

REGISTRO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANONIMA.—CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. SIEMPRE QUE LOS ESTATUTOS NO DISPONGAN OTRA COSA, EL CONSEJO ESTÁ AUTORIZADO NO SÓLO PARA DESIGNAR LA COMISIÓN EJECUTIVA O EL CONSEJERO DELEGADO, SINO TAMBIÉN A CONFERIR LOS APODERAMIEN- TOS QUE ESTIME NECESARIOS, Y COMO TAL PODERDANTE PODRÁ REVO- CAR EN CUALQUIER MOMENTO EL PODER OTORGADO, SIN QUE LA JUNTA PUEDA HACERLO DIRECTAMENTE POR SUPONER UNA INTROMISIÓN EN LAS RELACIONES INTERNAS DEL CONSEJO CON SU APODERADO.

Resolución de 8 de febrero de 1975 (B. O. del E. de 25 de febrero).

Por escritura autorizada en Guadalajara por el Notario recurrente el 11 de mayo de 1974, en cumplimiento de los acuerdos adoptados por la Junta Universal de 22 de marzo del mismo año, se modificaron varios artículos de los Estatutos sociales de la Compañía mercantil «Prefabri- cados de Guadalajara, S. A.», entre ellos el artículo 28, que en su nueva redacción dice: «Para el ejercicio de las funciones de dirección, adminis- tración y representación de la Sociedad, el Consejo de Administración podrá designar a uno o más de sus miembros Consejero Delegado, así como nombrar uno o más Gerentes, que no precisarán ser Consejeros ni accionistas. La separación de ambos cargos será competencia exclusiva del Consejo de Administración.»

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, y en uso de la facultad que autoriza el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, se practicó en el Registro la inscripción de la mencionada escritura de la siguiente forma: «Inscrito el precedente documento en el Registro Mercan- til de esta provincia, tomo 17, libro 8.º de la sección tercera de Sociedades, folio 112, hoja número 120, inscripción segunda, a excepción del párrafo del artículo 28 de los Estatutos que dice: 'La separación de ambos cargos será competencia exclusiva del Consejo de Administración'».

Presentada de nuevo esta escritura «se deniega la inscripción del pacto que se excluyó antes, según consta en la nota precedente, porque dados los términos en que está redactado origina el defecto insubsanable de ir contra lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, no tomándose anotación de suspensión por no ser procedente, no habiéndose tampoco solicitado».

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la cláusula contiene dos supuestos dispares, el de Consejero Delegado y el de Director general, con diverso tratamiento, por lo que se estudiarán

por separado; que en cuanto a la separación del cargo de Consejero Delegado, la redacción del artículo 28, cuya inscripción se deniega, es correcta, ya que no contradice el principio de libre remoción de Administradores consagrado en el artículo 75 de la Ley (y reconocido expresamente por el artículo 22 de los Estatutos); que la doctrina coincide en que la delegación y su duración, salvo disposición en contrario de los Estatutos, es función privativa del Consejo; que si bien el Consejero es elegido por la Junta, el Consejero Delegado lo es por el Consejo y no puede aquélla—salvo previsión estatutaria—intervenir en las cuestiones de régimen interno de éste, como expresamente viene a reconocer el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues siendo la facultad de delegar materia dispositiva no es aplicable a la misma el artículo 75 citado; que la delegación o concentración de las funciones del Consejo en uno o más Consejeros es un juicio de valor que sólo compete a éste y no a la Junta, máxime cuando la responsabilidad por las actuaciones dolosas o gravemente culposas del Delegado es del Consejo y no de la Junta; que la Junta podrá siempre destituir al Consejo o a los Consejeros, pero lo que no puede será retirar una Delegación que no concedió; que en cuanto a la separación del Director general, el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas no parece referirse al mismo, sino a los Administradores como órgano social imprescindible, puesto que el Director general, como aclara el artículo 77 de la misma Ley, es un mero apoderado de los Administradores, habrá de ser persona que por sus cualidades y aptitudes merezca la confianza de aquéllos, máxime cuando con su actuación puede desencadenar la responsabilidad del Consejo en base a una culpa *in eligendo* o *in vigilando*, y que la Junta es soberana, pero no tanto que no deba respetar los límites que a su actuación prevean los Estatutos, y si en materia no coactiva se pacta que la Junta no podrá—sin modificar aquéllos o remover el Consejo—alterar la posición del Director general en la Empresa, no parece que exista ningún obstáculo derivado del ordenamiento que impida tal previsión.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que en relación a los Consejeros Delegados, el recurrente sustituye el concepto de Consejero Delegado por el de delegación, lo cual induce a confusión, pues si bien la delegación es asunto interno y privativo del Consejo, la cláusula denegada no se refiere a la delegación como función añadida al cargo de Consejero Delegado, sino que dice que «la separación del cargo de Consejero Delegado será competencia exclusiva del Consejo», por lo que más que ante un problema jurídico se está ante un problema gramatical, ya que la cláusula discutida no parece decir lo que indica el recurrente en su escrito, a la cual no hay que poner ninguna objeción, sino que, por el contrario, espera otra cosa que puede inducir a confusión, lo que no es deseable ni en una escritura pública ni en el asiento registral correspondiente, y que si la Junta general puede destituir cuando quiera a cualquier Consejero, incluyendo a los Consejeros Delegados, no es admisible la redacción del artículo estatutario denegado; que la figura del Consejero Delegado se compone de dos titularidades: un cargo, el de Consejero, que le faculta para una administración conjunta, y una función añadida, la delegación, que le faculta para administrar en nombre del Consejo; que si le falta lo primero, cuyo nacimiento y extinción dependen de la Junta, no podrá desempeñar la segunda; que en cuanto al Gerente (que el recurrente llama en su escrito Director general, aunque esta denominación no se emplea en la escritura) le es igualmente aplicable el artículo 75 de la Ley, que no es susceptible de interpretaciones restrictivas, puesto que—aunque no es específicamente un órgano social de administración—ejerce la administración como función concedida por el Consejo según se deduce de la cláusula denegada; que la intención del legislador al atribuir a la Junta la facultad omnimoda de destituir a un Administrador único o a varios Consejeros no se basa en

que la Junta no puede tolerar que sus intereses estén en manos de quien los administra mal, y estas mismas razones existen para poder destituir a cualquier persona, cualquiera que sea su nombre, que ejerce la administración; que la duración del cargo de Gerente no puede depender nunca exclusivamente del Consejo, como se pretende que conste en los Estatutos, y que la facultad de separar a los que administran una Sociedad Anónima es contemplada por la doctrina y la jurisprudencia como no susceptible de limitaciones de clase alguna, y en este sentido se pronuncian las Sentencias de 28 de junio de 1934, 31 de diciembre de 1930, y muy recientemente la Resolución de la Dirección General de 13 de marzo de 1974.

Vistos los artículos 11, 75 y 77 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951.

Considerando que en la cláusula sujeta a debate se ha distinguido, tanto por el Notario recurrente como por el funcionario calificador, por exigir un tratamiento diferente, de una parte, la cuestión relativa a la separación del cargo de Consejero Delegado y, de otra, la también separación del puesto de Gerente, designados en ambos casos por el Consejo de Administración, por lo que se procederá a su estudio examinando los dos supuestos con independencia.

Considerando que los respectivos informes de las dos partes coinciden en cuanto al punto esencial de que es al Consejo de Administración a quien corresponde retirar la delegación que ha concedido, discrepándose en cuanto a la forma en que se ha redactado la cláusula, que para el Registrador no aparece lo suficientemente clarificada, al poder inducir a confusión, y por eso indica «no estamos ante un problema jurídico propiamente dicho; es más, un problema gramatical».

Considerando que, en efecto, una interpretación rigurosamente literal llevaría a afirmar que, en contravención del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, podría el Consejo de Administración, de acuerdo con el texto estatutario, no sólo revocar la delegación efectuada, sino también separar a uno de los miembros del Consejo, dado que se habla de Consejero Delegado abarcando el doble aspecto de Administrador y delegación de funciones, ello no obstante, por la sola lectura del artículo 28 de los Estatutos, que se refiere claramente a esta última función, y máxime si se tiene en cuenta que el artículo 22 de los mismos Estatutos reconoce a la Junta general la competencia de separar en cualquier momento a cualquiera de los Consejeros, hay que concluir que en este punto es más adecuado la interpretación contraria, y sin que ello suponga cercenar en nada las facultades de la Junta, que como órgano supremo de la Sociedad puede—de acuerdo con el mencionado artículo 75—al separar al Administrador que ostente a la vez una delegación del Consejo hacerle cesar en esta función, por ser inexcusable para ello formar parte del mismo.

Considerando, en cuanto a la segunda parte de la cláusula, es decir, en lo que al Gerente se refiere, es indiscutido que el Consejo que lo nombró está facultado para proceder a su revocación, señalándose en la nota de calificación que al redactarse en la forma indicada se vulnera el artículo 75 de la Ley, por cuanto queda amputada una de las facultades de la Junta general—cual es su derecho a separar—, que debe aplicarse no sólo a los Administradores, sino también a quien sin ser órgano de la Sociedad ejerza la administración como función conferida por el Consejo de Administración y no por la Junta.

Considerando que al ser el Consejo de Administración a quien corresponde la gestión y representación de la Sociedad, de la que responderá por sus actos ante ella, le incumbe por su propia esencia la organización interna y distribución, en su caso, de funciones, para lo cual no sólo está autorizado, siempre que los Estatutos no dispongan otra cosa, para designar la Comisión Ejecutiva o el Consejero Delegado, a que hace referencia el artículo 77 de la Ley, sino también a conferir los apoderamientos que

estime necesarios a cualquier persona, y como tal poderdante podrá revocar o no en cualquier momento el poder otorgado, sin que la Junta pueda hacerlo directamente por suponer una intromisión en las relaciones internas del Consejo con su apoderado, aunque sí podrá al fiscalizar la gestión social del Administrador aprobar o no la actuación seguida y proceder, en consecuencia, si lo estima oportuno, a su remoción, que podría llevar aparejada la del apoderamiento dado.

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador.

COMENTARIO.—El problema planteado consiste en que la nota calificadora excluye la inscripción del artículo 28 de los Estatutos, que señala que «la separación de los Consejeros Delegados y de los Gerentes nombrados por el Consejo de Administración será competencia exclusiva de dicho Consejo». El fundamento de la exclusión descansa en que tal precepto estatutario contraviene lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, que expresa que «la separación de los Administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta general».

Ahora bien: la cláusula estatutaria sujeta a debate exige un tratamiento diferenciado para las dos cuestiones incluidas en la misma: de una parte, la relativa a la separación del cargo de Consejero Delegado y, de otra, la separación del puesto de Gerente, pues aun cuando ambas figuras estén integradas bajo la denominación genérica de Administradores existe entre ellas la diferencia de que el Consejero es órgano social de administración, mientras que el Gerente es un simple Apoderado.

Respecto del Consejero Delegado, su peculiaridad descansa en un doble matiz: necesariamente ha de ser miembro del Consejo de Administración; su nombramiento como «Delegado» depende exclusivamente del Consejo, sin que en él tenga ninguna intervención la Junta general, es decir, que la delegación es privativa del Consejo—artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas—. Ambas notas nos indican con entera claridad que su carácter de Delegado está subordinado siempre al de Consejero, y ello debido, como acertadamente señala el Registrador, a que la figura del Consejero Delegado se compone de dos titularidades: un cargo, el de Consejero, que faculta a su titular para la administración conjunta, y una función añadida, la delegación, que le permite administrar en nombre del Consejo. Por tanto, aunque la delegación o el carácter de delegado sea competencia exclusiva del Consejo, la investidura de Consejero es competencia exclusiva de la Junta, con la única excepción prevista en el artículo 73-2 de la Ley y, en consecuencia, la separación del cargo de Consejero es igualmente atribución de la Junta general, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley, con la particularidad, además, de que no es necesario alegar razón alguna para proceder a la revocación.

De lo anterior se deduce que en buena técnica jurídica no parece admisible la redacción del artículo 28 de los Estatutos cuando se refiere a la separación de los Consejeros Delegados situándola bajo la competencia exclusiva del Consejo de Administración, pues si bien es cierto, como queda indicado, que el carácter de Delegado depende únicamente del Consejo, no lo es menos que la cualidad de Consejero depende de la Junta y que si pierde esta condición principal no podrá desempeñar la accesoria de Delegado. Por ello, en aras de la deseable precisión, no nos parece adecuado que se diga que en donde se lee Consejero Delegado debe entenderse únicamente delegación.

El segundo problema—separación del puesto de Gerente—ofrece mayores dificultades, pues depende de la interpretación, amplia o restringida, que se dé al término «Administrador» utilizado por el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas. Surgen en este punto dos contrapuestas posiciones: la de considerar Administradores tan sólo a los órganos sociales de administración, y la de reputar Administradores a todos aquellos

que sin ser órganos de la sociedad ejerzan la administración como función conferida por el Consejo y no por la Junta. A nuestro juicio, el hecho de que la sección 2.ª del capítulo IV de la Ley de Sociedades Anónimas, bajo la rúbrica «De los Administradores»—artículos 71 a 83—, se refiera en el artículo 77 a los apoderamientos es más que suficiente para considerar Administradores a todos aquellos que por cualquier investidura ejercitan la administración y entre los que habrá que establecer una previa distinción basada únicamente en si revisten o no el carácter de órganos sociales, ya que es evidente que los Administradores que no sean órganos sociales habrán de actuar en el tráfico mercantil a base del oportuno apoderamiento.

Concretado así el problema parece que como primera medida será necesario determinar el origen de la representación concedida a los Apoderados, ya que de esta previa precisión dependerá la determinación del órgano—Junta general o Consejo de Administración—a quien incumbirá la facultad de revocar el poder otorgado. Parece evidente que la fuerza representativa habrá de emanar del órgano soberano de la sociedad y que todos los demás órganos sociales la tendrán por delegación de aquél. Por ello hay que matizar, en primer lugar, quién es el órgano soberano de la sociedad: la Junta general o el Consejo de Administración. La Ley de Sociedades Anónimas se inclina a considerar a la Junta general como el órgano supremo; así, el artículo 48-1 determina que «los accionistas constituidos en Junta general debidamente convocada decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la Junta», y es de observar que esta competencia no se limita en ningún precepto de la Ley y que, por el contrario, son esclarecedoras las normas relativas a las Juntas extraordinarias, como la del artículo 56, que «faculta a los Administradores para convocarla siempre que lo estimen conveniente a los intereses sociales», y, sobre todo, la del artículo 55, que señala que «la Junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto». Resulta, pues, que el órgano soberano de la Sociedad Anónima es la Junta general, a quien corresponde el nombramiento de los Administradores conforme al artículo 71 de la Ley; Administradores que habrán de constituirse en Consejo de Administración cuando fueren varios—artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas—. En consecuencia, es precisamente al Consejo en su carácter de órgano ejecutivo a quien corresponde, por delegación de la Junta general, la facultad de designar, por la vía del apoderamiento, a los restantes Administradores que no revistan el carácter de órganos sociales. Llegamos, por tanto, a dos conclusiones: la primera es la de que cuando el Consejo apodera no se trata de un poder originario que emane directamente de él, sino que el poder lo otorgará el Consejo siempre por delegación de la Junta general; la segunda es la de que existen dos clases de Administradores: los orgánicos, sujetos a las normas propias de la Ley de Sociedades Anónimas, y la de los Administradores que no sean órganos sociales, que quedarán sometidos a las normas peculiares de la representación mercantil, contenidas en los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio.

En síntesis, la doctrina de la representación mercantil se basa en las siguientes notas: 1. Que el poder se otorgue por el comerciante (artículo 281). 2. Que el factor tenga poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico (art. 282). 3. Que los factores negociarán y contratarán a nombre de sus principales (art. 284). 4. Que recaen sobre los principales las obligaciones que contrajeren los factores (arts. 284 y 286). La traslación de estas notas al campo de las Sociedades Anónimas sirve para esclarecer el problema planteado. En primer lugar, ¿quién es el comerciante que puede apoderar, la Sociedad o el Consejo de Administración? Indudablemente, no puede serlo más que la Sociedad, que delega en el Consejo la administración del ejercicio del comercio, pero que no por ello pierde su condición de comerciante; ello prescindiendo de que el Consejo no tiene ni

puede tener en ningún caso personalidad independiente de la Sociedad. ¿Por cuenta de quién hace el factor el tráfico: de la Sociedad o del Consejo? Si el comerciante es siempre la Sociedad tampoco ofrece duda que las consecuencias de la actuación del apoderado recaen directamente sobre ella, que es lo que, en definitiva, nos vienen a decir los artículos 284 y 286 del Código de Comercio. En resumen, el Consejo apodera por delegación de la Sociedad, es decir, sustituye el ejercicio de parte de la delegación recibida de aquélla y cumple su misión auxiliado por Apoderado. Surge así una figura que en cierto modo se asemeja a la de la sustitución de la delegación concedida por la Sociedad al Consejo, que se canaliza por medio de poder y que debe facultar al principal, es decir, a la Sociedad, para la revocación de este último sin necesidad de retirar la delegación.

Sin embargo, la Resolución que se comenta dice en el último de los considerandos que «la Junta no puede revocar directamente al Apoderado, aunque sí podrá promover la remoción de los Consejeros, que podría llevar aparejada la del apoderamiento dado». Entendemos que quien sostenga esta tesis se verá obligado a admitir que aunque la Junta remueva a los Consejeros y nombre otros, éstos, al igual que los anteriores, tendrían plena independencia para proceder o no a la revocación de los apoderamientos otorgados por el Consejo. Con lo cual podría llegarse al absurdo resultado de una Sociedad cuya voluntad expresada en Junta general fuese contraria a un apoderamiento, y pese a esto tal poder continuara subsistiendo.

Tampoco está clara, e induce a confusión, la expresión contenida en el último de los considerandos de la Resolución que antecede de que «la remoción podría llevar aparejada la del apoderamiento dado», ya que el Código de Comercio, en su artículo 290, es terminante al señalar que «los poderes se estimarán subsistentes mientras no fueren expresamente revocados, no obstante la muerte del principal o de la persona de quien en debida forma los hubiesen recibido», es decir, que aun cuando exista remoción del Consejo, el poder subsiste siempre mientras no se revoque, subsistencia que tiene una extraordinaria importancia, pues cualquier matización de la misma equivaldría a paralizar en absoluto el tráfico mercantil.

E. F. C.