

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2595 *Resolución de 31 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación emitida por la registradora mercantil y de bienes muebles I de Toledo, en relación a una escritura de elevación a público de acuerdos sociales por defectos en la convocatoria de la correspondiente junta general.*

En el recurso interpuesto por don A. G. E., en nombre y representación de la mercantil «Illescas Industrial, S.A.», contra la nota de calificación emitida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Toledo, doña María del Pilar del Olmo López, a propósito de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales atribuidos a dicha compañía, por defectos en la convocatoria de la correspondiente junta general.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 14 de octubre de 2021 por el notario de Toledo, don Fidel Sánchez Lozano con el número 3.920 de protocolo, don A. G. E., invocando su condición de administrador único nombrado en la propia junta, procedió a elevar a público los acuerdos adoptados por la junta general ordinaria y extraordinaria, celebrada en segunda convocatoria el día 25 de septiembre de 2021, de la compañía «Illescas Industrial, S.A.».

II

Presentada el día 15 de octubre de 2021 dicha escritura en el Registro Mercantil de Toledo, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Doña Pilar del Olmo López, Registradora Mercantil de Toledo Mercantil, 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: 109/978.
F. presentación: 15/10/2021.
Entrada: 1/2021/4944,0.
Sociedad: Illescas Industrial SA.
Hoja: TO-6663.
Autorizante: Sánchez Lozano, Fidel.
Protocolo: 2021/3920 de 14/10/2021.

Fundamentos de Derecho (defectos).

– No procede la calificación del precedente documento por estar pendiente la celebración de una Junta General solicitada por un socio en fecha 13 de julio de 2021 que motivó el asiento de presentación 1390 del diario 108 y cuya solicitud dio lugar a la resolución de fecha el 6 de septiembre de 2021, por la que se acordó la celebración de la Junta General para celebrarse el 18 de octubre de 2021.

No obstante, se advierte que los administradores de la sociedad tenían sus cargos vencidos desde el año 2004 [sic], es decir, han transcurrido más de siete años, por lo que es de aplicación el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital: «Convocatoria en casos especiales. En caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes, cualquier socio podrá solicitar del Secretario judicial y del Registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los administradores. Además, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto.»

En consecuencia, al no haber ningún administrador que permanezca en el cargo, cualquier socio puede solicitar del Registro Mercantil o del Letrado de la Administración de Justicia (antes Secretario Judicial) la convocatoria de la Junta General pero no puede ser convocada por ningún [sic] de los administradores.

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

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro.

Toledo, a veintiuno de octubre de dos mil veintiuno.»

Es necesario destacar que, según resulta de la nota de calificación y se precisa en el informe de la registradora Mercantil, los integrantes del último órgano de administración que figura inscrito en el Registro Mercantil fueron nombrados, por un plazo de cinco años, el día 14 de enero de 2009, de manera que su mandato expiró el día 14 de enero de 2014.

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. G. E., en nombre y representación de la mercantil «Illescas Industrial, S.A.», interpuso recurso el día 29 de octubre de 2021 en los siguientes términos:

«Motivos.

Previo.–Que el objeto del presente recurso se plantean los siguientes dos motivos:

i. En resolver la ausencia sobrevenida del objeto de la convocatoria de junta de socios, cuando ya se había convocado y publicado con el mismo orden del día, una Junta General anteriormente a la convocada por el Registro Mercantil de Toledo; y por lo tanto, el Registro Mercantil de Toledo no debió de resolver el día 06 de septiembre de 2021, acordando la celebración de la Junta General para celebrarse el día 18 de octubre de 2021.

ii. En resolver si es válida la junta de socios convocada para proceder al nombramiento de nuevo órgano de administración y otras [sic] acuerdos sociales de una sociedad mercantil, convocada por parte de un órgano de administración cuyos cargos habían caducado, y si por ende representa un defecto insubsanable para la inscripción en el Registro Mercantil del nuevo nombramiento del órgano de administración de dicha sociedad y de los demás acuerdos sociales adoptados en dicha junta.

Primero.–Del objeto sobrevenido de la convocatoria de la junta general convocada por el Registro Mercantil de Toledo con fecha posterior a la convocada por el órgano de administración y publicada con anterioridad en el BORME.

Que se ha producido una carencia sobrevenida del objeto, en tanto en cuanto ha supuesto una terminación anticipada del procedimiento administrativo ante el Registro Mercantil de Toledo por circunstancias sobrevenidas, en lo relativo a la solicitud de la convocatoria de la Junta General de la sociedad mercantil Illescas Industrial S.A., debido

a que por parte del órgano de administración de dicha sociedad mercantil ya se había convocado una Junta General para celebrarse en primera convocatoria el día 24 de septiembre de 2021, y en segunda convocatoria el día 25 de septiembre de 2021.

Dicha convocatoria de Junta General fue publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME), el día 12 de agosto de 2021 (...); y a su vez, también fue publicitada dicha convocatoria en un periódico de gran notoriedad (...)

En lo referente al orden del día de dicha Junta General de la sociedad mercantil Illescas Industrial S.A., fueron dos accionistas distintas, las que solicitaron al órgano de administración que se llevará a cabo dicha Junta General con los puntos que las mencionadas accionistas requirieron (...)

Por otro lado, en la notificación de suspensión de inscripción del Registro Mercantil de Toledo de fecha 21 de octubre de 2021, en lo relativo a este motivo, el Registro Mercantil de Toledo no invoca precepto jurídico alguno ni hace una mera alusión a jurisprudencia o doctrina consolidada al respecto, para poder fundamentar de manera jurídica la motivación por la que ha considerado el Registro Mercantil de Toledo no proceder a la calificación del precedente documento.

Es necesario resaltar que, la motivación de las resoluciones, tienen un doble fundamento: (i) erradicar la arbitrariedad de los servidores públicos, y (ii) dar a conocer al interesado las razones por las que se ha tomado la decisión, posibilitando así el ejercicio de los recursos. La motivación ha de permitir al interesado articular su defensa frente a la resolución, aunque no se exige una argumentación extensa.

En este caso concreto, el Registro Mercantil de Toledo no ha dado a conocer al interesado ni una simple mención a la argumentación jurídica en la que se ha basado para no proceder a calificarlo. En definitiva, el Registro Mercantil de Toledo ha de dar siempre y en todo caso, motivación jurídica de sus resoluciones.

Segundo.—De la junta convocada por el órgano de administración con cargos caducados.

A. De la afección funcional del órgano de administración de la sociedad.

Que, el carácter permanente del órgano de administración de la sociedad justifica sobradamente que, aun vencido el plazo para el que fueron nombrados los administradores, subsista el deber de diligencia de las personas que tienen encomendadas la gestión de la sociedad, quienes deben proveer lo necesario para que la vida social no sufra una paralización y el perjuicio inherente a una situación semejante.

Y que, en caso de afección funcional del órgano de administración, razones pragmáticas imponen reconocer, dentro de ciertos límites, a quienes de hecho administran la sociedad facultades para convocar junta general dirigida a regularizar los órganos de la sociedad, todo ello de conformidad con lo previsto en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2007 –núm. 771/2007–, 23 de octubre de 2009 –núm. 667/2009–, 9 de diciembre de 2010 –núm. 784/2010– y 23 de febrero de 2012 –núm. 37/2012–.

Es más, en las STS 37/2012, de 23 de febrero, STS 784/2010, de 09 de diciembre, o en la SAP de A Coruña 271/2017, de 19 de julio, revocan la resolución del juez mercantil que, previamente, había declarado la nulidad del acuerdo adoptado en una junta de socios convocada por el administrador con cargo caducado; trayendo a colación la doctrina jurisprudencial que aboga por admitir, en supuestos de afección y riesgo de paralización social, que la junta pueda ser convocada por los administradores de hecho.

Pero ello no puede impedir, *sensu contrario*, que el administrador con cargo caducado, ante la ausencia de un nuevo nombramiento, y empleada toda la diligencia exigible al cargo para la integración del órgano mientras aún se encuentre vigente, pueda continuar con la gestión empresarial. En el sentido apuntado, el principio de conservación de la empresa otorga carta de naturaleza a la actuación de los administradores con cargo caducado (Así, sustenta la *ratio decidendi* de las

Resoluciones de la DGRN de 15 de febrero de 1999, RJ 1999Y734; de 11 de junio de 1992 (RJ 1992\5737) y de 14 febrero de 2012, JUR\2012\86807).

Y en este orden de cosas, el administrador puede, mediante su actividad de gestión, mantener la funcionalidad de los bienes y demás elementos integrantes en la organización empresarial, al menos, hasta la concurrencia de nuevos administradores en la dirección de los asuntos sociales (según la Resolución de la DGRN de 14 febrero de 2012 (JUR\2012\86807), y la Resolución de la DGRN de 22 de julio de 2011 (RJ 2011,6411).

Por ello, frente a la regla general de irregularidad de la convocatoria realizada por administradores con cargo caducado (y de la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta general irregularmente convocada), el Tribunal Supremo admite excepcionalmente la validez de la junta convocada por el órgano de administración con cargo caducado, cuando dicha junta se dirige a regularizar los órganos de la sociedad, en los términos previstos en el artículo 171 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC).

Debe recordarse, en este sentido, que la propia Dirección General, en su Resolución de 23 de octubre de 2020 (publicada en el BOE número 293, de 6 de noviembre), admitió que en una convocatoria hecha por dos de los tres administradores mancomunados (conforme al artículo 171 LSC), y cuyos cargos estaban caducados, se admitiera el cambio de la forma de administración, que pasó a ser la de administrador único.

B. Del principio de conservación de las juntas.

Es comprensible que el Registrador Mercantil, en el estrecho margen de una calificación personal e intransferible, quizás no pueda hacer otra interpretación de los plazos de vigencia de cargos que los que estrictamente le marca la Ley, pero es por ello que se solicita con este recurso que la Dirección General mitigue los efectos devastadores que la calificación mencionada impone, evitando así la nulidad de los acuerdos adoptados, revocando la calificación registral y admitiendo la inscripción de los acuerdos adoptados, en base al principio de conservación de las Juntas.

Este principio está consagrado no sólo por la Dirección General destinataria de este recurso, sino por diversas instancias judiciales y el propio Tribunal Supremo. En base a este principio de conservación de las Juntas, salvo defectos insalvables que puedan determinar la nulidad radical de unos acuerdos de Junta, resulta prudente mantener la validez de los acuerdos adoptados siempre que no se hayan lesionado derechos individuales de los socios, el interés social o intereses de terceros perjudicados por los acuerdos adoptados. Baste, como muestra, lo contenido en la STS 784/2010, de 9 de diciembre, y en la Resolución de 7 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (publicado el día 24 de mayo de 2021 en el BOE núm. 123).

Es más, en atención al principio de conservación de la empresa y de estabilidad de los mercados, así como con la finalidad de evitar la paralización de los órganos sociales de la compañía y su entrada en causa de disolución, razones de índole práctico aconsejan reconocer a quienes de hecho administran la sociedad con cargo caducado, facultades para convocar junta dirigida a regularizar los órganos de la sociedad en los supuestos de acefalia funcional del órgano de administración, de acuerdo a lo dispuesto en la STSS de 5 de julio de 2007, 23 de octubre de 2009, 9 de diciembre de 2010 y 23 de febrero de 2012.

C. De la continuidad de la vida societaria.

Debe entenderse que el órgano de administración vencido y no caducado (artículo 222 LSC) es un órgano de administración de derecho, con pleno ejercicio de las funciones que le son inherentes. Ahora bien, una vez caducado el nombramiento de los administradores ha de sostenerse, con el objetivo de evitar la acefalia de la sociedad,

que el órgano de administración funciona de hecho, con facultades para convocar junta con la finalidad de nombrar a los miembros del órgano de administración, y también, para la aprobación de otros acuerdos sociales como es la aprobación de las cuentas anuales de una sociedad mercantil, como bien señala la STS de 9 de diciembre de 2010.

Por ello, desde el ámbito empresarial se ha de traspasar de la función de gestión del administrador social a la posición del administrador con cargo caducado el deber de continuar, si bien de forma provisoria, con las funciones propias de la dirección de la empresa que constituya el objeto de la sociedad, según la Resolución de la RDGRN de 13 de mayo de 1998 (RJ 1998\4123).

En relación con lo anterior, la Resolución de la DGRN 14 febrero de 2012 (JUR \2012\86807), señala que, en casos de acefalia empresarial, se predica la existencia de una «prórroga tácita del mandato» ante la inconveniencia de que la sociedad quede sin representación mientras permanezca su vida jurídica intacta.

Por todo ello,

Solicito al Registro Mercantil: Que tenga por presentado este escrito, lo admita, y en virtud de su contenido, acuerde:

– Estimar el presente recurso contra la calificación negativa de la registradora mercantil de Toledo de fecha 21 de octubre de 2021, y se proceda a practicar la inscripción solicitada, en relación a los acuerdos sociales adoptados de la sociedad mercantil Illescas Industrial S.A. en el Registro Mercantil de Toledo.

– Suspender la calificación de otros actos o acuerdos de la sociedad mercantil Illescas Industrial S.A., hasta que no se resuelva de forma firme el presente recurso, a efectos de preservar el tracto sucesivo.»

IV

El día 12 de noviembre de 2021, la registradora Mercantil de Toledo emitió el informe previsto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, donde dejaba constancia de haber dado traslado del recurso interpuesto al notario autorizante de la escritura calificada sin recibir alegaciones por su parte y declaraba mantener la calificación, y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 171, 210, 221 y 222 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1997, 5 de julio de 2007, 9 de diciembre de 2010 y 23 de febrero de 2012; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 1998, 15 de febrero de 1999, 30 de octubre de 2009 y 4 de febrero de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 22 de octubre y 12 de noviembre de 2020 y 7 de mayo de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente sobre la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales adoptados por la junta general de accionistas de una sociedad anónima convocada el día 3 de agosto de 2021 por un órgano de administración cuyo mandato había expirado el día 14 de enero de 2014, celebrada en segunda convocatoria con asistencia del 40% de capital social con derecho a voto, y en la que se decide por unanimidad de los asistentes las modificaciones estatutarias pertinentes para cambiar la estructura del órgano de administración, pasando de un consejo de administración a un administrador único, así como el nombramiento de la persona que habría de ocupar este cargo.

Los defectos advertidos por la registradora Mercantil de Toledo se concretan en dos circunstancias: a) la improcedencia de calificar el documento por hallarse pendiente la

celebración de una junta general de accionistas convocada por ella misma, como registradora Mercantil de Toledo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, y b) la caducidad de los cargos de los administradores convocantes con más de siete años de anterioridad.

El recurrente alega, por una parte, la carencia sobrevenida de objeto de la junta convocada por la registradora Mercantil a causa del emplazamiento anterior decidido por el órgano de administración, y, por otra, la pervivencia de facultades en los administradores caducados para convocar junta general dirigida a regularizar la acefalia originada por la expiración de su mandato.

2. Como señala el recurrente en su escrito, no existe disposición normativa, ni doctrina jurisprudencial o administrativa, que conmine a suspender la calificación de los acuerdos sociales adoptados por la junta general de una compañía a la espera de otra asamblea convocada por el registrador Mercantil para una fecha posterior, aunque el orden del día sea coincidente. No se trata de que unas juntas generales gocen de preferencia sobre otras por razón del órgano o autoridad convocante, es una cuestión que, sin más orden temporal que el derivado del principio de prioridad, debe resolverse en atención a la competencia para acordar la cita, al cumplimiento de los requisitos de publicidad, y a la validez de las decisiones sociales adoptadas.

3. El artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital arbitra un sistema de convocatoria forzosa de la junta general de las sociedades, por orden del letrado de la Administración de Justicia o del registrador Mercantil del domicilio social, para proveer al nombramiento de administradores cuando se encuentren en una situación de acefalia insuperable, en los términos que la propia norma describe. En el segundo inciso del artículo se reconoce también competencia a «los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo» para «convocar la junta general con ese único objeto [el del nombramiento]».

Más allá del marco delimitado por el plazo de nombramiento y, en su caso, la prórroga legal (artículos 221 y 222 de la Ley de Sociedades de Capital), el Tribunal Supremo (y esta Dirección General) admite excepcionalmente la validez de la junta general convocada por órgano de administración con cargo caducado, en los siguientes términos: «No obstante, como excepción, en aras al principio de conservación de la empresa y estabilidad de la sociedad y de los mercados, a fin de evitar la paralización de los órganos sociales, y, a la postre, la incursión en causa de disolución, en los supuestos de acefalia funcional del órgano de administración, razones pragmáticas ya tenidas en cuenta en la Sentencia 771/2007, de 5 de julio, que se refiere a que «la nulidad pretendida introduciría una perturbación en la situación jurídica de la sociedad», imponen reconocer a quienes de hecho administran con el cargo caducado facultades para convocar junta dirigida a regularizar los órganos de la sociedad, en solución similar a la prevista en la fecha de la convocatoria en el artículo 45.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y hoy, de forma generalizada, en el segundo párrafo del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital: «(...) Además, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto», incluso más allá de la pervivencia del asiento registral de nombramiento al amparo primero del 145.1 del Reglamento del Registro Mercantil, después del artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas en la redacción dada al mismo por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, y hoy del artículo 221 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital –El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la Junta General siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior–, tenida en cuenta como límite, entre otras, en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 octubre 2009» (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010; en el mismo sentido, las de 27 de octubre de 1997, 5 de julio de 2007 y 23 de febrero de 2012). Este Centro Directivo ha mantenido análoga doctrina en reiteradas

Resoluciones, entre las que cabe citar las de 13 de mayo de 1998, 15 de febrero de 1999, 4 de febrero de 2015, y 7 de mayo de 2021.

Tal como resulta del segundo párrafo del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, la convocatoria de la junta efectuada por cualquiera de los administradores que permanezca en el ejercicio del cargo únicamente podrá tener por objeto el nombramiento de los nuevos que hayan de ocupar los cargos. Ello no obstante, las recientes Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 22 de octubre y 12 de noviembre de 2020 han admitido la convocatoria de junta general realizada por una administradora mancomunada supérstite no dirigida a la cobertura de la vacante, sino al cambio de estructura del órgano de administración, de administradores mancomunados a administrador único, y designación de la convocante como administradora única; en ambos casos, por tratarse de sociedades de responsabilidad limitada en las que los estatutos preveían distintos modos alternativos de organizar la administración (artículo 210.3 de la Ley de Sociedades de Capital), la mutación en la arquitectura del órgano no requería una modificación estatutaria.

En el caso a que este expediente se refiere, en el que la forma social adoptada por la compañía es la de sociedad anónima, el cambio en la configuración del órgano de administración, de consejo a administrador único, requiere una modificación estatutaria, extremo para el que, con arreglo al segundo párrafo del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, el administrador caducado convocante carece de competencia para incluirlo en el orden del día.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso únicamente respecto del primer defecto invocado por la registradora y desestimarlos y confirmar la nota de calificación impugnada en cuanto al segundo defecto.

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, 31 de enero de 2022.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.