b) esta calificación se lleva a cabo respecto de acuerdos societarios que no eran objeto de la solicitud de inscripción registral ni, consiguientemente, del ámbito objetivo al que debe extenderse la función calificadora. De la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 28 de abril de 2000, se han hecho eco nuestros tribunales, confirmando que debe rechazarse la toma en consideración por el registrador de documentos distintos del que es objeto específico de la inscripción cuando no sean susceptibles de provocar una operación registral y tan sólo busquen evitarla, y recordando que el registrador en su calificación no puede tomar en consideración informaciones extrarregistrales, ya sea por conocimiento directo —salvo, lo dispuesto en el artículo 407.2 del Reglamento del Registro Mercantil— o por documentos obrantes en el Registro con asiento de presentación caducado, o aportados con fin distinto al de su inscripción. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012 recuerda que «la DGRN mantiene que no corresponde al registrador al calificar, emitir juicio sobre la legalidad de las estipulaciones, ni asumir funciones que puedan entrar de lleno en las que son propias de los órganos judiciales y que llevan a cabo mediante el correspondiente procedimiento contradictorio». Y añade: «De este precepto (art. 18 del Código de Comercio) podemos concluir que la calificación supone un control de legalidad del acto o negocio que quiere tener acceso al registro, ahora, bien, ese juicio de legalidad se hace de forma limitada, primero, porque solo puede tener en cuenta los documentos apartados así como los asientos registrales anteriores; segundo, porque se hace sin un procedimiento contradictorio; y tercero, porque la inscripción en el registro solo crea a favor del titular una presunción de legitimación, art. 7 RRM y art. 38 LH. El control último de legalidad del acto o contrato ha de corresponder a

los tribunales de justicia, por eso el art. 66 LH dice que «Los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado, sin perjuicio de acudir, si quieren, a los tribunales de justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos». En este caso, solicitada la inscripción registral del acuerdo de designación de liquidadores adoptado por la junta general de «Herbania, S.A.» en su reunión del día 8 de marzo de 2016, el registrador debe limitarse a calificar la legalidad de las formas extrínsecas de la escritura pública presentada inscripción (y que contiene el referido acuerdo), así como la capacidad y legitimación de los que han otorgado y suscrito esta escritura y la validez de su contenido, por lo que resulta de la propia escritura y de los asientos del Registro. Pero no puede en cambio el Registrador extender el ámbito objetivo de su función calificadora a otros acuerdos societarios que no solamente no han sido objeto de la concreta solicitud de inscripción, sino que en ningún momento han tenido acceso al Registro mercantil. Y mucho menos puede el registrador basar su negativa a inscribir el referido acuerdo de designación de liquidadores por la junta general en la supuesta invalidez de aquellos otros acuerdos societarios, que no consta que han sido impugnados y que deben presumirse válidos y eficaces en tanto un Tribunal de justicia o una Corte arbitral no acuerde su anulación; Décimo.—Del carácter firme, consentido e inatacable de los acuerdos del consejo de administración de 29 de mayo de 2014 y 16 de enero de 2016 a que alude la nota de calificación impugnada, cuyo contenido es vinculante y ha de ser respetado «ad intra» y «ad extra». La pretendida —pero inexistente— invalidez de estos acuerdos del órgano de administración no puede ser declarada sino por los tribunales de Justicia (previa impugnación en tiempo y forma por parte legitimada) y no puede ser invocada por el registrador como base o presupuesto para denegar la inscripción registral del acuerdo de la junta general de 8 de marzo de 2016. También debe tenerse en cuenta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 diciembre 2004; Undécimo.—Las reuniones del consejo de administración celebradas el 29 de mayo de 2014 y el 12 de enero de 2016 fueron previa y válidamente convocadas, y en ambos casos el órgano colegiado de administración quedó válidamente constituido. No ignora esta parte el contenido de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 julio de 2014, pero entiende que cuando, a pesar del cese de uno o varios consejeros, el número de miembros del consejo de administración no queda reducido por debajo del mínimo legal y estatutariamente exigible, el consejo de administración podrá válidamente reunirse siempre que concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los miembros con cargo vigente, sin que ello suponga desnaturalizar la finalidad y estructura de este órgano colegiado de administración (sólo cuando el número de miembros del consejo se reduce por debajo del mínimo legal y estatutariamente exigible tiene sentido entender que la «mayoría» a que alude el anteriormente transcrito artículo 247.2 de la ley de sociedades de capital ha de referirse al número de miembros del consejo previsto en los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento). Pero sea como fuere, los eventuales defectos de convocatoria y constitución de que puedan adolecer la reuniones del consejo de administración de la compañía celebradas los días 29 de mayo de 2014 y 12 de enero de 2016 no pueden en ningún caso justificar la nota de calificación negativa extendida por el Registrador mercantil de Las Palmas en relación con la solicitud de inscripción de un acuerdo societario distinto y que ha sido adoptado, no por el órgano de administración de la compañía, sino por su junta general, como es el acuerdo de nombramiento de liquidadores adoptado por la junta general de «Herbania, S.A.» en su reunión del día 8 de marzo de 2016. Según lo previsto tanto en el artículo 17 de los estatutos sociales como en el artículo 242 de la Ley de Sociedades de Capital, el consejo de administración está formado por un mínimo de tres miembros; y en nuestro caso, no habiendo quedado el número de miembros del consejo de administración de «Herbania, S.A.» (tras los ceses por expiración del plazo por el que fueron nombrados dos de consejeros) reducido por debajo del mínimo legal, este órgano colegiado de administración puede válidamente reunirse siempre que concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales —artículo 247.2 de la Ley de

Sociedades de Capital–, que es precisamente lo que ha ocurrido en nuestro caso, en relación con esta reunión del consejo de administración de 12 de enero de 2016, a la que fueron debidamente convocados sus tres miembros, negándose a asistir uno de los vocales, pero concurriendo a la reunión la mayoría de los vocales: Los dos señores ahora recurrentes. Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 25 de septiembre de 2006 (sentencia número 391/2006, dictada por la Sección Primera): «... de la lectura coordinada de los dos artículos de los Estatutos sociales se desprende con nitidez que el mínimo de consejeros que se estipula en el artículo 18. 1 se refiere a la composición general y abstracta del consejo, de forma que no puede existir un Consejo de Administración formado por dos miembros, pero en el caso concreto, se entiende válidamente constituido el consejo cuando concurren la mitad más uno de sus componentes,..., mitad más uno que, naturalmente, no son tres, sino dos consejeros, por lo que debe rechazarse también en este punto la impugnación». Y añade: «Sin desconocer la polémica existente entre la doctrina científica en orden a la interpretación del artículo 139 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 (...), en manera alguna puede ser considerada errónea e infractora del referido precepto la afirmación y conclusión de la sentencia impugnada, y ello: a) en primer lugar, porque, de acogerse la tesis de la recurrente, ello supondría que en un Consejo de Administración, integrado por tres miembros, –como es el caso del Consejo de Administración de la entidad demandada– para su válida constitución debería en todo caso asistir, presentes o representados, sus tres miembros, lo que “de ipso” implicaría dejar en manos de la minoría el posible funcionamiento de tal consejo; b) en segundo término, porque, como con acierto señala la defensa de la entidad demandada en su escrito de oposición al recurso, en el supuesto de asistencia de dos consejeros de un total de tres miembros del Consejo de Administración, se habría producido la asistencia de los dos tercios de los miembros del mismo; y c) finalmente, porque en el sentido establecido en la sentencia impugnada, según pone también de relieve la defensa de la entidad demandada en el referido escrito, se ha pronunciado tanto la doctrina jurisprudencial (SSTS. de 30 de abril de 1971 EDJ 1971/222 y 4 de febrero de 1972 EDJ 1972/98) como la Dirección General de los Registros y del Notariado, la que en su Resolución de 25 de mayo de 1998 EDD 1998/5135 señala que “es cierto que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 30 de abril de 1971 y 4 de febrero de 1972) y la doctrina de esta dirección General (Resolución de 19 de octubre de 1967), la exigencia establecida en la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 de que, al menos, concurren la mitad más uno de los componentes del Consejo de Administración para que éste quede válidamente constituido (cfr. artículo 139 del vigente Texto Legal) es equivalente a la de mayoría absoluta, en tanto en cuanto se pretende que el número de Consejeros presentes sea superior al de ausentes, por lo que la norma queda cumplida por el redondeo de la mencionada cifra por defecto de suerte que se evita que la minoría en forma negligente o maliciosa pueda impedir la válida constitución del Consejo”».

IV

Mediante escrito, de fecha 10 de junio de 2016, el registrador emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 166, 167, 169, 171, 204, 206, 225, 242, 247, 248, 251, 370, 371, 374, 375, 376, 377 y 379 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; 326 de la Ley Hipotecaria; 238.2 y 243 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, 3 de marzo de 1977, 4 de diciembre de 1992, 24 de febrero de 1995, 8 de octubre de 2001, 4 de diciembre de 2002, 14 de marzo de 2005, 30 de mayo y 5 de julio de 2007, 23 y 30 de octubre de 2009, 9 de diciembre de 2010 y 23 y 24 de febrero de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de

diciembre de 1995, 14 de febrero de 1997, 6 de abril de 1999, 28 de abril de 2000, 14 de diciembre de 2004, 22 de julio de 2011, 8 y 14 de febrero y 15 de octubre de 2012, 31 de julio de 2014, 6 de febrero, 23 de marzo, 27 de julio y 14 de septiembre de 2015 y 14 de marzo de 2016.

1. Para resolver el presente recurso son relevantes las siguientes circunstancias:

a) La sociedad anónima a la que se refiere este expediente se disolvió mediante acuerdo válidamente adoptado el 19 de marzo de 2014 por la junta general de socios, previa convocatoria judicial. En dicha junta no se nombraron liquidadores.

En el momento de la disolución, de los cinco consejeros designados sólo tres continuaban en el ejercicio de sus cargos, al haber vencido el cargo del presidente y uno de los vocales.

El 20 de mayo de 2014, se reúne el consejo de administración convocado por el secretario del mismo, con asistencia de los referidos tres consejeros y, con el voto favorable de dos de ellos, se designó nuevo presidente y se ratificó en sus cargos al secretario y consejero delegado. Dichos acuerdos no constan inscritos en el Registro Mercantil.

b) El 8 de marzo de 2016 la junta general de la sociedad, en liquidación, adoptó el acuerdo sobre nombramiento de liquidadores cuya calificación ha sido impugnada por este recurso. Concretamente, se acordó la designación de liquidadores mediante la conversión de los administradores de la sociedad (los tres miembros del consejo de administración) en liquidadores «que habrán de actuar en forma colegiada», como «comisión liquidadora, que habrá de actuar colegiadamente, de forma análoga al consejo de administración». Además, se nombran tres liquidadores suplentes. Dicha junta fue convocada mediante reunión del consejo de administración de 12 de enero de 2016, a la que asistieron dos miembros, los que en la reunión de 20 de mayo de 2014, fueron designados presidente y secretario.

c) El registrador deniega la inscripción solicitada porque, a su juicio: 1.º—Al haber cesado los administradores en sus cargos, como consecuencia de la disolución de la sociedad, no pueden reunirse en consejo de administración, ni siquiera alegando el número 2 del artículo 374, que debe entenderse referido al caso en que los liquidadores, ya designados, requieran la colaboración de los antiguos administradores en las operaciones de liquidación y siempre en tanto en cuanto sean requeridos por los liquidadores para estos fines, no pudiéndose extender tal deber de colaboración a la legitimación del órgano de administración cesado para convocar la junta para la designación de liquidadores; 2.º—Aunque se admitiera la posibilidad de que los administradores pudieran seguir conservando sus facultades a los efectos de convocar la junta para la designación de liquidadores, el órgano de administración que debe convocarla, al tratarse de un consejo de administración, debe ser previa y válidamente convocado para deliberar y decidir sobre cualquier asunto de su competencia, y como el artículo 20 de los estatutos de la sociedad dispone que para que la reunión del consejo se considere válida debe ser convocado por su presidente, las reuniones del consejo de 29 de mayo de 2014 y 12 de enero de 2016, al no estar convocada por su presidente, no pueden considerarse válidamente convocadas. Además, la reunión del consejo de 12 de enero de 2016 tampoco podría haberse constituido válidamente por asistir dos miembros cuando se ha establecido en cinco el número de consejeros según resulta de la inscripción registral, siendo necesaria la concurrencia de la mayoría de los consejeros, y 3.º—Como consecuencia, la junta de 8 de marzo de 2016 no estaría válidamente convocada, por no haberlo sido por el consejo de administración válidamente convocado al efecto. Y dada la invalidez de la reunión del consejo de 29 de mayo de 2014, donde se designa nuevo presidente del mismo, tampoco estaría válidamente presidida la junta. Y si la convocatoria en debida forma de la junta general es presupuesto de su válida constitución, la falta de competencia de quien haya realizado aquélla (y de quien la haya presidido), determinará la invalidez de la reunión y la ineficacia de sus acuerdos.

2. Respecto del primero de los defectos expresados en la calificación, debe tenerse en cuenta que para la designación de liquidadores de las sociedades de capital en los casos de disolución por acuerdo de los socios, nuestra Ley opta por el régimen previsto en el artículo 228 del Código de Comercio de 1889, y con la finalidad de evitar la acefalia que puede derivar del mantenimiento, por un lado, de la personalidad de la sociedad (artículo 371.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: «La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza») y, por otro, del cese automático de los administradores como consecuencia del acuerdo de disolución y apertura del periodo de liquidación (artículo 374.1 del indicado texto refundido: «Con la apertura del periodo de liquidación cesarán en su cargo los administradores»), dispone en el artículo 376.1 que «salvo disposición contraria de los estatutos o, en su defecto, en caso de nombramiento de los liquidadores por la junta general de socios que acuerde la disolución de la sociedad, quienes fueren administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores». Este criterio, que seguía ya el artículo 110.1 de la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, se ha ampliado a las sociedades anónimas en la vigente Ley de Sociedades de Capital a raíz de la «generalización de la norma supletoria sobre conversión automática en liquidadores de los administradores de la sociedad», según indica el apartado III del Preámbulo de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital.

En el presente caso no puede entenderse que, por el hecho de que el artículo 25 de los estatutos sociales (por cierto, en su redacción anterior a la citada reforma operada por la Ley 25/2011) prevea que los liquidadores deben ser designados por la junta general, existiera una disposición estatutaria contraria a la conversión automática de los administradores en liquidadores, de modo que, como consecuencia de dicha conversión, desde la apertura de la liquidación cesaría como tal el consejo de administración y las personas que lo integran serían desde entonces liquidadores solidarios (vid. artículo 376.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Y lo que no puede sostenerse coherentemente es que, a falta de dicha conversión (y de su constancia en los asientos registrales ex artículo 238.2 del Reglamento del Registro Mercantil), no puede reunirse en consejo de administración, ni siquiera alegando el número 2 del artículo 374, para convocar la junta que haya de designar a los liquidadores. Lo coherente sería admitir que, desde la disolución hasta el nombramiento de liquidadores efectivos (o hasta el reconocimiento de su existencia), la sociedad no queda sin órgano de gestión y representación, de modo que el órgano de administración conserva sus facultades –y deberes– de gestión con la consiguiente obligación de convocar junta general para el nombramiento de liquidadores (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1992).

Por todo ello, y aunque se admitiera como hipótesis (admitida tanto por el registrador como el recurrente) que en el presente caso no hubiera conversión de administradores en liquidadores, el primer defecto invocado por el registrador no puede ser confirmado en los términos en que ha sido expresado. No obstante, sobre esa hipótesis deben ser analizados a continuación los restantes defectos relacionados con dicha cuestión.

3. Respecto del segundo de los defectos invocados por el registrador en su calificación, debe tenerse en cuenta que esta Dirección General ha amparado la idea de que debe preservarse en la medida de lo posible el funcionamiento del órgano de administración en circunstancias especiales, pero no lo ha hecho incondicionalmente y en cualquier caso porque la protección del interés en mantener el funcionamiento del consejo no puede llegar al extremo de desnaturalizar su finalidad y estructura. Por este motivo y respecto de sociedades anónimas, ante la pretensión de inscribir acuerdos adoptados por consejos constituidos por un número de vocales inferior a la mitad más uno de los nombrados, este Centro Directivo ha considerado que no puede entenderse que exista como tal consejo si ni siquiera es posible reunir el mínimo legal que determina su válida constitución –la mitad más uno de sus componentes, presentes o representados, conforme al artículo 139 de la Ley de Sociedades Anónimas entonces vigente, sin que sea posible admitir excepciones a esta regla general, so pena de correr un grave riesgo de vulneración de la voluntad social previamente manifestada por la junta en el momento de hacer la

elección de los consejeros (Resolución de 14 de febrero de 1997). En este contexto, cuando esta Dirección General ha considerado que la mera existencia de vacantes no debe considerarse obstáculo para la inscripción de acuerdos del consejo o de la comisión delegada lo ha hecho con la salvedad de que su existencia no impida el válido funcionamiento del órgano correspondiente (Resoluciones de 22 de julio de 2011, 14 de febrero de 2012 y 14 de marzo de 2016).

Bajo esta perspectiva cobra todo su sentido la previsión que hace el artículo 247.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que para la válida constitución del consejo de administración de una sociedad anónima exige que «concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales», y esta mayoría sólo puede estar referida, como resulta del precepto, al número previsto en los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento. Confirma esta interpretación el artículo 171 del mismo texto refundido que para el caso de cese de la mayoría de miembros del consejo de administración habilita a cualquier socio para instar la convocatoria judicial de junta, confirmando que el consejo no puede constituirse válidamente (como demuestra la equiparación que hace el propio precepto a la imposibilidad de funcionamiento de las otras formas de organizar la administración). De entenderse, como propone el recurrente, que esa mayoría se refiere a los vocales que tengan su cargo vigente el consejo podría reunirse válidamente incluso en el supuesto extremo de que sólo un vocal permaneciese en su cargo, en contra de lo que establece el artículo 242.1 de la Ley de Sociedades de Capital y los propios estatutos de la sociedad (el consejo de administración estará formado por un mínimo de tres miembros). Es obvio que una situación semejante implica una desnaturalización completa de la regulación del consejo de administración que no puede quedar amparada.

Así lo ha entendido este Centro Directivo en Resoluciones de 15 de octubre de 2012 y 31 de julio de 2014, que añaden que, de producirse una sucesión de vacantes en el consejo que amenace su válida constitución corresponde a los consejeros subsistentes tomar las medidas para evitarlo en ejercicio de su deber de diligente administración (artículos 167 y 225 del texto refundido) y para evitar incurrir en responsabilidad para lo que el ordenamiento les dota de amplias facultades (artículo 171 segundo párrafo del mismo texto refundido). El incumplimiento de este deber no puede amparar una regulación que violenta los requisitos estructurales de válida constitución del consejo como no puede quedar amparado por el hecho de que los socios pueden impulsar la convocatoria de junta ya que el ejercicio de un derecho no justifica el incumplimiento de una obligación.

En el presente caso, rechazada la posibilidad de que el consejo de administración pueda constituirse válidamente con la asistencia de sólo dos de sus cinco componentes, es innecesario abordar la cuestión relativa a la competencia para realizar la convocatoria para las distintas reuniones de dicho órgano a la que se refiere la calificación.

4. Por último, debe analizarse la consecuencia que sobre la convocatoria de la junta general tiene el hecho de que no pueda considerarse válida la reunión del consejo de administración en la que se acordó dicha convocatoria.

La facultad de convocatoria de la junta general está reservada legalmente al órgano de administración con carácter exclusivo, según el artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital, al margen de supuestos singulares como el relativo a la sociedad en fase de liquidación –como resulta del mismo precepto legal–, el de convocatoria judicial (artículos 169 y 171, párrafo primero, de la Ley de Sociedades de Capital) o el de órgano de administración incompleto y con objetivo limitado (como dispone el párrafo segundo del artículo 171 de la misma Ley).

Si la convocatoria en debida forma es presupuesto de la válida constitución de la junta general, la falta de competencia de quien haya realizado aquella determinará la invalidez de la reunión y la ineficacia de sus acuerdos.

Conectada dicha facultad con el poder de gestión, ha de ser atribuida en caso de órgano de administración plural a sus miembros en idéntica forma a la correspondiente a su actuación.

Es tradicional la consideración de que las sociedades, como en general las personas jurídicas con capacidad de obrar, necesitan para hacer efectiva ésta la intervención de determinadas personas que, como órganos de la sociedad y formando por tanto parte de su estructura, manifiesten la voluntad de la persona jurídica misma. Y en el caso de consejo de administración los administradores deben actuar colegiadamente al ejercer sus facultades de gestión (vid. artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital).

En el presente caso, como ha quedado expuesto, no puede entenderse que se exista un acuerdo válido del órgano colegiado competente para convocar la junta general.

Por otra parte, no cabe equiparar el presente supuesto al de fallecimiento o cese de la mayoría de los consejeros, pues precisamente la norma del artículo 171, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades de Capital contempla sólo estos supuestos singularmente como únicas excepciones a la regla de la convocatoria por todos los integrantes del órgano de administración plural y, como ha entendido reiteradamente el Tribunal Supremo debe seguirse un criterio estricto al interpretar las normas relativas a la competencia para la convocatoria de las juntas generales (cfr. las Sentencias de 24 de febrero de 1995, 8 de octubre de 2001, 4 de diciembre de 2002, 14 de marzo de 2005, 30 de octubre de 2009 y 9 de diciembre de 2010).

Ciertamente, según la doctrina del Tribunal Supremo, por excepción, los principios de conservación de la empresa y de estabilidad de los mercados y la finalidad de evitar la paralización de los órganos sociales, y, a la postre, la incursión en causa de disolución, en los supuestos de acefalia funcional del órgano de administración, razones pragmáticas imponen reconocer, dentro de ciertos límites, a quienes de hecho administran la sociedad facultades para convocar junta dirigida a regularizar los órganos de la sociedad (vid. Sentencias 771/2007, de 5 de julio, 784/2010, de 9 de diciembre, y 2137/2012, de 23 de febrero). Pero tampoco puede equipararse el presente a tales supuestos, pues sólo cabe entender que existe «acefalia» del órgano de administración cuando el mismo no puede constituirse válidamente, ya porque se encuentre incompleto –acefalia funcional–, ya porque ninguno de los integrantes de dicho órgano continúe en el ejercicio del mismo –acefalia estructural–; y ninguna de tales circunstancias concurren en el presente caso, por continuar en el ejercicio de su cargo tres consejeros de los cinco designados.

Por ello, fuera del supuesto excepcional contemplado en el mencionado artículo 171, párrafo segundo (limitado, por lo demás, a la convocatoria con el único objeto de nombramiento de administradores, aplicable a la designación de liquidadores ex artículo 375.2 de la misma Ley), en los supuestos en que dicho órgano no pueda adoptar el acuerdo relativo al ejercicio de la facultad de convocar la junta quedará expedita la vía de la convocatoria que se podrá solicitar al letrado de la Administración de Justicia o al registrador Mercantil.

Por lo demás, tampoco puede acogerse el criterio del recurrente según el cual se trataría de una irregularidad no invalidante del acuerdo de convocatoria de la junta general.

En relación con las importantes novedades introducidas sobre impugnación de acuerdos sociales por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, según el preámbulo de aquélla «se han ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse». De acuerdo con la nueva regulación no sólo se limitan los acuerdos susceptibles de impugnación por criterios meramente materiales (por defectos procedimentales, por ejemplo), sino que además se pone de relieve insistentemente en que el vicio de nulidad ha de tener un carácter relevante, esencial o determinante por usar la misma terminología del nuevo artículo 204 de la Ley. Si esta nueva consideración de los supuestos de nulidad de acuerdos no fuera ya por sí de enorme trascendencia, la nueva regulación la completa restringiendo la legitimación activa de modo que: «5. No podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho» (artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital).

De la nueva regulación legal resulta en consecuencia que el legislador sólo considera susceptibles de impugnación aquellos acuerdos en los que concurre una causa cualificada de nulidad y siempre que el ejercicio de la acción se acomode a las exigencias de la buena fe (vid. Exposición de Motivos de la Ley 31/2014).

Del artículo 204.3.a) de la Ley de Sociedades de Capital resulta claramente que son irregularidades relevantes no sólo las relativas a las reglas esenciales de constitución del órgano sino también la consistente en la convocatoria realizada por personas u órganos incompetentes, como ocurre en el presente supuesto, conforme a las normas legales y jurisprudencia sobre competencia del consejo de administración para convocar las juntas generales según ha quedado anteriormente expuesto.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 3 de agosto de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.