

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

2648 *Resolución de 9 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Navarra a inscribir determinados acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don G. J. Z. C., en representación de la sociedad «Epsilon 5, S.A.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Navarra, don Antonio Fernández Martín, a inscribir determinados acuerdos adoptados por la junta general de dicha sociedad.

Hechos**I**

El 3 de agosto de 2012, la junta general de la sociedad «Epsilon 5, S.A.» adoptó determinados acuerdos sociales (el cese de dos personas como consejeros y como consejeros delegados, y nombramiento de tres personas como nuevos consejeros), elevados a público mediante escritura autorizada el 12 de septiembre de 2012 por el notario de Pamplona, don José Miguel Peñas Martín.

II

Presentada copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Navarra, fue objeto de calificación negativa por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles, don Antonio Fernández Martín, en los siguientes términos:

«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 Diario/Asiento: 2012/5548 De Fecha: 09/10/2012 Entrada: 1/2012/7.397,0 Sociedad: Epsilon 5 SA Autorizante: Peñas Martín, José Miguel Protocolo: 2012/1919 de 12/09/2012. Fundamentos de Derecho (defectos). 1. De conformidad con lo establecido en el artículo 19.º de los estatutos sociales, debe acreditarse que la convocatoria de la junta general ha sido realizada, igualmente, mediante anuncio publicado en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia. 2. De conformidad con lo establecido en el artículo 26º de los estatutos sociales, los administradores deben nombrarse por plazo de seis años (artículo 221.2 de la Ley de Sociedades de Capital). 3. De conformidad con lo establecido en el apartado V del artículo 18.º de los estatutos sociales, la adopción del acuerdo de determinación del número exacto de miembros integrantes del consejo de administración (en este caso se ha establecido en tres), requiere una mayoría del ochenta y cinco por ciento del capital social. Forma de subsanación: Se entiende insubsanable. Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación (...). Pamplona, a 13 de octubre de 2012 (firma ilegible) El Registrador».

La calificación se notificó al presentante el 24 de octubre de 2012.

III

Mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil de Navarra el 23 de noviembre de 2012, don G. J. Z. C., en representación de la sociedad «Epsilon 5, S.A.», interpuso recurso contra la calificación en el que alega los siguientes fundamentos de Derecho: 1.º Del fundamento de Derecho (defecto) número 1 que consta en la nota de calificación: Es cierto que a la escritura no se acompaña el anuncio de la convocatoria a la junta general de accionistas de «Epsilon, 5 S.A.» (en adelante, «Epsilon 5» o la «compañía»), celebrada con fecha 3 de agosto de 2012, publicado en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia. Pero es más cierto que, esa Junta General de fecha 3 de agosto de 2012, fue convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME), así como a través del anuncio publicado en el Diario de Noticias de Navarra (página 7), con fecha 28 de junio de 2012. En prueba de conformidad con lo que antecede, se acompaña como documento número 2 copia de la página 7 del Diario de Noticias de Navarra de 28 de junio de 2012; de la que resulta el anuncio de la convocatoria a la Junta General Extraordinaria de «Epsilon 5» de fecha 3 de agosto de 2012. Así pues, queda debidamente acreditado que la junta general de accionistas de «Epsilon 5» celebrada el 3 de agosto de 2012 fue convocada, en tiempo y forma, mediante sendos anuncios publicados en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en el Diario de Noticias de Navarra; dando así cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 19º de los estatutos sociales y 173.10 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, «LSC»). Dicho todo lo cual, hay que entender, aunque la nota de calificación no lo dice, que estamos ante un defecto subsanable, por lo que bastará con acreditar la mencionada publicación en el citado Diario para dar por resuelta esta calificación; 2.º Del fundamento de Derecho (defecto) número 2 que consta en la nota de calificación. La dicción del artículo 221, apartado 2.º, de la Ley de Sociedades de Capital establece: «Artículo 221. Duración del cargo. (...) 2. Los administradores de la sociedad anónima ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos (...)». Asimismo, el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital, referido al contenido de los estatutos sociales, exige que en los mismos conste: «h) El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren». En los mismos términos se pronuncia el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, relativo a la administración y representación de la sociedad, cuyo apartado 3º afirma: «3. En todo caso, se indicará el número de administradores o, al menos, el máximo y el mínimo de éstos, así como el plazo de duración de su cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren (...)». Es evidente que la norma establece una única prohibición: el plazo de duración del cargo de administrador en la sociedad anónima no puede ser superior a seis años. Nada dicen, ni prohíben, la Ley de Sociedades de Capital y el Reglamento del Registro Mercantil en orden a que el nombramiento se efectúe por un plazo igual o menor al límite citado, que es de seis años. Ello no significa, en modo alguno, que dicha duración no pueda ser igual o inferior a seis años, si así lo acordase la Junta General en ejercicio de las competencias que le son atribuidas por los artículos 160.b) y 214 de la Ley de Sociedades de Capital. Y es que la finalidad del artículo 221.2.º de la Ley de Sociedades de Capital, al aludir al plazo de ejercicio del cargo de administrador, no es otra que la de limitar temporalmente dicho ejercicio del cargo, fijando un término máximo y perentorio, que no podrá exceder de seis años. En ese sentido, conviene a traer a colación el principio general «non debet cui plus licet, quod minus est, non licere»; conforme al cual han de ser interpretados los artículos 26.º de los estatutos sociales y 221.2.º de la Ley de Sociedades de Capital. De modo que, si la junta es el órgano facultado para designar a los administradores y miembros del consejo de administración [ex artículos 160.b) y 214 de la Ley de Sociedades de Capital], es también la junta la que puede decidir nombrarlos por un período igual o inferior a seis años; y así lo hizo la junta general extraordinaria de accionistas de «Epsilon 5» en su sesión de 3 de agosto de 2012. A este respecto, haremos nuestra la argumentación esgrimida por el autor que se cita. En la misma línea, nuestra

doctrina más autorizada viene admitiendo que la junta acuerde el nombramiento de administradores por un número de años inferior al fijado por la ley o por los estatutos. Una muestra de las tesis anteriores se halla en el artículo 223 de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo apartado I prevé: «Artículo 223. Cese de los administradores. 1. Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día». El precepto anterior viene a reconocer que el plazo de seis años señalado por el artículo 22 1.2.º de la Ley de Sociedades de Capital actúa como un límite máximo al ejercicio del cargo de administrador; toda vez que, «en cualquier momento» –y, por ende, con anterioridad a que transcurran los seis años–, la junta general puede separar a los administradores de su cargo. En orden a este asunto, aunque resolviendo sobre un supuesto de designación de administradores por plazos distintos de ejercicio del cargo, se ha pronunciado esta Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de fecha 26 de marzo de 2002 [se transcribe]. Si bien el supuesto de hecho que dio lugar a la Resolución anterior es diferente al que es objeto del presente recurso, no se puede dejar de reseñar que dicha Dirección General requiere, como no puede ser de otro modo, que el contenido de la cláusula estatutaria relativa a la duración del cargo de administrador no contravenga normas imperativas. En el presente caso, el acuerdo adoptado por la junta general de la compañía con fecha 3 de agosto de 2012 no vulnera norma imperativa alguna, puesto que, con el mismo, no se supera el plazo máximo de seis años fijado por los artículos 26.º de los estatutos sociales y 221.2.º de la Ley de Sociedades de Capital para la duración del ejercicio del cargo de administrador; y, 3.º Del fundamento de Derecho (defecto) número 3 que consta en la nota de calificación. El artículo 26.º de los estatutos sociales prevé: «La Sociedad estará regida y administrada por un Consejo de Administración compuesto de tres miembros como mínimo y cinco como máximo, elegidos por la Junta General (...)». Y, en efecto, el artículo 18.º de dichos estatutos señala: «Se exigirá una mayoría de un ochenta y cinco por ciento de los votos correspondientes a las acciones en que se divida el capital social: (...) y, - Determinación del número exacto de miembros integrantes del Consejo de Administración». Los argumentos a esgrimir frente a esta calificación son los siguientes: a) Como primer argumento, esa mayoría no sería aplicable al número mínimo de miembros del consejo de administración fijado legalmente. La mayoría del 85% de los votos correspondientes a las acciones en que se divida el capital social, sólo sería predicable respecto de cualquier acuerdo que fije el número de miembros del consejo de administración entre el mínimo y el máximo previsto. Dicho en otros términos, dicha mayoría no sería aplicable, ni se podría exigir de modo alguno esa mayoría reforzada, para nombrar el número mínimo de miembros del consejo de administración, ya que no corresponde a la voluntad social designar menos de tres miembros en el consejo de administración. La voluntad social puede acordar encomendar la administración y representación de la compañía a cualquiera de los órganos previstos por la ley; pero si la encomienda se realiza a un consejo de administración, éste necesariamente deberá tener un mínimo de tres miembros. En consecuencia, sería un contrasentido jurídico exigir una mayoría a tal fin. La interpretación correcta de la cláusula estatutaria sería la siguiente: la junta general de accionistas, para fijar el número de miembros del consejo de administración, por encima de 3 y no superior a 5, necesitaría un acuerdo adoptado por una mayoría cualificada del 85% del capital social. b) En segundo lugar, hay que señalar que la junta general de accionistas de la compañía celebrada el pasado día 3 de agosto de 2012, se limitó a nombrar nuevos administradores. Con anterioridad a la celebración de la junta general extraordinaria de 3 de agosto de 2012, el consejo de administración de «Epsilon 5» estaba formado por un total de tres miembros. Posteriormente, renuncia una de esas tres personas como miembro y secretario del consejo de administración. Así pues, a la vista de un consejo de administración incompleto, la junta general de 3 de agosto de 2012 adoptó, en el mero del punto 1.º del orden del día y con el voto favorable del 42,457142% del capital social y el voto en contra del 21,228571%, los acuerdos que se transcriben a continuación: «1-Cesar en su cargo de consejeros, y en consecuencia de consejeros delegados, a don J.

A. R. C y don C. G. S. E., cuyos datos y circunstancias ya constan en el Registro Mercantil de Navarra. 2º Nombrar administradores miembros del Consejo de Administración, por plazo de cinco años, a las siguientes personas, y con la siguiente distribución de cargos (en éste último caso conforme el artículo 28 de los estatutos sociales): - Don J. L. R. ...; presidente. - Doña G. E. T. C. ...; secretario. - Doña J. G. T. ...; vocal. Es obvio que los acuerdos anteriores no tenían por objeto determinar el número exacto de miembros integrantes del consejo de administración, sino que, con los mismos, sólo se pretendía cesar a unos administradores, designando a otros. El número concreto de administradores y miembros del consejo de administración anterior a la junta general de 3 de agosto de 2012 era igual a tres; y esa cifra continuó siendo la misma tras la celebración de la junta citada. En el transcurso de la reiterada junta celebrada el 3 de agosto de 2012 nada se acordó, ni se debatió por los asistentes -ni siquiera se trató- acerca de determinar el número exacto de miembros integrantes del consejo. Los acuerdos efectivamente tomados por la junta son claros: cesar y designar a administradores y miembros del consejo de administración, sin alterar el número de miembros. Así que los acuerdos adoptados por esa junta de 3 de agosto de 2012 se referían exclusivamente al cese y nombramiento de administradores; sin que se decidiera acuerdo alguno relativo a la determinación del número exacto de miembros del consejo de administración. A mayor abundamiento, el cese y nombramiento de administradores y miembros del consejo de administración no se encuentra entre los apartados i) a vi) incluidos en el artículo 18.º de los estatutos sociales, para cuya aprobación se exige la mayoría del 85% antes citada. Así pues, con los acuerdos adoptados por la junta general de «Epsilon 5» el 3 de agosto de 2012, ni se está determinando el número exacto de integrantes de ese consejo -antes de la junta ese número era tres y después sigue siendo igual a tres [artículo 18.º v) de los estatutos sociales]-, ni mucho menos se están modificando los estatutos, alterando el sistema de administración de la compañía -que antes de la junta se encomendaba a un consejo de administración, igual que ahora [artículo 18.º ii) de los estatutos sociales]-. En consecuencia, no resulta aplicable la mayoría del ochenta y cinco por ciento de los votos correspondientes a las acciones en que se divida el capital social, exigida por el artículo 18o de los estatutos sociales. Por ello, no existiendo previsión estatutaria expresa a estos efectos, la mayoría que resulta exigible para la válida adopción de los acuerdos no es otra que el quórum ordinario previsto por el artículo 201.10 de la Ley de Sociedades de Capital. Dado que el quórum con el que se constituyó la junta general extraordinaria de 3 de agosto de 2012 ascendía a un 78,771429% del capital social, y dado también que los acuerdos se adoptaron con el voto favorable de las acciones representativas del 42,457 142%, se cumple con la mayoría ordinaria exigida legalmente. En coherencia con lo anterior, el cese de los Sres. R. y G. S., y el nombramiento de Sres. L. R., T. C. y G. T. como administradores y miembros del consejo de administración de Epsilon 5 fue válidamente tomado, toda vez que se adoptó respetando la mayoría legalmente establecida al efecto. Asimismo, el nombramiento de los Sres. L. R., T. C. y G. T. como administradores y miembros del consejo de administración de Epsilon 5 es eficaz desde el mismo 3 de agosto de 2012; fecha en la que, estando todos ellos presentes en la junta que aprobó su designación, aceptaron sus cargos. Así lo reseña el artículo 2 14.3.º de la Ley de Sociedades de Capital. Por tanto, siendo válido el quórum de adopción de los acuerdos por la junta general de «Epsilon 52», y surtiendo plenos efectos el nombramiento de los Sres. L. R., T. C. y G. T. desde la fecha indicada (3 de agosto de 2012), debe procederse a practicar la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil; por cuanto la escritura pública autorizada por el notario de Pamplona, don José Miguel Peñas Martín, con fecha 12 de septiembre de 2012, bajo el número 1.919 de su protocolo cumple estrictamente con los presupuestos formales requeridos por los artículos 142 y 144 de la LSC y 138 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Mediante escrito de 14 de diciembre de 2012, el registrador Mercantil y de Bienes Muebles elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo, en el que tuvo entrada el 20 de diciembre de 2012. En dicho informe manifiesta que el 27 de noviembre de 2012 se dio traslado del recurso al notario autorizante, sin que haya realizado alegación alguna.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 9.e), 23.e), 173.1, 221.2, 223 y 224 de la Ley de Sociedades de Capital; 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria; 144 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de esta Dirección General de 9 de diciembre de 1996, 29 de septiembre de 1999 y 26 de marzo de 2002.

1. Según el primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, debe acreditarse que, conforme a los estatutos sociales, la convocatoria de la junta general de accionistas ha sido realizada mediante anuncio publicado en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia.

El criterio del registrador debe ser mantenido (cfr. artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital). El mismo recurrente reconoce que dicho requisito es imprescindible y que, aun cuando no se acredita en la escritura calificada, la publicación se ha realizado según consta en el documento que acompaña al escrito de recurso (documento anejo que, por no haberse presentado en el momento oportuno, no pudo ser tenido en cuenta en la calificación del registrador –cfr. artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria–), por lo que el defecto es fácilmente subsanable.

2. En relación con el segundo defecto, debe decidirse si es o no inscribible el acuerdo de la junta general por el que se nombra a los miembros del consejo de administración por el plazo de cinco años, cuando según los estatutos sociales los administradores ejercerán su cargo durante el plazo de seis años.

Según la doctrina de esta Dirección General (vid. las Resoluciones de 9 de diciembre de 1996 y 29 de septiembre de 1999), la junta general, al proceder al nombramiento de un administrador, no puede fijar un plazo de duración del cargo inferior al establecido en los estatutos sociales, habida cuenta que: a) La duración del cargo es una mención necesaria de tales estatutos –cfr. artículo 9.e) de la Ley de Sociedades de Capital–; b) El tenor literal de los textos legales específicos no pueden ser más contundentes al establecer que los administradores de sociedades anónimas ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales (artículos 221.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 144 del Reglamento del Registro Mercantil); y c) Se establece la ilimitada facultad de separación del administrador por la junta general (artículos 223 y 224 de la mencionada Ley).

3. También el tercero de los defectos debe ser mantenido, toda vez que, al establecer los estatutos sociales una mayoría del ochenta y cinco por ciento del capital social para adoptar el acuerdo de determinación del número exacto de miembros integrantes del consejo de administración, no es inscribible el acuerdo cuestionado, adoptado por una mayoría inferior. Este obstáculo no puede salvarse, como pretende el recurrente, considerando que el acuerdo se limita al nombramiento de administradores sin decidir sobre el número de miembros del consejo de administración pues, constando en los asientos registrales que el número de consejeros queda fijado en cuatro miembros (si bien, como consecuencia de sucesivos ceses, nombramiento y renunciaciones de consejeros el órgano colegiado de administración quedó reducido de hecho a dos miembros) el presente acuerdo, al tener por objeto el nombramiento de tres consejeros únicamente, no se ajusta a dicha previsión.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los precedentes 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, 9 de febrero de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.