

REGISTRO MERCANTIL

3. ES DEFECTO SUBSANABLE EN UNA ESCRITURA DE PROTOCOLIZACIÓN DE ACUERDOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, REUNIDO MEDIANTE CONVOCATORIA ORDENADA POR EL PRESIDENTE EN FUNCIONES Y CONSEJERO DE MÁS EDAD, POR AUSENCIA DEL PRESIDENTE TITULAR, EL NO ACREDITARSE DEBIDAMENTE TAL AUSENCIA, CIRCUNSTANCIA EN LA CUAL, CONFORME A LOS ESTATUTOS, AL PRESIDENTE LE SUSTITUIRÁ EL CONSEJERO DE MÁS EDAD, TENIENDO EN CUENTA QUE, CONFORME A LOS MISMOS, LA REUNIÓN DEL CONSEJO VENDRÍA DETERMINADA OBLIGATORIAMENTE A PETICIÓN DE TRES DE SUS MIEMBROS, REQUISITO QUE SE DIO.

Resolución de 4 de abril de 1972 («B. O. del E.» de 27 de abril).

Antecedentes de hecho.—La Compañía Mercantil «Viroterm, S. A.», fue constituida mediante escritura otorgada el 2 de abril de 1955 ante el Notario don Blas Piñar; en la actualidad ostenta la presidencia don J. Eudaldo Puig López, siendo el Consejero de más edad don Francisco Gómez Gallardo; en el artículo 28 de los estatutos sociales se dice que «en caso de ausencia del presidente le sustituirá el consejero de más edad», y el 29 establece que «el Consejo de Administración se reunirá tantas veces como lo exijan los negocios sociales a juicio del presidente o a petición de tres de sus miembros»; don Francisco Gómez Gallardo, «como presidente en funciones» por ausencia de don Eudaldo Puig López, el 20 de noviembre de 1971 ordenó al secretario de la Sociedad cursase telegramas a los consejeros no presentes convocándoles para una reunión que tendría lugar el 23 en la calle del Cid, números 4 y 6, de Madrid; la reunión se celebró en la fecha señalada con asistencia de tres de los cinco consejeros integrantes del Consejo, tomándose en ella los siguientes acuerdos: Revocar totalmente los poderes que le fueron concedidos a don José Cortadellas Carbonell en la sesión del Consejo de 13 de julio anterior, quedando expresamente desautorizado para realizar acto alguno en nombre de la Sociedad, revocar y declarar nulos los poderes y delegaciones que se le habían conferido a don J. Eudaldo Puig López en la reunión del Consejo de 21 de junio de 1971, el cual queda expresamente desautorizado para ejercitar acto alguno en representación y nombre de la Compañía, salvo las facultades estrictas que al presidente del Consejo de Administración le confieren los estatutos; nombrar con carácter provisional gerente de la Sociedad al consejero don Francisco Gómez Gallardo, facultándole expresa y ampliamente para que pueda nombrar persona

de su confianza en quien delegue con mayor o menor amplitud el ejercicio de esta función, otorgándole el correspondiente mandato y facultándole para comparecer a tal efecto ante Notario; conceder la representación de la Sociedad, con la más amplia delegación de poderes del Consejo sin más excepciones que las que resulten expresamente de la Ley, a los señores don Francisco Gómez Gallardo, don Antonio Casado de Amezá y Corso y don José Luis Enríquez Escudero, actuando para ello siempre mancomunadamente dos cualesquiera de ellos y con facultades para suscribir todos los documentos necesarios para la gestión de la Sociedad, firmando siempre en nombre de ella dos de los designados, y que el día 25 de los mismos mes y año don Antonio Casado de Amezá y Corso, actuando como secretario y en representación de «Viroterm, S. A.», otorgó ante el Notario de Madrid don Manuel Ramos Armero escritura pública en que se protocolizaron los anteriores acuerdos.

Presentada en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del presente título por el defecto de carecer don Francisco Gómez Gallardo de la capacidad necesaria para convocar la reunión del Consejo de Administración, dado que dicha actuación, según dispone el artículo 29 de los estatutos sociales en relación con el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, es de la competencia del presidente del Consejo y que sólo puede ser ejercitada por el consejero más antiguo en funciones de presidente accidental, según determina el artículo 28, en caso de ausencia del presidente, circunstancia que no resulta acreditada por la documentación presentada, particular que se corrobora con acta de 22 de noviembre del pasado año autorizada por el Notario de Madrid don Domingo Irurzun, que figura asimismo presentada bajo el número 420 del diario 292. El señalado defecto, al producir la invalidez de la reunión del Consejo, vicia de nulidad los acuerdos adoptados en la misma, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1968, por lo cual tiene el carácter de insubsanable. No procede tomar anotación de suspensión.»

Don Cayetano Hernández Fernández, en representación de don Antonio Casado de Amezá y Corso, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que según consta en el acta de la sesión 83 del Consejo que se incluye por testimonio en la escritura presentada, la ausencia de Madrid del presidente titular se acreditada «por acta notarial que se une a esta acta del Consejo», por lo que su existencia consta, por tanto, al Registro; que tal acta fue la otorgada ante el Notario don Manuel Ramos Armero el 19 de noviembre de 1971 con el número 4.293 de su protocolo y en ella se acredita que constituido el Notario en el domicilio social de «Viroterm, S. A.», «calle Españolito, 23, bajo izquierda, donde no encontré a don Eudaldo Puig López, recibíéndome en su despacho don Julio Fernández Labiada, empleado de dicha Sociedad, quien a mi pregunta, advertido de mi carácter y función, así como del objeto de mi visita, me indica que el señor Puig López está en París y después va a Londres...; acto seguido me desplazé al hotel Gran Versalles, Covarrubias, 4, siendo las diez horas y diez minutos, donde en la conserjería, advertido el empleado que me atiende de mi carácter y función y tras solicitar la presencia de don J. Eudaldo Puig López, me exhibe la ficha correspondiente indicándome que se marchó el día 18»; que a mayor abundamiento, en el propio título presentado se dice que la reunión del Consejo «estaba solicitada por tres consejeros», siendo, por tanto, de celebración obligatoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de los estatutos sociales, en que se dice que «el Consejo de Administración se reunirá tantas veces como lo exijan los negocios sociales a juicio del presidente o a petición de tres de sus miembros»; que el defecto señalado por el Registrador consiste en no acreditarse con la documentación

presentada la circunstancia que justifique la convocatoria de la reunión en la forma en que se ha hecho; que si la falta hubiese sido calificada de subsanable se habría resuelto la cuestión presentando el acta notarial aludida autorizada por el señor Ramos Armero, con el número 4.293 de su protocolo; que no existe ninguna razón que justifique el carácter insubsanable atribuido a la falta, pues la documentación aportada por el señor Puig López sólo acredita que estuvo en Madrid el día de la celebración de la Junta, pero no que estuviese cuatro días antes en que se hizo la convocatoria, momento al que, sin duda, se refieren los estatutos; que para una interpretación ágil y correcta del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas y, en su caso, de los artículos 28 y 29 de los estatutos, se deben tener en cuenta, de acuerdo con la doctrina, los posibles riesgos para la empresa, que no hay duda existían en el presente caso; que en el supuesto de que se modifique el carácter insubsanable atribuido a la falta señalada ofrece presentar el acta autorizada por el señor Ramos Armero, que demuestra cumplidamente la ausencia de Madrid del presidente, señor Puig López, en el momento de la convocatoria, y que aparte de los anteriores razonamientos, la reunión tenía validez por haber sido solicitada verbalmente y por escrito por tres consejeros, de acuerdo con lo previsto en el párrafo primero del artículo 29 de los estatutos sociales.

Los Registradores titulares del Mercantil de Madrid dictaron acuerdo manteniendo la calificación impugnada por los siguientes razonamientos: Que en el acta de la reunión del Consejo celebrada el 23 de noviembre de 1971, que mediante fotocopia se incorporó al título presentado, constan por declaración de los interesados las incidencias de la convocatoria en forma coincidente en líneas generales a la alegada por el recurrente; que en la misma acta se consigna la declaración del presidente interino señor Gallardo, expresiva de que fue requerido notarialmente y bajo apercibimiento de la responsabilidad a que hubiere lugar por el consejero señor Enríquez para convocar la reunión en virtud de que estaba solicitada por tres consejeros, por lo que era obligatoria; que el 22 de noviembre de 1971 don Juan Eudaldo Puig López, como presidente del Consejo de Administración de «Viroterm, S. A.», requirió al Notario don Domingo Irurzun Goicoa para que, a la vista de un telegrama firmado por el secretario de la Sociedad, que había recibido el día 20 en su domicilio de Barcelona, convocándole para una reunión del 23, le acompañase al lugar señalado para la misma, calle del Cid, números 4 y 6, y momentos antes de la hora fijada pregunte al nombrado secretario si fue él quien remitió el telegrama, y en caso afirmativo, quién ordenó la convocatoria, es decir, quién se atribuye el cargo de presidente y por qué; que el requerido se abstuvo de contestar en el acto pidiendo cédula de notificación para hacerlo en el plazo reglamentario; que el 25 de noviembre se personó el requerido en el despacho del Notario requirente, contestando por escrito en el sentido de que efectivamente el telegrama de convocatoria fue puesto por el dicente, que recibió la orden de convocatoria de don Francisco Gómez Gallardo, y que en cuanto al por qué, se trata de una cuestión subjetiva que lógicamente el declarante ignora, aunque es evidente que con ello el señor Gallardo ejercitaba las prerrogativas y deberes que le imponen los artículos 28 y 29 de los estatutos de «Viroterm, S. A.», razón por la cual el compareciente se consideró obligado a obedecer la orden recibida, haciendo constar asimismo y en relación con igual asunto, que la reunión del Consejo estaba solicitada en forma fehaciente desde hacía muchos días por tres consejeros y que la gestión de «Viroterm, S. A.», presentaba notorias anomalías, por lo que su situación estaba amenazada de graves riesgos, que hacían precisa la urgente reunión del Consejo; que el 13 de diciembre de 1971, debidamente convocada, se reunió la Junta general de accionistas de «Viro-

term, S. A.», con asistencia de socios que representaban el 50,03 por 100 del capital social, tomándose en ella los siguientes acuerdos: Ejercer la acción de responsabilidad contra los consejeros don Antonio Casado Amezúa, don José Luis Enríquez Escudero y don Enrique Gómez Gallardo, desautorizar el carácter de reunión del Consejo a la celebrada el día 23 de noviembre por los citados señores invalidando como acta de la misma el documento presentado en el Registro Mercantil, destituir de sus cargos a los expresados señores, revocar y dejar sin efecto alguno de los poderes conferidos a don José Luis Enríquez y don Francisco Gómez Gallardo, designar nuevos consejeros a don Matías y a doña María del Carmen Matías Troyano; que los referidos acuerdos fueron protocolizados por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Domingo Irurzun Goicoa el 13 de diciembre del mismo año, presentada en el Registro Mercantil y pendiente de despacho; que el 4 de febrero de 1972 se presentó en la misma oficina un mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de la capital dimanante de autos seguidos a instancia de don Antonio Casado de Amezúa y Corso y la «Compañía de Inversiones y Compras, S. A.», contra «Viroterm, S. A.», en el que se ordena anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos tomados por la última empresa citada en la referida Junta general, encontrándose el citado mandamiento pendiente de despacho; que la nota de calificación fue puesta después de haberse manifestado verbalmente al interesado los defectos advertidos; que una vez presentado el escrito del recurso y después de la hora de cierre de la oficina se observó la falta de firma en el escrito de interposición; que la carencia de la precitada firma pone de manifiesto la falta de personalidad del recurrente y, por ende, la nulidad del recurso interpuesto; que aunque a tenor de lo dispuesto en la regla cuarta del artículo 56 del Reglamento del Registro Mercantil, expresivo de que si se apreciase falta de personalidad en el recurrente podrá limitarse a este punto del acuerdo, expondrá los fundamentos jurídicos que sirvieron de base a la calificación recurrida; que relacionando entre sí todos los extremos de la nota y teniendo en cuenta el acta de 22 de noviembre de 1971, es evidente que de la documentación presentada no resulta ni puede resultar acreditada la «ausencia jurídica»—distinta de su sentido vulgar—de don J. Eudaldo Puig López en el momento de la convocatoria; que los artículos 181 y siguientes de nuestro Código Civil definen técnicamente la ausencia jurídica, que no es la simple falta de presencia, sino que tiene que ser el ignorado paradero, probada y no presunta; que en Derecho mercantil, dada la mayor fluidez de la vida comercial, podría admitirse la ausencia en paradero conocido, pero con imposibilidad de regreso para justificar la adopción de medidas urgentes; que constantemente se hacen nombramientos de administradores de sociedades con domicilio fuera del lugar en que lo tiene la empresa, incluso en el extranjero, y esto no impide la buena marcha de la entidad; que así ocurre precisamente en el presente caso, en el que el señor Puig López tiene su domicilio legal en Barcelona, calle Gilaz, número 7, sin que del Registro Mercantil resulte ninguna restricción por motivo de su residencia; que en el citado domicilio de Barcelona se recibió en la tarde del 21 de noviembre de 1971 el telegrama convocándole en nombre del presidente en funciones para la reunión del 23; que el referido don Eudaldo requirió el lunes siguiente, o sea, el 22, al Notario de Madrid don Domingo Irurzun Goicoa para que levantase el acta anteriormente mencionada; que teniendo en cuenta lo dicho y el artículo 28 de los estatutos sociales, no puede considerarse en situación de ausencia a don J. Eudaldo Puig López y, en consecuencia, la convocatoria del Consejo, realizada por don Francisco Gómez Gallardo como presidente en funciones, es nula, como declaró el Tribunal Supre-

mo en un caso muy similar resuelto por sentencia de 14 de febrero de 1968, y nulos los acuerdos tomados en la reunión convocada; que de la interpretación que pretende el recurrente del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con los 28 y 29 de los estatutos sociales, apoyada en la opinión vacilante de un tratadista, es inadmisibile en el Derecho español por ser contraria al ordenamiento jurídico y a la doctrina del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado sobre este punto en la citada sentencia de 14 de febrero de 1968, y que si don J. Eudaldo Puig López ha procedido con lenidad en el cumplimiento de sus obligaciones, los socios que se consideren perjudicados pueden ejercitar la acción social de responsabilidad en la forma que determina el artículo 80, párrafo 3.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, o la acción individual de responsabilidad del artículo 81 de la misma Ley, sin perjuicio de poder utilizar cualquier otra acción que sea procedente conforme a las normas del Derecho común, pero sin que sea admisible el que a través de interpretaciones arbitrarias de preceptos estatutarios o legales se hagan convocatorias como la efectuada por don Francisco Gómez Gallardo, que por ser nula vicia de nulidad los acuerdos adoptados en la misma.

Al no aparecer firmado el escrito de interposición del recurso, olvido del recurrente advertido por el Registrador el día de su presentación después del cierre de la oficina, la Dirección General, de conformidad con el principio de subsanación de defectos formales que aparece recogido en la legislación notarial y que también regula el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, acordó la devolución del expediente al Registro de procedencia para que se cumpliese la formalidad omitida y una vez realizado este trámite lo remitiese de nuevo al Centro directivo, indicación que cumplió con diligencia la oficina registral.

Y la Dirección General, en el recurso interpuesto por el Letrado don Cayetano Hernández Fernández en la representación dicha, contra la calificación del Registrador Mercantil de Madrid (1), acordó confirmar la nota de éste, excepto en lo relativo al carácter del defecto, que ha de estimarse subsanable, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—La cuestión planteada se reduce a determinar si la convocatoria y celebración del Consejo de Administración de «Viroterm, S. A.», que dio lugar a los acuerdos que debidamente protocolizados se presentaron en el Registro Mercantil para su inscripción, se ajustan o no a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas y más especialmente en los 28 y 29 de los estatutos sociales.

Conforme al tenor del artículo 29 citado, la reunión del Consejo de Administración, que tendrá lugar «tantas veces como lo exijan los negocios sociales», vendrá determinada discrecionalmente por el juicio del presidente sobre dicha exigencia u obligatoriamente «a petición de tres de sus miembros», requisito este último que se ha dado y aparece probado en el escrito al Registro Mercantil, y resuelve en sentido positivo el problema fundamental de la procedencia de la convocatoria.

La capacidad y actuación del consejero más antiguo formalizando tal convocatoria se ajusta igualmente a lo determinado categóricamente y sin ninguna reserva ni cautela por el también citado artículo 28 de los estatutos, que dice que «en caso de ausencia del presidente le sustituirá el consejero de más edad», complementando el artículo 78 de la Ley, que habla de la convocatoria hecha por «el presidente o el que haga sus veces», sin que ante la falta de otras exigencias legales—toda vez que el repetido artículo 78, por lo demás, se limita a fijar las condiciones de convo-

(1) VISTOS: Los artículos 77 y 78 de la Ley de 17 de julio de 1951 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1968.

catoria válida del Consejo, cual es la concurrencia a la reunión de la mitad más uno de sus componentes y las mayorías siempre personales necesarias para la adopción de acuerdos—quepa plantear, sobre la ausencia real del presidente, otra cuestión que la de no estar debidamente acreditada, según viene a reconocer el propio recurrente y sin que la sentencia del Tribunal Supremo que se cita, motivada por una convocatoria hecha de modo directo por los consejeros, «que no puede equipararse a la hecha por el vicepresidente», parezca de aplicación al caso debatido y pueda, por tanto, la falta de prueba de la repetida ausencia viciar de nulidad los acuerdos tomados y, en consecuencia, determinar el carácter de insubsanable del defecto advertido.

COMENTARIO.—Debe centrarse en dos puntos fundamentales: a) Si el Registrador (los Registradores) fue duro en la calificación de insubsanable que dio al defecto. b) Si la Dirección, al transformar el defecto en subsanable, entraba en el fondo y consideraba que el acta otorgada el 19 de noviembre de 1971 ante el Notario don Manuel Ramos Armero era suficiente documento justificativo de la ausencia del presidente, señor Puig López, causa suficiente para la validez de la convocatoria efectuada por el presidente sustituto, consejero de más edad.

a) La simple lectura de la nota calificatoria nos demuestra que el Registrador no era consecuente consigo mismo al calificar como insubsanable el defecto. Considerando como considera que la convocatoria y todo lo demás estaría correcto en el supuesto de ausencia del presidente, señor Puig López, nunca debió centrar el defecto en no resultar acreditada por la documentación presentada tal circunstancia (la ausencia) si es que pretendía considerar insubsanable el defecto. La calificación de insubsanable sólo era congruente con el haber considerado acreditada la presencia. En realidad, por la referencia que a continuación se hace al acta autorizada por el Notario señor Irurzun el 22 de noviembre de 1971, el Registrador quería decir que había considerado acreditada la presencia y, por tanto, la no existencia de ausencia y, por ello, calificaba el defecto de insubsanable, pero incurrió en el error o, al menos, en la imprecisión de colocar el centro de gravedad de la nota en no resultar acreditada la ausencia, y de no precisar el momento en el que la ausencia o la presencia eran fundamentales, ni tampoco su interpretación de la frase «en caso de ausencia del presidente» contenida en el artículo 28 de los estatutos. Las faltas y defectos que los Registradores observan han de ser determinados en la nota con la suficiente claridad para que los interesados puedan reaccionar contra la calificación y, en nuestro caso, aunque se ve suficientemente claro que no se estimaba válida la convocatoria, no hay la misma claridad respecto al por qué no se estimaba válida, ya que nada se dice sobre la naturaleza, momento y forma de justificar la ausencia a que dicho artículo estatutario hace referencia, datos todos imprescindibles para que el interesado procurase la subsanación del defecto, si se hubiese estimado subsanable, o enfocase el recurso, caso de estimarse insubsanable, como se estimó.

Tales matizaciones sí las encontramos en el Informe del Registrador, aunque no totalmente claras: En él se dice que la «ausencia jurídica» del presidente no resulta *ni puede resultar acreditada* de la documentación presentada en el momento de la convocatoria; se dice que hay que relacionar entre sí todos los extremos de la nota (confesando así que no era de redacción totalmente correcta) y se hacen insinuaciones respecto a que la ausencia que autorizaría la intervención del presidente suplente sería la ausencia en ignorado paradero del Código Civil (?) o, al menos, por la mayor fluidez de la vida comercial, la ausencia en paradero

conocido, pero con imposibilidad de regreso. A pesar de todo, la única razón para estimar imposible acreditar la ausencia fue el dar por acreditada la presencia en vista del contenido del acta notarial de 22 de noviembre, dando prevalencia a esta acta sobre el acta de la sesión del Consejo, en la que se hace referencia al acta autorizada por el Notario don Manuel Ramos Armero el 19 del mismo mes, acreditativa de la no presencia del presidente ni en el domicilio social ni en el hotel «Gran Versailles» en el día de la convocatoria, acta que, al parecer, aunque mencionada en la de sesión del Consejo, no se presentó en el Registro.

b) La solución dada al recurso por la Dirección debemos considerarla correcta, aunque aparentemente sea poco práctica. Hay un momento, en el considerando tercero, en el que parece que va a reducir a unos términos razonables los efectos de la frase: «que deberá ser convocada por el presidente o el que haga sus veces», del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas; aquel en el que dice que este precepto se limita a fijar las condiciones de convocatoria válida del Consejo (2); pero luego no llega el considerando a distinguir entre validez de la constitución del Consejo (*quorum* de asistencia), requisitos de validez de los acuerdos (voto favorable de mayoría de asistentes) y requisitos de la convocatoria respecto de los cuales es muy dudoso que la Ley haya querido hacer de la circunstancia de ser convocada la sesión por el presidente o el que haga sus veces un requisito de validez de los acuerdos y de la válida constitución del Consejo, en todo caso. Termina por centrar la validez e inscribibilidad de los acuerdos en la ausencia del presidente y, por ende, en el acreditar debidamente tal ausencia.

Y aquí llegamos a la crítica de la resolución por poco práctica. Si nadie sabe la manera de acreditar «debidamente» esa ausencia del presidente, si el Registrador vacila incluso sobre qué sentido tenía que darse a la palabra ausencia, si no se comprende fácilmente en qué momento la ausencia debe operar el tránsito de facultades de convocatoria, cuando hay tan corto espacio entre convocatoria y sesión. ¿Qué adelanta la Dirección con dejar abierta la cuestión, limitarse a calificar el defecto de subsanable y no manifestar nada sobre si consideraba el acta aportada al recurso suficiente documento subsanatorio?

Los Tribunales podrán ampliar el campo de polémica del caso hasta el infinito, tanto como puedan el ingenio, la preparación o la habilidad de los letrados de las partes. Pero ante el Registrador, en vía de jurisdicción voluntaria registral, la polémica estaba agotada por las dos actas notariales contrarias. Nada se consigue con colocar nuevamente al Registrador en trance de volver a rechazar la inscripción por defecto subsanable no subsanado y al interesado ante la necesidad de otro recurso contra la calificación que estime insuficiente subsanación el acta notarial del día 19, en vista del contenido del acta notarial del día 23. Todo lo que las partes pueden decir y aportar sobre el caso en vía de jurisdicción voluntaria está en el recurso. ¿Por qué dar lugar a otro? Es muy de alabar el respeto de la Dirección a la libertad calificadora de los Registradores respecto de los documentos no presentados a calificación y sí aportados al recurso, conforme al artículo 117 del Reglamento, y el mismo recurrente reconoce en su escrito que el acta del día 19 no se había presentado; pero debe tenerse en cuenta: a) que a la misma se hacía referencia en el acta de la sesión 83 y el Registrador, al no exigirla, demostraba su criterio de que cualquiera que fuese su contenido nunca sería suficiente para variar su calificación; b) que frente al artículo 117 está el 124, que permite a la Dirección tener en cuenta,

(2) Posiblemente hay un error de redacción o de imprenta en el párrafo entre guiones del considerando.

para resolver, documentos no presentados al Registrador, y c) que antes que los hechos acreditados por el acta del día 19 y por el acta del día 23 o por cualquier otra que hubiese podido levantarse (y aunque éstas hubiesen justificado todos los movimientos del señor Puig López en aquellos días), tienen que ser consideradas cuestiones más fundamentales de hecho y de derecho para determinar la validez e inscribibilidad de los acuerdos de la sesión del Consejo, en torno a las cuales la Dirección no se pronuncia.

Por todo ello parece, a primera vista, que en este caso la Dirección, por brevedad procesal, debía haber entrado en el fondo y resolver del todo la cuestión planteada, aun a riesgo de suplantarse un tanto al Registrador en la calificación de la *questio facti*, que representa la contradicción de las dos actas, contradicción que, en mi opinión, no agota el problema sometido a la consideración del Centro directivo. Siendo así, era insuficiente confirmar la nota, sin más que cambiar en subsanable la naturaleza del defecto, porque el defecto más y antes que subsanable o insubsanable era impreciso y deficientemente planteado, en tanto en cuanto no se siente criterio firme sobre el sentido que en el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas tiene el precepto de que la sesión deberá ser convocada por el presidente o el que haga sus veces y la trascendencia que este requisito de la convocatoria tiene en orden a la validez de la constitución del Consejo, así como sobre los elementos de calificación registral de tal requisito de la convocatoria.

Lo que sí echamos de menos en los considerandos es la referencia a la doctrina de la Dirección, según la cual el Registrador para mejor calificar puede y debe tener en cuenta otros documentos pendientes de despacho, aunque estén posteriormente presentados, con objeto de no efectuar inscripciones inútiles o ineficaces, evitar litigios y conseguir justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados. En esto creemos que está el «quid» de la cuestión. El Registrador, al calificar tenía conocimiento de que la Junta general de «Viroterm, S. A.», se ponía de parte del presidente efectivo y en contra de los acuerdos del Consejo en la reunión cuya convocatoria se discute, y acaso tenía ya conocimiento también de un mandamiento de anotación de demanda de impugnación de los acuerdos de dicha Junta general. La pugna había, pues, tomado estado judicial y la resistencia de los Registradores a que el Registro prejuzgase o dificultase el fallo que, en definitiva, dictasen los Tribunales era muy razonable, máxime cuando tan poco precisos están los efectos de la inscripción en determinados aspectos del Registro Mercantil. Era preferible aquí el vacío registral absoluto a que los asientos se inclinasen a favor de una de las dos tan irreductibles facciones dentro de la Sociedad. Desde este punto de vista, la dilatoria inhibición de la Dirección General también se nos ofrece como la solución mejor y una nueva calificación del Registrador, teniendo a la vista las dos actas notariales, tendente una a probar la ausencia del presidente titular y la otra su presencia, e incluso un nuevo recurso contra esta calificación, se nos ofrece como idóneos procedimientos para que los puntos litigiosos se perfilen y la controversia se centre donde corresponde: los Tribunales. Por otra parte, aquí el tiempo trabaja a favor de la Justicia, porque al ir aumentando la información de los socios sobre lo discutido por los dos bandos, la voluntad suprema de la Junta general, con asistencia más copiosa que la del día 13 de diciembre de 1971, puede despejar la pugna planteada.

El último considerando de la Resolución entiende que no es de aplicación al caso debatido la sentencia de 14 de febrero de 1968. Creo que sí podía considerarse aplicable, pues el Registrador trataba de conceder la mayor trascendencia a la frase del artículo 78, que determina que la

sesión del Consejo deberá ser convocada por el presidente o el que haga sus veces. El artículo 78 ha ido más allá que su modelo, el artículo 2.388 del Código Civil italiano. Este dice que para la validez de las deliberaciones es necesaria la presencia de la mayoría de los administradores en el ejercicio de su cargo (salvo que el acto constitutivo no exija un mayor número de presentes); añade que las deliberaciones (acuerdos) serán tomadas por mayoría absoluta (salvo disposición distinta en el acto constitutivo) y termina prohibiendo el voto por representación. Nada dice sobre la convocatoria ni aparece el menor indicio de que los requisitos de la convocatoria de la Asamblea (Junta general) sean aplicables por analogía. Nuestro artículo 78 coincide con el italiano en que la mayoría de asistentes y la mayoría de votantes en favor del acuerdo son requisitos de éste; pero parece añadir el requisito de convocatoria por el presidente o el que haga sus veces. Se hace difícil deducir que este requisito sea tan esencial como los otros dos. Si el artículo 55 da por válida la Junta general universal sin previa convocatoria, ¿será de peor condición el Consejo? Por ello acaso no sea conveniente sacar de quicio el requisito de la convocatoria del Consejo por su presidente o el que haga sus veces. Si es verdad que el Consejo queda válidamente constituido cuando concurren la mitad más uno de sus componentes no puede ser esencial el requisito de convocatoria por el presidente. O la convocatoria es una obligación del presidente más que un requisito de validez de la sesión y de los acuerdos o no es verdad que baste la concurrencia de la mitad más uno de los consejeros para la constitución válida del Consejo. En todo caso, ha habido un descuido del legislador, que no ha previsto, en este artículo, el enfrentamiento del presidente con la mayoría de los consejeros.

La sentencia de 14 de febrero de 1968 interpretó el precepto en favor del presidente posiblemente apoyándose en (y considerando también esencial) el acta firmada por el presidente y el secretario, a que se refiere el artículo, y al que tampoco se hace referencia en el Código italiano en materia de Consejo de Administración (al contrario que en materia de Asamblea, donde sí encontramos un acta suscrita por el presidente y el secretario o el Notario, siendo imprescindible el Notario en la Asamblea extraordinaria). Si esta interpretación del Tribunal Supremo debe tener alcance extensivo y aplicación general, aunque en algún caso pueda conducir a la tiranía del presidente dentro del Consejo, o si debe ser atemperada por las circunstancias del caso, es algo que tiene que resultar de la realidad vivida de los Consejos de Administración de las Sociedades Anónimas.

La sentencia citada en uno de los considerandos rechaza el motivo del recurso basado en la violación del artículo 78 de la Ley, por entender adecuada la interpretación del Juez de Instancia, según la cual corresponde al presidente convocar el Consejo, pues el artículo no puede suponer la simultánea facultad a favor del presidente y el vicepresidente, pues éste solamente hará las veces del primero cuando aquél deje de ejercer sus funciones; ni, en suma, la convocatoria hecha por consejeros de modo directo arrogándose la facultad mencionada y sin instar del presidente tal convocatoria sea equiparable a la que trata de defenderse como hecha por el vicepresidente. En otro considerando, por motivos procesales, rechaza la violación del artículo 4 del Código Civil y del mismo artículo en relación con el 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, por acumularse respecto a los mismos preceptos legales dos conceptos de infracción de carácter independiente contra lo dispuesto en los artículos 1.720 y 1.729, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento. Lamentamos que por lo extractado del texto de la sentencia, por el que hemos podido llegar a conocerla, y por la gran influencia de lo procesal en los fallos de la casa-

ción no podamos exponer con acierto el criterio sentado por ella en torno a la cuestión de la naturaleza del requisito de convocatoria del Consejo por el presidente en relación con la validez de los acuerdos tomados.

En lo que no estamos conformes con la Resolución es en que la referida sentencia no sea de aplicación al caso debatido. Si se trata de averiguar si la convocatoria por el presidente y la firma de éste en el libro de actas son requisitos insustituibles para que haya acuerdo válido o si, por el contrario, «una interpretación ágil y correcta del artículo 78 de la Ley», en la que se deban tener en cuenta los posibles riesgos para la empresa, en caso de resistencia del presidente, como quiere el recurrente, debe conducir a reducir los efectos de tal requisito de la convocatoria; entonces no hay duda de que la doctrina del Tribunal Supremo era fundamental en la materia y que lo necesario era calibrarla acertadamente, separando lo que fuera en ella *obiter dictum* o imposiciones del rigorismo formal de la casación.

Puede entenderse que la convocatoria por el presidente en funciones es requisito de validez de los acuerdos, y que los acuerdos del Consejo reunido sin esa convocatoria son nulos en todo caso y, sin embargo, no estimar insubsanable el Registrador el defecto tal como el caso se presentaba. Poco a poco se va abriendo paso entre los Registradores la idea de que la dualidad defecto subsanable-defecto insubsanable no agota las posibilidades de la rica realidad. Son muy frecuentes los casos en que hay que estimar el defecto subsanable en principio, aunque luego resulte de imposible subsanación, y existen también casos en que precisamente la subsanación de un defecto intrascendente nos conduce a un gran defecto insubsanable.

Este era el caso planteado. Si se aportaba documentación suficiente para demostrar que la convocatoria era válida y, por tanto, válidos los acuerdos, resultaba subsanado el defecto; si, en definitiva, resultaba acreditada la defectuosa convocatoria y, por ende, la nulidad de los acuerdos, el defecto se transformaba en insubsanable, y si no se acreditaba ni una cosa ni otra, el defecto quedaba como subsanable no subsanado. Pero de todas maneras, en el fondo quedaba y queda una *quaestio juris* fundamental sin resolver: la correcta interpretación del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, que contiene una grave contradicción interna si se pretende dar al requisito de convocatoria trascendencia en orden a la validez de los acuerdos.

T. C. G.