

1. La cláusula estatutaria cuestionada en el presente recurso exige, para que la Junta general de una Sociedad anónima pueda acordar el cese de los Administradores, «en primera convocatoria, la concurrencia en ella de las dos terceras partes del número de accionistas y del capital suscrito con derecho a voto. En segunda convocatoria bastará la mayoría de los accionistas y la mitad del capital con derecho a voto...».

Según la nota de calificación, dicha exigencia es contraria al artículo 131 de la Ley de Sociedades Anónimas, conforme al cual la separación de los Administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta general.

2. Respecto de las Sociedades de capital cabe distinguir, por una parte, la Sociedad de responsabilidad limitada, en la cual (dado el carácter flexible de su regulación legal, puesto de relieve por la exposición de motivos) se admiten ciertas excepciones a la regla de la revocabilidad de los Administradores, ya mediante la designación de la persona que haya de encargarse de la administración y representación de la Sociedad, como condición expresa del contrato fundacional (y entonces rigen los artículos 13 y 31 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada -cfr. la Resolución de 16 de abril de 1991-), ya mediante la elevación de los quórum y mayorías previstos en dicha Ley para la separación de los Administradores (cfr. la Resolución de 22 de diciembre de 1977); y, de otro lado, la Sociedad anónima, de carácter eminentemente capitalista, en la cual prevalece el principio de amovilidad del Administrador, de modo que la separación de éste podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta general (artículo 131). Este principio característico del tipo social, y del que existen otras manifestaciones legales (cfr. la prohibición de establecimiento de una mayoría distinta de la prevista por el artículo 93 para la adopción del acuerdo de promover la acción social de responsabilidad, que determina la destitución de los Administradores afectados -artículo 134, apartados 1 y 2-), quedaría comprometido por las cláusulas estatutarias que, al fijar quórum o mayorías superiores a los establecidos en los artículos 102 y 93 de la Ley, dificulten directa o indirectamente el acuerdo de separación (en detrimento de la agilidad revocatoria que la defensa del interés social normalmente exige); así lo entiende también la mayoría -prácticamente unánimemente- de la doctrina científica y el Tribunal Supremo (cfr. la sentencia de 31 de mayo de 1957, que considera vulnerado el principio de libre revocabilidad, de orden público, por el pacto fundacional que exige para sustituir al Administrador el voto de determinada mayoría reforzada).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, remito a V. S. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 19 de junio de 1992.-El Director general, Antonio Pau Pedrón.

Sr. Registrador mercantil de Barcelona.

17406 RESOLUCION de 23 de junio de 1992, de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Calafell, don Luis Jou y Mirabent, contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de poder.

El Registrador mercantil de Barcelona remite el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Calafell, don Luis Jou y Mirabent, contra la negativa de aquél a inscribir una escritura de poder.

HECHOS

I

El día 12 de febrero de 1986, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Barcelona, don Segismundo Verdaguier Gómez, se constituyó la Sociedad mercantil «Loxarel, Sociedad Anónima». En el artículo 4.º de sus Estatutos se establece que los Consejeros habrán de ser renovados parcialmente, a cuyo fin «si todos los miembros del Consejo de Administración son designados en la misma fecha, la mitad o mitad por defecto, caso de ser número impar, determinados por sorteo, cesará un año antes del plazo establecido». En la escritura fundacional se confió la administración de la Compañía a un Consejo de Administración, formado por tres socios fundadores, que fueron nombrados el 12 de febrero de 1986, por un plazo de cinco años, y a efectos de la renovación parcial, uno de ellos designado por sorteo, cesaría a los cuatro años (12 de febrero de 1990).

El día 2 de febrero de 1987, el Consejo de Administración alteró el carácter mancomunada de la delegación de facultades convirtiéndola en solidaria; acuerdo que se elevó a público el día 17 de febrero del mismo año. El día 9 de febrero de 1991, sin haberse efectuado el sorteo previsto en el artículo 4.º de los Estatutos sociales, uno de los Consejeros

delegados otorgó ante el Notario de Calafell, don Luis Jou y Mirabent, escritura de poder general a favor de tercero.

II

Presentada copia de dicha escritura de poder en el Registro Mercantil de Barcelona fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del mismo por observarse los siguientes defectos subsanales: 1) El Consejo de Administración, designado en la escritura de constitución otorgada el día 12 de febrero de 1986, número 154 de protocolo del Notario don Segismundo Verdaguier y Gómez, por plazo de cinco años, siendo su renovación parcial a los cuatro años de la mitad o mitad por defecto de los miembros determinados por sorteo (artículo 4.º de los Estatutos sociales); se halla parcialmente caducado con arreglo al citado artículo 4.º y 145 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, pudiendo afectar dicha caducidad al Consejero delegado que actúa. 2) La facultad de «conceder préstamos y créditos» excede, según el Registro, de las que ostenta el poderdante. Barcelona, 3 de mayo de 1991.-El Registrador (firma ilegible).

III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra el primer defecto de la anterior calificación, y alegó: Que la consecuencia extraída por la nota es desmesurada y equivalente a privar permanentemente a un Consejo de Administración de sus facultades representativas por falta de seguridad de que el Consejo esté completo. Que en virtud de lo dispuesto en los artículos 138 y 139 de la Ley de Sociedades Anónimas (texto refundido de 22 de diciembre de 1989), no puede predicarse la caducidad de todos los cargos por haber caducado uno de ellos. Que el simple transcurso del plazo no determina el cese automático del Administrador que debía cesar. Así lo declaró el Tribunal Supremo, sentencia de 22 de octubre de 1974 y criterio similar han seguido las resoluciones de 24 de junio de 1968 y 30 de mayo de 1974. Que en el caso que se contempla, sólo habrá efectivo cese cuando se dé la doble circunstancia de transcurso del tiempo y sorteo, para el que es necesaria la Junta. Admitir la tesis contaria es establecer la caducidad de todos los cargos del Consejo por el simple transcurso de cuatro años con lo que se llega a la solución contraria a la perseguida por la Ley: La caducidad simultánea. Que el artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil se refiere solo a la caducidad por transcurso del plazo, y no es de aplicación al caso contemplado, por cuanto el miembro del Consejo que debía cesar por sorteo a los cuatro años no le ha vencido el plazo. Por tanto, al no ser aplicable al caso el precepto reglamentario citado y al no imponer la caducidad de todos los cargos de Consejeros ninguna Ley ni Reglamento, por el hecho de no celebrarse el sorteo previsto, está claro que el Consejo sigue en uso de sus facultades, y el Consejero delegado puede actuar y, por tanto, está facultado para otorgar el poder que otorgó en la escritura objeto de la nota que se recurre. Que las leyes han de interpretarse con arreglo a la realidad social, según resulta del artículo 3 del Código Civil, por ello hay que tener en cuenta las circunstancias adicionales que concurren en este supuesto: 1.º) «Loxarel, Sociedad Anónima», es una Sociedad pequeña casi personalista y en caso de estas Sociedades las normas del régimen de las Sociedades Anónimas deben interpretarse y aplicarse sin excesivo rigor como ha entendido el Tribunal Supremo, la Dirección General de los Registros y del Notariado y la totalidad de la doctrina; 2.º) La realidad jurídica de hoy. El texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1989, ya no exige la renovación parcial del Consejo, como hacía el artículo 73. El actual artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil admite la prórroga del cargo de Administrador. La Ley de 1989 tiene efectos retroactivos en muchos aspectos, así la disposición transitoria segunda del texto refundido y otras disposiciones transitorias más. Pues, aunque el pacto estatutario estableciendo la renovación parcial no es contrario a la nueva Ley, si es imposición de la antigua y, por tanto, debe ahora ser interpretado y aplicado con una cierta laxitud. Que debe tenerse presente la Resolución de 25 de abril de 1991, sobre nombramiento de Auditores.

IV

El Registrador mercantil resolvió mantener la calificación en todos sus extremos y añadió: Que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 12 de febrero de 1988), es aconsejable la renovación parcial del Consejo por razones de conveniencia social: Evitación de la parálisis societaria y garantía de cierta continuidad en la gestión. Que habiéndose suprimido la preceptiva renovación del artículo 73.1 de la antigua Ley, en el nuevo texto refundido (actual artículo 136), de lo que se sigue que en lo futuro no es necesario renovar parcialmente el Consejo. No solo no son perfectamente válidos pactos estatutarios de renovación, sino que pueden resultar aconsejables por las mismas razones expuestas, cuestión sobre la que existe conformidad en la doctrina, por ello hay que concluir que el pacto estatutario es perfectamente válido como admite el recurrente. Que de la vigente cláusula estatutaria resulta con toda claridad la certeza del transcurso del plazo del cargo de un Consejero y la incertidumbre

sobre la identidad del Consejero afecto. Ni siquiera puede entenderse el cargo prorrogado «ministerio legis» por aplicación del actual artículo 145.1 del Reglamento del Registro Mercantil: Ha transcurrido sobradamente el término de celebración de la Junta ordinaria (30 de junio de 1990). Que, como la condición del Consejero delegado exige inexcusablemente la de Consejero, es imposible saber si el poderdante está legitimado y tiene facultades bastantes, toda vez que a efectos de cumplimiento del tracto sucesivo (artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil) no constar al Registrador los datos bastantes para entender el cargo vigente.

V

El Notario recurrente se alzó contra la anterior resolución, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que la renovación parcial de los órganos colegiados ha desaparecido de todos los órganos colegiados de entes de interés público, por lo que no tiene lógica alguna mantenerlo para entes públicos que gestionan intereses meramente particulares, como es el caso de las Sociedades Anónimas. Que es contradictoria la interpretación que el señor Registrador hace del artículo 4.º de los Estatutos sociales, y es contraria a la conveniencia social de evitar la parálisis societaria y garantizar la continuidad de la gestión, mucho más contraria, que la exigencia, hoy caducada, de renovación parcial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 138 y 139 de la Ley de Sociedades Anónimas; 11 y 145 del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974 y 12 de febrero de 1988, y las resoluciones de 24 de junio de 1968, 30 de mayo de 1974 y 25 de abril de 1991 (esta sobre nombramiento de Auditores de cuentas).

1. Se cuestiona en este recurso si es o no inscribible un poder general otorgado por un Consejero delegado a pesar de que no se ha efectuado la renovación parcial del Consejo prevista en los Estatutos.

Según se expresa en la nota de calificación, al no constar la mencionada renovación parcial del Consejo se halla parcialmente caducado con arreglo al artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil «pudiendo afectar dicha caducidad al Consejero delegado que actúa».

2. La finalidad de la exigencia de renovación parcial del Consejo de Administración es la de asegurar la continuidad en la gestión social y, fundamentalmente, el funcionamiento continuado del órgano colectivo de Administración y representación, funcionamiento que se vería comprometido por el cese simultáneo de todos sus miembros (y así se interpretó por el Tribunal Supremo, cfr. la sentencia de 12 de febrero de 1988, y por la doctrina, la obligación de renovación parcial del Consejo que exigía el artículo 73.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951).

3. La norma del artículo 145.1 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, que tiene como presupuesto el carácter temporal del cargo de Administrador, contempla la caducidad por vencimiento de plazo del nombramiento de Administradores hecho por años; mientras que la obligación de que la renovación del Consejo sea parcial, que afecta no a los Administradores individualmente considerados sino al órgano de administración como tal, no constituye una consecuencia ineluctable de la temporalidad del cargo, por lo que en el presente caso, en tanto no expire el plazo de cinco años por el cual fue nombrado el Consejero delegado, no cabe aplicar la mencionada norma reglamentaria, por mucho que haya vencido el plazo de cuatro años previsto para la renovación parcial del Consejo y haya transcurrido el término legal para la celebración de la Junta general ordinaria sin que se haya acreditado la realización del sorteo establecido en los Estatutos como sistema de renovación (todo ello sin mengua de la responsabilidad en que pudieran incurrir los administradores por incumplimiento de la obligación de proceder a la convocatoria de la Junta, para la renovación impuesta por los Estatutos, cfr. artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas).

4. La solución contraria, pretendida por el Registrador, se muestra, además incompatible con el principio de estabilidad y continuidad del órgano de administración, pues resultaría que una previsión estatutaria dirigida a evitar las perniciosas consecuencias del cese simultáneo de todos los miembros del Consejo tendría como efecto la anticipación de tales consecuencias, que de ese modo se desencadenarían en el momento en que tendría que haberse procedido a la renovación parcial (ya que en los casos en que falte la renovación de la mitad de los miembros del Consejo no podrá quedar este órgano válidamente constituido, cfr. artículo 139 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación respecto del primer defecto en ella expresado, que es el único que ha sido objeto de impugnación.

Madrid, 23 de junio de 1992.-El Director general, Antonio Pau Pedrón.

17407

RESOLUCIÓN de 26 de junio de 1992, de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por don Luis Gonzaga Higuera Pérez, Administrador único de «Europeam, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de aumento de capital y modificación de Estatutos.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Luis Gonzaga Higuera Pérez, Administrador único de «Europeam, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de aumento de capital y modificación de Estatutos.

HECHOS

I

El día 25 de julio de 1991, ante el Notario de Madrid don Jerónimo Rodríguez-Arias Sánchez, se otorgó escritura elevando a públicos los acuerdos adoptados por la Junta general universal de la Sociedad «Europeam, Sociedad Anónima», celebrada el 8 de junio de 1990, por la que se aumenta el capital social con cargo a reservas en nueve millones de pesetas, pasando así de uno a diez millones de pesetas y alcanzando el mínimo legal, al tiempo que se modifica el precepto correspondiente de los Estatutos. A dicha escritura se incorpora el Balance de situación a 31 de diciembre de 1989 y un informe de verificación del mismo realizado por un auditor designado por el Administrador.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que antecede, según el asiento 207 del Diario 544.-Suspendida la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de no reunir el auditor que ha verificado el Balance que sirve de base al aumento de capital las condiciones previstas en los artículos 157 de la Ley de Sociedades Anónimas y 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil pues ni es -al menos, según el Registro- auditor de la Sociedad (es decir, auditor nombrado para verificar sus cuentas anuales) ni ha sido designado por el Registrador mercantil.-Barcelona a 4 de enero de 1992.-El Registrador.-Firma ilegible.-Firmado: Francisco de A. Serrano de Haro Martínez».

III

Don Luis Gonzaga Higuera Pérez, en su calidad de Administrador único, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación solicitando su reforma con base en las siguientes alegaciones: Que el artículo 157 de la Ley de Sociedades Anónimas debe interpretarse en el sentido de que sean los administradores quienes asuman directamente la facultad de nombrar auditores, ya que el artículo no dice que los administradores pidan al Registrador mercantil que nombre auditor y cuando así lo quiere la Ley lo dice expresamente. Que el artículo 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil constituye una irregularidad jurídica y se ha excedido con respecto a la Ley al atribuir la facultad de nombramiento del auditor al Registrador mercantil por lo que, al entrar en contraposición con ella, es la Ley la que debe prevalecer. Que en las reducciones de capital del artículo 168.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, que es la misma operación pero en sentido inverso, está claro que son los Administradores los que nombran el auditor. Y que todos los auditores miembros del R. O. A. C. tienen las mismas obligaciones y las mismas responsabilidades con independencia de quién los nombre.

IV

El Registrador mercantil de Barcelona dictó acuerdo manteniendo íntegramente la calificación recurrida e informando: Que una interpretación literal no sirve para resolver la cuestión, por cuanto si la Ley no dice nada abona también la tesis contraria de que tampoco dice pueda ser nombrado por los auditores y la Ley cuando así lo quiere también lo dice. Que ante la ambigüedad e imprecisión de la Ley el Reglamento establece, que la designación se efectúe por el Registrador mercantil, exponiendo las razones que entiendo hacen que el artículo 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil lejos de contravenir la Ley sea acorde con los fines que persigue. Y que las garantías establecidas en las reducciones y en los aumentos de capital son radicalmente diferentes por lo que no sirve de argumento para autorizar la tesis del nombramiento por el Administrador.