



**INFORME Solicitado en virtud de lo establecido por el Reglamento Orgánico del Pleno, Artículo 275, apartado 2, a petición del Portavoz del Grupo Municipal EH BILDU Gasteiz, D. Félix González San Vicente.**

**ASUNTO: Sustitución de la secretaría del Consejo de Administración de Ensanche 21.**

Régimen Jurídico: Artículo 275.2.- “Además de los informes preceptivos señalados en el artículo 122.5 letra e) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen local, podrán solicitar a la Secretaría General informe jurídico sobre la legalidad de un asunto de competencia municipal la cuarta parte como mínimo de las personas que sean miembros de la Corporación o quienes sean Portavoces de los grupos que representen el mismo”

**CUESTIONES PREVIAS. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE:**

Con el fin de dar una respuesta lo más certera posible a las cuestiones que se nos plantean, consideramos oportuno hacer un análisis previo sobre el régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles de capital íntegramente público, que dista sustancialmente del que es aplicable a las administraciones públicas.

**- Ley de Bases de Régimen Local**

Artículo 85 ter.

1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

2. (...)

3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

**- Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (Decreto de 17/06/1955)**

Artículo 92.

1. El funcionamiento de la Corporación constituida en Junta general de la Empresa se acomodará, en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley y del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las Sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales.

**- Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (RDLeg. 781/1986, de 18 de abril).**

Art. 103.

1. En los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de Sociedad mercantil de responsabilidad limitada. La Sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la Entidad local, la forma de constituir el



Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto representando al capital social.  
(...)

Las cuestiones que se nos plantean se refieren a la conformación del Consejo de Administración y al modo en que una eventual indebida composición podría afectar a la validez de sus acuerdos. Pues bien, en materia de composición, funcionamiento y adopción de acuerdos del Consejo de Administración de Ensanche 21, rigen sus estatutos y la legislación mercantil, sin que la normativa administrativa alcance a tales extremos<sup>1</sup>.

Partiendo de esta premisa procuraremos responder a las preguntas que se nos formulan.

### **CUESTIONES PLANTEADAS:**

**1.- Si tiene validez el nombramiento de Doña XXXXX como secretaria accidental del consejo de administración tomada en contra del Art. 14 de los Estatutos de la Sociedad.**

Esta pregunta engloba en realidad dos interrogantes. El primero sería si el nombramiento de una persona que no forma parte de la Asesoría Jurídica como Secretaria del Consejo de Administración resulta contrario a los estatutos de la sociedad, y el segundo sería si la adopción de este acuerdo, en caso de resultar contrario a los estatutos, deviene válido o no.

Los estatutos de Ensanche 21 establecen lo siguiente:

*Artículo 13º.- Régimen de reuniones del Consejo de Administración.*

*El Consejo de Administración se reunirá en sesión ordinaria una vez al mes en los días y horas que se determinen.*

(...)

***Para que pueda celebrarse la reunión válidamente será precisa la asistencia personal de la mitad más uno de los componentes, incluido el Presidente o Vicepresidente, en su caso, y la del Secretario. En caso de representación ésta deberá recaer necesariamente en otro consejero que asista y consignarse por escrito.***

*Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros asistentes a la reunión, incluida la asistencia representativa, salvo en los supuestos en los que la ley exija mayorías distintas.*

*Artículo 14º. Secretario y Auditor.*

***El Secretario del Consejo será Letrado de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, y el auditor de cuentas, el Interventor General Municipal o persona en quien delegue, que será quién ejercerá las funciones de control y fiscalización de la sociedad de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente.***



A la vista de estos preceptos, en principio la respuesta parece clara: el acuerdo de nombramiento de una persona que no sea letrada de la Asesoría Jurídica municipal para la secretaría del Consejo de Administración de E21 sería contrario a los estatutos sociales.

Sin embargo, la respuesta es algo más compleja, ya que la normativa mercantil, y multitud de estatutos societarios, distinguen dos figuras similares pero no idénticas, como son “*el secretario del consejo*” y “*el secretario de la sesión*”, de forma que la persona que ostenta la titularidad de la secretaría del consejo será una y única, con unas facultades exclusivas, pero no necesariamente debe coincidir con la persona que realice las labores de secretaría en una concreta sesión del consejo, y que consisten básicamente en levantar acta de la sesión<sup>2</sup>.

Esta distinción proviene del art. 99.3 del Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en adelante **RRM**):

*Artículo 99. Aprobación del acta.*

- 1. Las actas de Junta o Asamblea se aprobarán en la forma prevista por la Ley o, en su defecto, por la escritura social. A falta de previsión específica, el acta deberá ser aprobada por el propio órgano al final de la reunión.*
- 2. Las actas del órgano colegiado de administración se aprobarán en la forma prevista en la escritura social. A falta de previsión específica, el acta deberá ser aprobada por el propio órgano al final de la reunión o en la siguiente.*
- 3. Una vez que conste en el acta su aprobación, **será firmada por el Secretario del órgano o de la sesión**, con el Visto Bueno de quien hubiera actuado en ella como Presidente.*
- 4. Cuando la aprobación del acta no tenga lugar al final de la reunión, se consignará en ella la fecha y el sistema de aprobación.*

Aceptando esta posibilidad se ha pronunciado, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), en Sentencia num. 498/2002 de 2 diciembre:

*“...el presidente, al no alcanzarse el quórum de cuatro quintos previsto en los estatutos, decretó que se procediera a la elección de “Secretario para la presente sesión”, proponiendo al Sr. Marco Antonio procediéndose seguidamente a su nombramiento por mayoría simple de tres votos.*

***Este nombramiento, realizado al amparo de lo previsto en el art. 99.3º del Reglamento del Registro Mercantil, debe reputarse legítimo y necesario en lo que respecta a la sesión seguida en segunda convocatoria, por la sencilla razón de que no existió ninguna propuesta, por parte del consejero representante de la minoría, que***

---

<sup>1</sup> Distinto régimen corresponde, como se ha visto, a la Junta General, que en cuanto al procedimiento y adopción de acuerdos se sometería principalmente a la normativa aplicable al Pleno

<sup>2</sup> Es frecuente que los estatutos sociales contemplen la figura de un Vicesecretario, posibilidad expresamente prevista en el RRM (arts. 94.1.4º, 109.1.a, y 146.1), el cual asiste al Secretario en sus funciones y puede sustituirlo en el consejo de administración en casos de ausencia, o que contemplan la posibilidad de que, en ausencia de ambos, el Consejo pueda nombrar a un tercero como “secretario de la sesión”, en las condiciones previstas en los propios estatutos (a veces podrá no ser miembro del consejo, otras deberá ser un miembro con conocimientos jurídicos, etc.).



*fuera factible, ya que la que hizo a favor de D. Alfredo era legalmente inviable, y no se hizo ninguna alternativa, **siendo necesaria la designación de secretario a los meros efectos de redactar el acta de la reunión, lo que no exigía mayoría especial y sin que tal nombramiento tenga igual carácter y consecuencias que el de secretario de la junta o del consejo.***

Así pues, aun cuando los estatutos de Ensanche 21 no contemplan la figura del “secretario de la sesión”, como tampoco contemplan la figura del “secretario accidental”<sup>3</sup>, no obstante cabría razonablemente considerar que dicho nombramiento se hizo en calidad de “secretario de la sesión”, con las limitadas funciones que corresponden al mismo, y que en ningún caso sustituirían a la figura del “secretario del consejo”. Así entendido, cabría sostener que dicho acuerdo no vulneraba los estatutos.

Ahora bien, incluso si se concluyera que el acuerdo de nombramiento de una “secretaria accidental” contravenía los estatutos, tampoco está claro que dicho acuerdo estuviera viciado de nulidad o anulabilidad.

Y es que en el ámbito mercantil no es fácil pronunciarse a priori sobre la validez o eventual nulidad o anulabilidad de un acuerdo societario, pues como ha señalado el Tribunal Supremo (STS de 12 de julio de 2004): **«en los actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, el juzgador ha de analizar la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados para concluir declarando válido el acto realizado, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así permite o aconseja, y sancionándolo con la nulidad si median transcendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario al respeto debido a la Ley, la moral o el orden público (...) lo que permitirá, quizá, hacer jugar un papel a la buena o mala fe de los contratantes»**.

El artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital afirma que **“Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.”**

En particular, en lo que respecta a los defectos procedimentales, rige la denominada **“prueba de relevancia”**, que se define con claridad en el art. 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC)

La letra a) del art. 204.3 LSC establece:

---

<sup>3</sup> La figura del “Secretario accidental” no aparece en la legislación mercantil, y solo la hallamos en relación con sociedades mercantiles municipales, entendemos que por influencia de la normativa sobre funcionarios de habilitación nacional, que asigna la denominación “accidental” aquellas personas que ocupan puestos reservados a funcionarios de habilitación nacional pero que no forman parte de este cuerpo funcional.



*«Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basados en los siguientes motivos:*

*a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, **salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante**».*

Por su parte, el art. 206.5 LSC dice:

*«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».*

En nuestro caso, no consta ninguna norma que sancione expresamente con la nulidad los déficits o errores en la designación del secretario.

Cierto es que los estatutos de Ensanche 21 disponen que *“para que pueda celebrarse la reunión válidamente será precisa la asistencia personal de la mitad más uno de los componentes, incluido el Presidente o Vicepresidente, en su caso, y la del Secretario”*, pero en el caso que nos atañe de hecho había presente una secretaria, aunque solo pudiera considerarse a esta como secretaria “de la sesión” y no “del Consejo”.

De hecho, es de destacar que la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, ha venido a relativizar la gravedad de las infracciones legales o estatutarias referidas al secretario de la junta.<sup>4</sup>

En conclusión, cabe sostener que el acuerdo de nombramiento de la “secretaria accidental” no se oponía a los estatutos, en tanto en cuanto dicho nombramiento se entendiera efectuado en calidad de “secretaria de la sesión” y no de “secretaria del consejo”. No obstante, aun cuando sostuviéramos que dicho acuerdo vulneró los estatutos, y teniendo en cuenta que el acuerdo se adoptó por mayoría absoluta de los consejeros asistentes, vemos difícil defender que tal irregularidad superara la *“prueba de relevancia”*, que permitiera considerar nulo o anulable el acuerdo, a la vista de las intrascendentes consecuencias que pudo originar para el socio único, para los miembros del consejo de administración o para el interés social en su conjunto.

---

<sup>4</sup> En este sentido, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1982; St. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) num. 1/2008 de 10 enero; SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de julio de 1992.



## **2.- Si dicho acuerdo estuviera viciado de invalidez al estar tomado en contra de los Estatutos de la Sociedad, ¿Qué efectos tendría sobre los demás acuerdos tomados en dicho consejo o en hipotéticos consejos de administración futuros?**

Siguiendo el razonamiento que exponíamos en el apartado anterior, si la composición del consejo de administración fue correcta, y por tanto la sesión válida, no habría razón alguna para considerar que los acuerdos que así se adoptaron fueran nulos ni anulables, no al menos por esta causa.

**Lo dicho hasta el momento no conlleva que dicho nombramiento “accidental” resultara inocuo, irrelevante, porque, como decíamos antes, las funciones del Secretario de la sesión no son equivalentes a las del Secretario del Consejo.**

Así, conforme al art. 109 del Reglamento del Registro Mercantil<sup>5</sup> (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio), corresponde al Secretario del órgano colegiado la facultad de certificar las actas y los acuerdos, en este caso al Secretario del Consejo de administración, y para ello es necesario que la persona que expida la certificación tenga su cargo vigente en el momento de la expedición. Y este artículo dice más: ***“Para la inscripción de los acuerdos contenidos en la certificación deberá haberse inscrito, previa o simultáneamente, el cargo del certificador”.***

Por consiguiente, aun cuando se hiciera este nombramiento accidental para una concreta sesión del consejo de administración, **la certificación de los acuerdos que consten en acta con el visto bueno de la Presidenta, así como la elevación a público de los mismos, habría de hacerlo el secretario del Consejo nombrado como tal secretario del órgano (no de la sesión), cumpliendo los requisitos estatutarios**<sup>6</sup>.

De hecho, la normativa vigente contempla un procedimiento especial para el caso de que sea el secretario entrante, pero aún no inscrito en el Registro Mercantil,

---

<sup>5</sup> El artículo 529 *octies* de la LSC regula expresamente la figura del “Secretario del Consejo de Administración”, al que atribuye, además de las funciones asignadas por la ley y los estatutos sociales o el reglamento del consejo de administración, las siguientes: *a) Conservar la documentación del consejo de administración, dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de su contenido y de las resoluciones adoptadas. b) Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna. c) Asistir al presidente para que los consejeros reciban la información relevante para el ejercicio de su función con la antelación suficiente y en el formato adecuado.* Sin embargo, **este artículo solo es de aplicación a las sociedades cotizadas.** Así pues, en el caso de las sociedades municipales, debemos conformarnos con una normativa escueta y fragmentaria recogida en el Reglamento del Registro Mercantil, si bien es cada vez más frecuente que los estatutos del resto de sociedades recojan funciones análogas a aquellas.

<sup>6</sup> RRM: ***“Artículo 109. Facultad de certificar. 1. La facultad de certificar las actas y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles corresponde: a) Al Secretario y, en su caso, al Vicesecretario del órgano colegiado de administración, sea o no administrador. Las certificaciones se emitirán siempre con el Visto Bueno del Presidente o, en su caso, del Vicepresidente de dicho órgano.”***



quien certifique los acuerdos en lugar del secretario ya cesado pero que sigue constando en dicho registro<sup>7</sup>.

En definitiva, más allá de la validez o no del acuerdo por el que se nombraba a una “secretaria accidental”, el cese o sustitución del Secretario del Consejo sin someterse a los cauces legales y estatutarios podría acarrear problemas a la hora de elevar a públicos los acuerdos societarios e inscribirlos en el Registro Mercantil, requisito imprescindible para que tales acuerdos produzcan efectos frente a terceros.

### **3.- Si se ajusta a derecho el cambio de los Estatutos de las sociedades públicas municipales o de los organismos autónomos para posibilitar el nombramiento como secretario-a (accidental) a una persona ajena a la Asesoría Jurídica Municipal.**

Ni el artículo 94 del RRM (aplicable a las sociedades no cotizadas como la nuestra), ni el art. 529 *octies* de la LSC establecen nada sobre la condición o cualificación del secretario del consejo, salvo que puede o no ser miembro del propio órgano colegiado.

Otra cosa es que, en el caso de las sociedades cotizadas, el art. 529 *octies b)* atribuye a los secretarios, entre otras, la función de “*Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna*”, y eso conlleva que, en la mayoría de los casos, la secretaria de estas sociedades recaiga sobre una persona jurista.

No obstante, en el caso de las sociedades no cotizadas, como es el caso de Ensanche 21, no se ha de olvidar que aún sigue vigente la “Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas Sociedades mercantiles”<sup>8</sup>.

Conforme al artículo uno de dicha Ley, las sociedades mercantiles de capital igual o superior a 50 millones de pesetas (300.506 euros), o cuyo volumen normal de negocios, según el balance y la documentación contable correspondiente al último ejercicio fiscalmente sancionado, alcance la cifra de cien millones de pesetas o la plantilla de su personal fijo supere los cincuenta trabajadores, deben contar obligatoriamente con “un Letrado asesor del órgano individual o colegiado que

---

<sup>7</sup> En esos casos, conforme a los artículos 109.2 y 111 del RRM, para que la certificación emitida por el nuevo secretario sea eficaz, se exige que se acompañe la notificación fehaciente del nuevo nombramiento realizada al anterior secretario, y que hayan transcurrido quince días desde dicha notificación, con el fin de dar tiempo al anterior titular para poder oponerse al asiento registral del nuevo secretario.

<sup>8</sup> Al igual que su normativa de desarrollo: Real Decreto 2288/1977, de 5 de agosto, por el que se reglamenta el asesoramiento de los Letrados a las Sociedades mercantiles a que se refiere la Ley 39/1975, de 31 de octubre.





ejerza la administración”, y que deberá pertenecer como ejerciente al Colegio de Abogados donde la Sociedad tenga su domicilio<sup>9</sup>.

Corresponderá a dicho Letrado asesor, además de las funciones propias de su profesión que puedan asignarle los Estatutos de la Sociedad, asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten por el órgano que ejerza la administración y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista, debiendo quedar, en la documentación social, constancia de su intervención profesional.

El incumplimiento de lo establecido en dicha Ley será objeto de expresa valoración en todo proceso sobre responsabilidad derivada de los acuerdos o decisiones del órgano administrador.

No obstante, el artículo cinco de dicha Ley especifica que:

***“Cuando la Sociedad, incluida en alguno de los supuestos del párrafo uno de este artículo, cuente con un Secretario o un miembro de su órgano de dirección o de administración en quien concorra la calidad de Letrado en ejercicio, con las condiciones previstas en el propio precepto, cualquiera de ellos podrá asumir las funciones que la presente Ley atribuye al Letrado asesor.”***

Por consiguiente, no existe norma alguna que impida contemplar en los estatutos el nombramiento como secretarios del Consejo de Administración de Letrados no ejercientes, pero en tal caso, en lo que hace a las sociedades no cotizadas, habría de nombrarse a un/a Letrado/a de la Asesoría Jurídica que actuara como letrado-asesor del Consejo de Administración.

Finalmente, en el caso de que se optara por crear una vicesecretaría del consejo, sería conveniente, en aras a la seguridad jurídica, que la Secretaría recayera sobre un/a letrado/a de la Asesoría Jurídica, pues la Ley 39/1975 antes citada, no contempla las vicesecretarías.

Es cuanto tengo el honor de informar, en Vitoria-Gasteiz, a 12 de abril de 2022

**EL SECRETARIO GENERAL ACCIDENTAL DEL PLENO  
UDALBATZAKO BEHIN-BEHINEKO IDAZKARI NAGUSIA**

Fdo.: Martin Gartzandia Gartzandia

<sup>9</sup> Conforme al art. 544 de la LOPJ, no es obligatoria la colegiación de los letrados que actúen ante los Juzgados y Tribunales al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral, pero eso no obsta que sean considerados como letrado “en ejercicio”.