

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**9668** *Resolución de 24 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad.*

En el recurso interpuesto por doña M. J. G. H., en nombre y representación de la sociedad «Grupo Iguamequisa, SA», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Vizcaya, don Juan Alfonso Fernández Núñez, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura otorgada el día 23 de diciembre de 2020 ante el notario de Bilbao don Juan Ignacio Bustamante Esparza, con el número 3.490 de protocolo, se elevaron a público determinados acuerdos adoptados por el consejo de administración de la sociedad «Grupo Iguamequisa, SA», relativos al cese y nombramiento del secretario y nombramiento del vicesecretario de dicho órgano. Tales acuerdos se adoptaron por unanimidad, el día 23 de noviembre de 2020, en sesión del consejo celebrada con carácter de universal; y por los mismos se cesaba a don J. C. P. de su cargo de secretario no consejero del consejo de administración y se nombraba para dicho cargo a don D. B. G.

Interesa hacer constar que el artículo 29.2 de los estatutos sociales tiene el siguiente contenido: «El Consejo de Administración designará, en caso de no haberlo realizado la Junta General, un Secretario y, potestativamente, un Vicesecretario, pudiendo recaer el nombramiento en quienes no sean administradores, en cuyo caso actuarán con voz pero sin voto. El Vicesecretario sustituirá al Secretario en los casos de ausencia, indisposición, incapacidad o vacante».

##### II

Presentada el día 11 de enero de 2021 copia autorizada de la referida escritura en el Registro Mercantil de Vizcaya, fue objeto de calificación negativa en los términos que, a continuación, se transcriben en lo pertinente:

«El registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

#### Hechos:

Diario/Asiento: 403/1095.

F. presentación: 11/01/2021.

Entrada: 1/2021/316,0.

Sociedad: Grupo Iguamequisa Sociedad Anónima.

Hoja: 81-37481.

Autorizante: Juan Ignacio Bustamante Esparza.

Protocolo: 2020/3490 de 23/12/2020.

Fundamentos de Derecho:

1. (...)

2. El cese y nombramiento de secretario del consejo no es inscribible, puesto que existe nombramiento efectuado por la Junta General el día 29 de Octubre de 2.004, inscrito en este Registro el 22 de diciembre, inscripción 2.<sup>a</sup>, dado que la facultad del Consejo para nombrar Secretario sólo le corresponde, según el artículo 29.2 de los Estatutos, "en el caso de no haberlo realizado la Junta General"; consecuentemente para proceder al nombramiento por el Consejo debe estar vacante el cargo, por cese o por otra causa legal, ya que no tiene plazo de caducidad, y que la Junta no provea nuevo nombramiento; por ello debe procederse previamente al cese del Secretario por la propia Junta que lo nombró, ya que de hacerlo el Consejo la facultad de la Junta quedaría desvirtuada al poder cesar y nombrar inmediatamente al nombrado por ésta, no existiendo en los Estatutos facultad subsidiaria análoga al caso de nombramiento.

En relación con la presente calificación: (...)

Bilbao uno de febrero de dos mil veintiuno».

### III

Contra anterior la nota de calificación, doña M. J. G. H., en nombre y representación de la sociedad «Grupo Igualmequiza, SA», interpuso recurso el día 26 de febrero de 2021 mediante escrito con base en los siguientes fundamentos jurídicos:

«1. (...)

2. El motivo de fondo que conduce a la calificación denegatoria consiste en que, a juicio del Sr. Registrador, el cese ha sido acordado por un órgano que carece de competencias para ello. Funda esta conclusión en que los estatutos de la sociedad solamente atribuyen al Consejo de Administración la facultad de nombrar Secretario en el caso de que no haya procedido a ello la Junta General. En el caso, fue la Junta General quien designó al Secretario, de modo que –según el entendimiento del Registrador, que no se comparte– el Consejo de Administración carecería de facultades para cesarle.

El razonamiento que contiene la Nota no puede compartirse, por varias razones:

a) No se discute que los estatutos solamente permiten al órgano de administración designar Secretario en caso de que la Junta no lo haya hecho.

Sin embargo, los actos que se presentan a inscripción son en rigor dos: (i) el cese del Secretario y (ii) un posterior nombramiento de un nuevo Secretario, una vez quedó vacante aquel puesto.

Al segundo acto nos referiremos después. Antes es necesario analizar la denegación de la inscripción del primer acto, que es el cese del Secretario.

b) Los estatutos reservan en la Junta la facultad de nombrar Secretario del Consejo de Administración (y, para el caso de que la Junta no ejercite esa facultad, en el propio órgano de administración cuenta con una facultad subsidiaria o vicaria). Lo que no dicen en ningún momento los estatutos, y no por olvido u omisión de su redactor, es que el "cese" del Secretario debe ser acordado por la Junta.

La Nota se asienta en una interpretación extensiva (indebidamente extensiva) de la atribución estatutaria de facultades a la Junta.

El artículo 146.1 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, dispone lo siguiente:

Salvo disposición contraria de los estatutos, el Presidente, los Vicepresidentes y, en su caso, el Secretario y ViceSecretarios del Consejo de Administración que sean reelegidos miembros del Consejo por acuerdo de la Junta General, continuarán

desempeñando los cargos que ostentaran con anterioridad en el seno del Consejo sin necesidad de nueva elección y sin perjuicio de la facultad de revocación que respecto de dichos cargos corresponde al órgano de administración.

Como punto de partida, la norma natural (es decir, la que se aplica en defecto de pacto en contra) residencia en el órgano de administración la facultad de revocación de los cargos.

La Resolución de la DGRN de 15 de noviembre de 1993 recuerda que:

Admitido que el Secretario del consejo de administración pueda no tener la condición de administrador, resulta evidente que no le alcanza de forma directa la limitación temporal que para el ejercicio de este cargo impone el art. 126 TR LSA, y sin que tampoco sea admisible la pretendida aplicación analógica defendida por el registrador, dado que falta la identidad de razón que pudiera fundarla. El Secretario no administrador puede ser persona designada en atención a sus conocimientos profesionales o los méritos contraídos como empleado de la sociedad, normalmente llamado por su relación de servicios o laboral a desarrollar otra serie de actividades, generalmente de asesoría, en las que suele ser fundamental la permanencia y conocimiento del funcionamiento interno de la sociedad. Por ello ha de entenderse que en tal supuesto, salvo que otra cosa dispongan los estatutos o el propio acuerdo de nombramiento, éste ha de entenderse por tiempo indefinido, sin que ello suponga ninguna vinculación para la sociedad, pues, en definitiva, y dejando de nuevo a salvo las previsiones estatutarias, siempre podrá el consejo, sujeto a periódica renovación, acordar su remoción por simple mayoría.

Y la doctrina, de modo constante ha entendido que el cargo de Secretario del Consejo es un cargo de confianza. Confianza que debe tener en él el propio Consejo y no cualquier otro órgano de la sociedad:

– V. C., F. El Secretario del consejo como abogado externo. En: Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. T. II. R. A., F. y E. V., G. Aranzadi: Navarra, 2017, págs. 204 y 205.

Tanto el presidente como el Secretario (y sus vices) pueden ser personas físicas o jurídicas (por ej. una Sociedad Profesional de Abogados). El presidente ha de ser miembro del consejo, mientras que el Secretario puede serlo o no (...). Generalmente el Secretario en las sociedades cotizadas es un abogado externo, que establece con la sociedad una relación contractual profesional de servicios, que puede plasmarse o no en documento escrito, bastando el acuerdo de nombramiento y su aceptación para su inscripción en el Registro Mercantil. Siendo su cargo de confianza el consejo puede prescindir en cualquier momento de sus servicios revocando su nombramiento. No obstante, su regulación en las sociedades cotizadas garantiza su estabilidad institucional con dos medidas: (...)

– S. C., J. R. El funcionamiento del consejo de administración. Civitas: Madrid, 1995, pág. 305 (Biblioteca Bilbao).

Como en el caso de presidente o vicepresidente del Consejo, el Secretario, aunque puede utilizar auxiliares no puede disponer de su cargo en favor de otro de los miembros del Consejo o de un tercero. Las razones que justifican la indelegabilidad del cargo de Secretario no son distintas a las consideradas en relación con los anteriores cargos del Consejo examinados.

Sobre la indelegabilidad del cargo de Presidente, pág. 281.

Aunque la Ley no se pronuncia sobre esta cuestión, no parece que pueda admitirse la delegación del cargo de presidente. El sistema de fuentes de regulación del funcionamiento del Consejo, la confianza inherente al ejercicio de su cargo y la posición jurídica que ocupa frente al Consejo justifican la inadmisibilidad de la delegación. (...) El carácter fiduciario y personal del cargo de administrador se acentúa en el caso del presidente por la relevancia de las funciones que desempeña. La confianza depositada mediante su nombramiento quedaría frustrada si el presidente pudiera a su vez, y sin contar con la autorización de quien le nombró encomendar a un tercero el ejercicio de su cargo.

Las consideraciones que se hacen respecto al cargo de Presidente son extensibles, sin dificultad alguna, al cargo de Secretario, que como fedatario y asesor debe gozar de igual confianza del órgano y cesar cuando la pierde.

c) Así las cosas, solo una disposición estatutaria clara, terminante y expresa podría privar al órgano de administración de una facultad que le es natural, a saber, la de separar al Secretario que ha perdido la confianza del mismo.

Los estatutos de la Sociedad no prevén, de ningún modo, que el Consejo venga obligado a mantener en el cargo a un Secretario que ya no goza de su confianza.

No hay precepto estatutario que atribuya a la Junta ninguna facultad para cesar al Secretario. Puede nombrar uno, pero si éste pierde después la confianza del Consejo de Administración, el cese es una posibilidad legítima que el Consejo conserva.

d) No es argumento en contra, dicho sea, con el máximo respeto, el que esgrime la Nota. Las facultades de la Junta no quedan en absoluto desvirtuadas si el Consejo, por circunstancias sobrevenidas, adopta la decisión de cesar al Secretario. Siempre podrá la Junta, en la siguiente sesión que se convoque, abordar la separación y, en su caso, designar nuevo Secretario (incluso reponer al cesado), impartiendo si hubiera lugar a ello las instrucciones necesarias.

e) Esta misma razón es la que nos debe llevar a aceptar que, vacante el cargo por haber cesado el Secretario respecto al que el órgano de administración perdió la confianza, el Consejo designe su sustituto. Una interpretación integradora de los estatutos hace como solución más ajustada a Derecho la de entender que si la Junta que se pueda celebrar en el futuro considera que la sustitución no es procedente, ejercite la competencia que tiene y enmiende la decisión del Consejo.

f) Adicionalmente, debe subrayarse que el Secretario cesado no ostentaba el cargo de Consejero, lo que elimina cualquier duda sobre la posibilidad de que el Consejo de Administración acuerde su cese, al no concurrir en él la condición adicional de miembro del órgano de administración, que –ésta sí– sólo puede ser atribuida y retirada por la Junta General».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 24 de marzo de 2021, el registrador emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe, manifestaba que dio traslado del recurso interpuesto al notario autorizante del título calificado, sin que se hayan recibido alegaciones.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 160, 161, 191, 245.2, 250 y 529 quinquies y 529 octies de la Ley de Sociedades de Capital; 94.1.4.º, 108, 109.1.a) y 146.1 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 2016.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados el 23 de noviembre de 2020 por el consejo de administración de una sociedad anónima, por unanimidad en sesión celebrada con carácter de universal, relativos al cese de secretario no consejero del consejo y al nombramiento de otra persona para dicho cargo.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque el secretario cesado fue nombrado para el cargo el 29 de octubre de 2004 por la junta general y –a su juicio– la facultad del consejo para nombrar secretario sólo le corresponde, según el artículo 29.2 de los estatutos, «en el caso de no haberlo realizado la Junta General». Por este motivo considera que para proceder al nombramiento de secretario por el consejo es necesario que esté vacante el cargo, pues no tiene plazo de caducidad, y que la junta general no

provea nuevo nombramiento, de modo que debe procederse previamente al cese del secretario por la propia junta general que lo nombró, ya que de hacerlo el consejo la facultad de la junta quedaría desvirtuada al poder cesar y nombrar inmediatamente al nombrado por ésta, no existiendo en los estatutos facultad subsidiaria análoga al caso de nombramiento.

La recurrente alega que los estatutos no exigen que el cese del secretario deba ser acordado por la junta general, por lo que la revocación del cargo corresponde al órgano de administración, según el artículo 146.1 del Reglamento del Registro Mercantil, de modo que una vez que el cargo está vacante puede el consejo de administración nombrar un nuevo secretario no consejero.

2. La figura del secretario del consejo de administración no ha sido objeto de especial regulación a pesar de la creciente importancia que ha ido adquiriendo en la práctica societaria.

La Ley de Sociedades de Capital se refiere al secretario del consejo como persona que, salvo disposición contraria de los estatutos, será secretario de la junta general (artículo 191) y también para exigir que firme, junto al presidente del consejo de administración, las actas de las discusiones y acuerdos de este órgano (artículo 250). No obstante, mediante la modificación operada Ley por el artículo único.46 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, se introdujeron en ésta los artículos 529 quinquies y 529 octies, que, respecto de las sociedades anónimas cotizadas, atribuyen al secretario no solo las funciones tradicionales sobre conservación de la documentación del consejo, redacción de las actas de las sesiones y certificación de su contenido así como de las resoluciones adoptadas, sino también funciones relacionadas con la regularidad jurídica de las actuaciones del consejo y con la información relevante que deban recibir los consejeros para el ejercicio de sus competencias.

En el Reglamento del Registro Mercantil se atribuyen al secretario importantes facultades de documentación y certificantes en relación con la inscripción de los acuerdos sociales, lo que, unido a la exigencia de que a tal fin figure con su cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil (cfr. artículos 94.1.4.º, 108 y 109), ha supuesto por razones eminentemente prácticas la imposición de la existencia del cargo de secretario con carácter de permanencia cuando la estructura del órgano de administración sea la de consejo.

Ante esa parquedad normativa, serán los estatutos y, a falta de previsión de éstos, el propio consejo de administración, por la libertad de autoorganización que le confiere el artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital, los llamados a regular el discernimiento del cargo de secretario y las funciones que le correspondan.

Dentro de esa libertad es indudable la posibilidad de que, para el desempeño del cargo de secretario del consejo de administración, sea nombrada una persona ajena al mismo, como lo reconoce el artículo 109.1.a) del Reglamento del Registro Mercantil.

El secretario no administrador puede ser persona designada en atención a sus conocimientos profesionales o los méritos contraídos como empleado de la sociedad normalmente llamado por su relación de servicios o laboral a desarrollar otras actividades generalmente de asesoría en las que suele ser fundamental la permanencia y conocimiento del funcionamiento interno de la sociedad. Por ello, salvo que otra cosa dispongan los estatutos o el propio acuerdo de nombramiento, éste de entenderse por tiempo indefinido sin que ello suponga ninguna vinculación para la sociedad pues en definitiva y dejando de nuevo a salvo las previsiones estatutarias siempre podrá el consejo de administración acordar su remoción por simple mayoría.

Por esa libertad de autoorganización que se atribuye al consejo de administración, debe reconocerse a este órgano la facultad revocatoria respecto del cargo de secretario no consejero y, en caso de haberla ejercitado, debe también reconocérsele competencia para designar una persona que desempeñe tal cargo.

En el presente caso, y sin necesidad de prejuzgar sobre si la facultad que los estatutos reconocen a la junta general para designar un secretario se refiere únicamente a la posibilidad de que se nombre a quien dicho órgano haya nombrado como consejero (hipótesis a la que alude el artículo 146.1 del Reglamento del Registro Mercantil) o también a la posibilidad de designar consejero no secretario, lo cierto es que la disposición estatutaria debatida, según su propio contenido literal, no impide que el consejo de administración remueva del cargo a quien haya sido designado secretario no consejero ni, en cualquier caso en que dicho cargo se halle vacante, designar a otra persona para que lo desempeñe.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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, 24 de mayo de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.