

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

25714 *Resolución de 27 de noviembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil accidental de Eivissa a inscribir el nombramiento de administradora mancomunada de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don J. J. y don J. B. G. y doña D. B. P., en nombre y representación de la sociedad «Bonet R.E.S., SL», contra la negativa del registrador Mercantil accidental de Eivissa, don Antonio Pons Mir, a inscribir el nombramiento de administradora mancomunada de dicha sociedad.

Hechos

I

El día 24 de mayo de 2023 se requirió a la notaria de Formentera, doña Shadia Nasser García, para que levantara acta de la junta general de la sociedad «Bonet R.E.S., SL», que se celebró el día 5 de junio de 2023, en la que, como único acuerdo, y ante el fallecimiento de uno de los administradores mancomunados, se nombró nueva administradora mancomunada a doña D. B. P., quien aceptó el cargo mediante escritura autorizada por la misma notaria el día 6 de junio de 2023, con el número 476 de protocolo. La junta general fue convocada por los dos únicos administradores mancomunados con cargo vigente, don J. J. y don J. B. G., quienes también eran socios.

Según constaba en dicha acta, don J. J. y don H. B. G. estuvieron representados en la junta general por sendos apoderados. Y la junta general se declaró válidamente constituida con la asistencia, presentes o representados, de tres socios, titulares de 5.955 participaciones sociales que representaban, en conjunto, el 100 % del capital social con derecho de voto.

II

Presentada el día 7 de junio de 2023 copia de dicha acta, junto con la referida escritura, en el Registro Mercantil de Eivissa, fue objeto de la siguiente nota de calificación que, a continuación, se transcribe únicamente respecto del defecto objeto de impugnación:

«Antonio Pons Mir, Registrador 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: 63/518.

F. presentación: 07/06/2023.

Entrada: 1/2023/2900.

Sociedad: Bonet R.E.S. Sociedad Limitada.

Protocolo: 2023/421 de 07/06/2023.

Fundamentos de Derecho (...).

Insubsanable.–Visto el artículo 180 LSC, que dispone de forma imperativa que “los administradores deberán asistir a las juntas generales”, y vista la STS 19 abril 2016, que establece que “es claro que la asistencia de los administradores a las juntas generales forma parte de sus competencias orgánicas, por lo que no puede ser objeto de delegación mediante representación”, no cabe que los administradores, personas físicas, deleguen en un apoderado su deber de asistencia a la junta general, con la sola excepción de que se trate de una junta universal y siempre que exista un previo acuerdo de todos los socios de constituirse en junta universal, sin que baste el mero hecho de estar reunida la totalidad del capital social, conforme a la RDGSJYFP 7 abril 2011 y 29 noviembre 2012.

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

En Ibiza, a veintisiete de junio de dos mil veintitrés».

III

El día 19 de julio de 2023, la notaria autorizante, doña Shadia Nasser García, solicitó calificación sustitutoria, correspondiéndole al registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca número 6, don Diego Blázquez Mozún, quien, el día 26 de julio de 2023, confirmó la calificación del registrador sustituido, salvo en cuanto a la calificación del defecto, «ya que no lo considera insubsanable sino subsanable», en los siguientes términos:

«(...) Falta de asistencia de los administradores a la celebración de la Junta (...) Según resulta claro del título calificado los administradores no comparecen personalmente sino representados, Si bien la Ley de Sociedades de Capital no establece una consecuencia específica para el caso de que los administradores no acudan a las juntas lo cierto es que su asistencia es imprescindible para la correcta celebración de la misma, al no tratarse de una Junta Universal.

En efecto, el administrador de una sociedad, además de realizar la convocatoria de la Junta, debe acudir a la misma. Es una obligación legal y un deber del administrador. Así, la asistencia de los administradores a las Juntas Generales forman parte de sus competencias orgánicas, por lo que no puede ser objeto de delegación mediante representación. Por ello, un socio-administrador no podrá ser representado en la Junta en su condición de administrador, pero sí podrá delegar en otra persona la representación de su parte correspondiente del capital (siempre y cuando cumpla con las prescripciones legales y estatutarias correspondientes).

Esta obligación de asistencia se funda en que en la Junta de Socios se desarrollan funciones esenciales para el correcto funcionamiento de la sociedad y no puede ser delegada. No obstante, la asistencia de los administradores es un deber cuya infracción no impide la celebración de la Junta en tanto que no constituye requisito de constitución de la misma.

Por ello, se confirma la calificación en cuanto a la imposibilidad de que los administradores concurren representados a la Junta General pero no en cuanto al efecto de nulidad que produce en la celebración de la misma, pues no resulta que la ausencia de los administradores haya sido decisiva para la privación de alguno de los derechos de los socios. Todo ello sin perjuicio de que los afectados puedan ejercer la acción de responsabilidad frente a los administradores. Defecto subsanable.»

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don J. J. y don J. B. G. y doña D. B. P., en nombre y representación de la sociedad «Bonet R.E.S., SL», interpusieron recurso el día 28 de agosto de 2023 por medio de escrito en el que alegaban lo siguiente:

«Hechos.

Los títulos.

1. (...)

3. La Reunión de la Junta fue convocada por dos de los tres administradores mancomunados de la Compañía al amparo del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”), por fallecimiento del tercer administrador mancomunado, a los solos efectos de sustituirlo y resolver la situación de “decapitación” de la Compañía y de su órgano de administración a causa del fallecimiento de uno de sus administradores mancomunados. En consecuencia, el orden del día de la sesión contenía solo dos cuestiones a deliberar: el nombramiento de administrador por fallecimiento de uno de los tres administradores mancomunados y la redacción, lectura y, en su caso, aprobación del acta de la Junta general; siendo que este segundo punto no fue sometido a consideración por haberse redactado el acta de acuerdo con lo previsto para las actas notariales en el artículo 203 de la LSC.

La calificación.

4. Los Títulos fueron objeto de una primera calificación negativa de 28 [sic] de junio de 2023 (...) en la que se señalaban diversos defectos subsanables y uno insubsanable que literalmente transcribo (este último) a continuación:

“- Insubsanaable.–Visto el artículo 180 LSC, que dispone de forma imperativa que ‘los administradores deberán asistir a las juntas generales’, y vista la STS 19 abril 2016, que establece que “es claro que la asistencia de los administradores a las juntas generales forma parte de sus competencias orgánicas, por lo que no puede ser objeto de delegación mediante representación”, no cabe que los administradores, personas físicas, deleguen en un apoderado su deber de asistencia a la junta general, con la sola excepción de que se trate de una junta universal y siempre que exista un previo acuerdo de todos los socios de constituirse en junta universal, sin que baste el mero hecho de estar reunida la totalidad del capital social, conforme a la RDGSJYFP 7 abril 2011 y 29 noviembre 2012.”

5. Activado el procedimiento del artículo 19 bis de la LH y del Real Decreto 1039/2023, se dictó por el registrador sustituto la Resolución Impugnada que, en relación con ese defecto calificado inicialmente de insubsanaable resuelve lo siguiente:

“En efecto, el administrador de una sociedad, además de realizar la convocatoria de la Junta, debe acudir a la misma. Es una obligación legal y un deber del administrador. Así, la asistencia de los administradores a las Juntas Generales forma parte de sus competencias orgánicas, por lo que no puede ser objeto de delegación mediante representación. Por ello, un socio administrador no podrá ser representado en la Junta en su condición de administrador, pero sí podrá delegar en otra persona la representación de su parte correspondiente del capital (siempre y cuando cumpla con las prescripciones legales y estatutarias correspondientes).

Esta obligación de asistencia se funda en que en la Junta de Socios se desarrollan funciones esenciales para el correcto funcionamiento de la sociedad y no puede ser delegada. No obstante, la asistencia de los administradores es un deber cuya infracción no impide la celebración de la Junta en tanto que no constituye requisito de constitución de la misma.

Por ello, se confirma la calificación en cuanto a la imposibilidad de que los administradores concurren representados a la Junta General pero no en cuanto al efecto

de nulidad que produce en la celebración de la misma, pues no resulta que la ausencia de los administradores haya sido decisiva para la privación de alguno de los derechos de los socios. Todo ello sin perjuicio de que los afectados puedan ejercer la acción de responsabilidad frente a los administradores. Defecto Subsancable.”

6. Es contra esta última Resolución Impugnada contra la que se alza este recurso. El resto de defectos subsancables señalados en la Resolución Impugnada han sido objeto de subsancación y de nueva presentación a depósito o a inscripción.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes:

Fundamentos de Derecho.

El artículo 6 RRM en relación con el artículo 180 LSC.

7. Resulta pacífico que los administradores no estuvieron presentes en la Reunión de la Junta. Los motivos por los que no estuvieron presentes son irrelevantes a los efectos de este recurso, pero nos referiremos a ellos brevemente más adelante. Resulta también pacífico que los administradores no estuvieron representados en tanto que tales en la Reunión de la Junta. No permite la ley dicha representación y los administradores nunca han pretendido haber estado representados en su condición de tales. Resulta pacífico, por fin, que la Reunión de la Junta no tuvo carácter universal. En consecuencia, resulta pacífico también que se produjo una infracción del artículo 180 LSC por parte de los administradores mancomunados supervivientes. Se trata de una infracción de los administradores mancomunados supervivientes (dos de tres), no de una infracción de la Compañía.

8. Lo que no resulta pacífico es la consecuencia que debe anudarse a esa infracción. Tanto para el registrador sustituido como para la Resolución Impugnada la Reunión de la Junta adolecía de vicio de validez consistente en la falta de asistencia de los administradores. Para este recurrente la Reunión de la Junta fue válida a pesar de la ausencia de los administradores. Las consecuencias de la ausencia las deben pagar los administradores (vía responsabilidad del art. 136(1) LSC), pero no las debe pagar la Compañía, que debe poder poner fin a su situación de “decapitación”.

9. El artículo 6 del RRM establece que “(l)os Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”. La cuestión a debatir es, por tanto, si los Títulos son válidos y si la Reunión de la Junta fue válida. No se debate aquí si el artículo 180 LSC fue infringido, que ese es un hecho aceptado.

10. Tanto para el registrador sustituido como para el sustituto la Reunión de la Junta adolece de vicio de validez consistente en la infracción del art. 180 LSC. Discrepan entre ellos en que para el registrador sustituido se trataba de un defecto insubsancable (nulidad de la Reunión de la Junta) mientras que para la Resolución Impugnada (dictada por el registrador sustituto) se trata de un defecto subsancable. Para nosotros se trata de un acto válido pese a la infracción.

11. Aunque la calificación del registrador sustituido y la Resolución Impugnada difieren (insubsancable vs. subsancable), su resultado es el mismo. El efecto práctico de calificar la ausencia de los administradores de la Reunión de la Junta como defecto subsancable es exactamente el mismo que el de calificarlo como de defecto insubsancable. En ambos casos debería convocarse y celebrarse una nueva reunión de la junta de la Compañía a la que acudiesen los administradores mancomunados sobrevivientes. La convocatoria debería hacerse por los dos administradores mancomunados sobrevivientes al amparo del artículo 171 LSC. Puede tratarse de la nulidad de la Reunión de la Junta o de la nulidad del acuerdo, pero en una reunión de la junta en la que se debate un solo acuerdo las diferencias entre una y otra cosa parecen más semánticas que prácticas. En la práctica, las dos cosas son lo mismo.

12. Vamos a referirnos a la sentencia núm. 255/2016 de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo, de 19 abril de 2016 (“STS 19.04.2016”), citada por la Resolución Impugnada. Dice la STS 19.04.2016 que hay “que ponderar según cada caso hasta qué punto la inasistencia de los administradores puede justificar la suspensión o incluso la nulidad de la junta que se hubiera celebrado en su ausencia” en casos excepcionales (FD 5(3)(§2) de la STS 19.04.2016).

13. A los efectos de poder realizar ese juicio de ponderación debe tenerse en cuenta lo siguiente:

13(1) Uno de los efectos de la Resolución Impugnada es prolongar el periodo de “decapitación” de la Compañía. La ausencia de inscripción del tercer administrador mancomunado impide en la práctica el bastanteo de su nombramiento y facultades por las entidades bancarias con las que opera la Compañía. Las cuentas cuya disposición requiere de tres firmas se encuentran en la práctica bloqueadas hasta que no se produzca la inscripción y el posterior bastanteo. Los pagos que no estuvieran previamente domiciliados corren el riesgo de no ser atendidos por dichos bancos y eso pone en peligro el cumplimiento de contratos de la Compañía con empleados y proveedores.

13(2) Es cuestionable que la presencia de dos administradores mancomunados de un órgano de administración “decapitado”, compuesto por tres administradores mancomunados, pudiera satisfacer la exigencia del artículo 180 LSC. Sin duda, su asistencia excluiría su responsabilidad. Pero ninguno de ellos dos (que no son un órgano de administración completo, sino solo parte del mismo) puede descargar en puridad los deberes del órgano de administración relativos a la rendición de cuentas o la satisfacción del derecho de información salvo por delegación. La Resolución Impugnada cita la sentencia núm. 529/2020 de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial (“AP”) de Burgos (“no es necesario que a las Juntas acudan todos y cada uno de los miembros del órgano de administración, basta con que comparezca uno o alguno de ellos”), pero el caso analizado por la sentencia de la AP de Burgos es distinto del caso aquí analizado. Allí había cuatro administradores solidarios, y cualquiera de ellos podía descargar en su integridad las obligaciones del órgano de administración. En este caso existen tres administradores mancomunados de los que solo sobreviven dos, ninguno de los cuales, ni individual ni conjuntamente, puede descargar las obligaciones del órgano de administración; a todo lo más pueden simplemente convocar junta al amparo del artículo 171 LSC. En todo caso, baste recordar que la sentencia de Burgos afirma literalmente que “la inasistencia de todos los administradores como regla general no es motivo de suspensión o de nulidad de la junta (STS de 19 de abril de 2016)” (...)

13(3) Además, nada en la LSC indica que el cumplimiento del deber de informar no pueda realizarse por delegación. De hecho, preceptos como los de los artículos 181, 182, 196 y 197(2) LSC, entre otros, viabilizan que la información pueda ser facilitada por delegación, en nombre del órgano de administración y bajo su control, por “directores, gerentes, técnicos”, u otras personas, tanto antes, como durante, como con posterioridad a la junta. La obligación de informar no tiene carácter personalísimo. Al contrario, como dice la Profesora M. B., “la Ley concede un amplio margen a los administradores para cumplir con su obligación”.

13(4) Para mayor añadidura, ninguno de los socios de la Compañía ejercitó su derecho de información en relación con la Reunión de la Junta. Así se desprende de la lectura del acta notarial de la Reunión de la Junta que forma parte de los Títulos, en donde no hay mención ni al ejercicio de ese derecho ni a que ningún socio lo hubiese ejercido y se hubiera quedado por satisfacer. Y eso tiene que ver con la naturaleza y la finalidad de la Reunión de la Junta que nos compete, en la que se trataba de reemplazar a uno de los administradores mancomunados (que era padre y abuelo de los demás socios de la Compañía) por otro administrador mancomunado a elegir entre dos de sus nietas y uno de sus hijos. Ello pone de manifiesto que es posible infringir el artículo 180 LSC y que sin embargo, como en este caso, eso no resulte en una infracción del derecho de información de los socios.

13(5) Previamente a la fecha de la Resolución Impugnada los tres administradores mancomunados (incluyendo la elegida en la Reunión de la Junta a la que se refiere la Resolución Impugnada) convocaron junta general ordinaria de la Compañía que se celebró el 31 de julio de 2023 para aprobar, entre otros, el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2022. Las cuentas anuales aprobadas en dicha junta de 31 de julio de 2023 han sido debidamente presentadas a depósito en este registro mercantil. Si se mantuviese el criterio de la Resolución Impugnada, forzosamente eso tendría que repercutir en la validez y eficacia de esa junta de 31 de julio de 2023 (que es posterior a la de la Resolución Impugnada) y en el depósito de las cuentas anuales de la Compañía del ejercicio 2022, lo que causaría grave perjuicio a la Compañía: primero habría que convocar una nueva junta con punto único de orden del día, al amparo del art. 171 LSC, para elegir (o reelegir) al tercer administrador mancomunado, y después los tres administradores mancomunados deberían convocar de nuevo la junta general ordinaria de 2023 (referida al ejercicio 2022).

13(6) Por fin, y no es relevante desde el punto de vista legal pero quizás si para realizar ese juicio de ponderación, el motivo de la inasistencia de los dos administradores mancomunados supervivientes consiste en que uno de los socios (A. B., hija de A. B. G.) ha interpuesto querrela criminal por delito societario contra los administradores mancomunados supervivientes (sus tíos J. J. y J. B.) y ahora también contra la tercera administradora mancomunada electa (su prima D. B.), que se está tramitando en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Eivissa bajo diligencias previas 1021/21 (...) Con procedimientos penales por medio, que acostumbran a elevar la tensión emocional, resulta aconsejable para la paz y el interés social de la Compañía minimizar las interacciones personales entre querellante y querellado.

La regla general del art. 180 LSC: la ausencia de los administradores no invalida ni la junta ni el acuerdo de junta.

14. La STS 19.04.2016 dice fundamentalmente dos cosas:

14(1) Primero, que “la ausencia de los administradores sociales, como regla general, no puede ser considerada como causa de (...) nulidad de la junta general” (FJ 5.º(3)(§1)), lo que “tiene su fundamento en que, de haberlo hecho así, podría dar lugar a la imposibilidad de celebración de juntas generales por la sola voluntad de una o varias personas (los administradores), que mediante el simple expediente de no acudir a las juntas, paralizarían la sociedad(s)in que frente a dicha parálisis provocada de propósito hubiera remedio” (FJ 5.º(2)(§2)). Se confirma de esa manera un principio que había sido puesto de manifiesto en pluralidad de decisiones judiciales anteriores (e.g. AP de Barcelona, secc. 15.ª, de 03.07.1998 (FJ 3), AP de Las Palmas, secc. 5.ª, de 25.01.2001 (FJ 1), AP de Salamanca, secc. 5.ª, de 25.09.2006 (FJ 5)).

14(2) Segundo, que “dicha regla general puede tener excepciones (...). Por ello, habrá que ponderar según cada caso hasta qué punto la inasistencia de los administradores puede justificar la suspensión o incluso la nulidad de la junta” (FJ 5.º(3)(§2)).

15. En ausencia de ese ejercicio de ponderación lo que debe hacerse es aplicar la regla general: “la ausencia de los administradores sociales (...) no puede ser considerada como causa de (...) nulidad de la junta general”.

16. La Resolución Impugnada no contiene ese ejercicio de ponderación, no valora los diferentes bienes jurídicos e intereses legítimos potencialmente en conflicto. Por eso, no razonándose en la Resolución Impugnada los motivos concretos por los que debe aplicarse la excepción, la consecuencia necesaria debe ser la aplicación de la regla general, esto es, que los Títulos son totalmente válidos y que no incurrieron en defecto alguno. A todo lo más, los administradores deberán responder “frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por (esas) omisiones (contrarias) a la ley” (artículo 236(1) LSC), pero los Títulos deben calificarse como válidos.

17. La vigencia de la regla general ha sido puesta de manifiesto por las resoluciones judiciales que se han dictado con posterioridad a la STS 19.04.2016. Así:

17(1) Sentencia núm. 832/2020 de la AP de Lleida (Sección 2.^a), de 23 diciembre, desestimando una solicitud de nulidad de junta de sociedad limitada ("SL") formulada al amparo del artículo 180 LSC en relación con una junta cuyo orden del día se refería a la aprobación de cuentas anuales, aprobación de la gestión del órgano de administración, ratificación de acuerdos de junta anterior, modificación del sistema de administración y nombramiento de administrador (FD2). La sentencia de la AP de Lleida resulta interesante, además, porque predica la aplicación del "principio de relevancia, en virtud del cual la sanción de nulidad debe reservarse a aquellos supuestos en los que la infracción cometida no se circunscribe a aspectos puramente formales o procedimentales sino que incide de forma directa y relevante en los intereses o bienes jurídicos afectados". No es el caso de los Títulos: la Resolución Impugnada taxativamente afirma que "no resulta que la ausencia de los administradores haya sido decisiva para la privación de alguno de los derechos de los socios". La consecuencia de la aplicación del principio de relevancia debería haber sido una calificación positiva de los Títulos en relación con el artículo 180 LSC. (...) Por nuestra parte tenemos que decir que si la AP de Lleida (que es posterior a la STS 19.04.2016) no observó vicio de validez de los títulos en una escritura de nombramiento de administrador en la que se había infringido el artículo 180 LSC, resultaría incomprensible que sí se apreciase ese vicio en los Títulos derivados de esta Reunión de la Junta, que tenían como único propósito y efecto el nombramiento de un administrador. No serían compatibles esa resolución y la sentencia de la AP de Lleida.

17(2) Sentencia núm. 65/2018 de la AP de Madrid (Sección 28.^a), de 26 enero, desestimando una solicitud de nulidad de junta de sociedad limitada ("SL") formulada al amparo del artículo 180 LSC en relación con una junta cuyo orden del día se refería al cese de administradores y al ejercicio de acción social de responsabilidad contra uno de ellos (FD2) (...)

17(3) Sentencia núm. 191/2016 de la AP de Islas Baleares (Sección 5.^a), de 30 junio, que rechaza una interpretación del art. 180 LSC semejante a la de la Resolución Impugnada porque "ni se vulneró el derecho de información de los socios ni antes ni durante la Junta, al posibilitarse la respuesta ante el ejercicio del derecho de pregunta por parte de los socios demandantes, a la vez que los administradores pueden contestar o completar las preguntas tras la celebración de la Junta, y ya emitido el voto" (FD 2) (...) Dicha sentencia pone de manifiesto la bondad de nuestra afirmación en el párrafo 13(4) de este escrito: es posible infringir el artículo 180 LSC y que, sin embargo, eso no resulte en una infracción del derecho de información de los socios.

La excepción del art. 180 LSC: el ejercicio de ponderación en el nuevo contexto normativo de la Ley 31/2014.

18. La aplicación de la excepción a la que se refiere la STS 19.04.2016 requiere de la realización de un ejercicio de ponderación (FJ 5.º(3)(§2)). Aunque la STS 19.04.2016 no ofrece mucho detalle sobre en qué consiste ese ejercicio de ponderación, lo que sí se desprende de ella es que cuando estamos en presencia del ejercicio de un derecho de información reforzado la ausencia de todos los administradores puede comprometer la validez de la junta o la validez de los acuerdos adoptados en infracción de ese derecho de información reforzado ("era consustancial a la naturaleza de dicho punto del orden del día que tuviera que estar complementado con un derecho (...) de información reforzado, (...). De manera que, al faltar todos los administradores, ese derecho de información (reforzado) quedó completamente cercenado" (FJ 5.º(3)(§4)).

19. La STS 19.04.2016 no especifica más. A "*sensu contrario*" cabría interpretar que cuando no estamos ante un derecho de información reforzado lo que debe aplicarse es la regla general: la junta será válida y el acuerdo será válido. Así parece desprenderse de la referencia al principio de relevancia y al nuevo artículo 204(3) LSC

en la sentencia de la AP de Lleida de 23.12.2020 antes citada. Hemos de hacer notar que la redacción del actual artículo 204(3) LSC se aprueba en la Ley 31/2014, que constituye un marco normativo posterior al aplicado por la STS 19.04.2016 (que consiste en la redacción de la LSC vigente en 22.06.2011, fecha de celebración de la junta litigiosa a la que se refiere esa sentencia). Por tanto, el marco normativo de la STS 19.04.2016 ha mudado.

20. La interpretación de la STS 19.04.2016 requiere tener en consideración las siguientes circunstancias:

20(1) Se trata de una única sentencia del Tribunal Supremo. Aunque el criterio de la STS 19.04.2016 es un criterio muy digno de ser tenido en cuenta, no estamos en puridad ante un criterio interpretativo vinculante de los del artículo 1(6) del Código Civil. Téngase en cuenta que la obligación de los administradores de asistir a las juntas generales de socios no se establece para las SLs en nuestro derecho hasta el 1 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2010. Sin embargo, el derecho de información de los socios en las SLs precede a esa obligación y aparece explícitamente formulado por primera vez 15 años antes, con la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Eso, en nuestra opinión, pone de manifiesto que la protección del derecho de información del socio de SL a través de la asistencia de los administradores a la junta general no forma parte de los principios esenciales y configuradores de la regulación de ese tipo societario, porque ese derecho de información existía y se satisfacía al menos quince años antes de que fuera obligatorio que los administradores de SLs acudiesen a las juntas de socios.

20(2) La doctrina no es unánime a la hora de compartir la bondad de la interpretación de la STS 19.04.2016 en cuanto a la excepción a la regla general. F. G. califica ese criterio como “novedoso”, que se aparta del esquema argumentativo que había seguido el Tribunal Supremo en los años anteriores. Y R. S. H. destaca que “resulta llamativa la extensión de la nulidad a la Junta y no al concreto acuerdo respecto del que considera que debía existir un ‘deber (...) de información reforzado’, pues recordemos que en la Junta General de 2011 se incluyeron en el orden del día asuntos de los que el propio Tribunal califica como parte del ‘contenido necesario de cualquier junta general ordinaria, conforme al art. 164.1 LSC’, asuntos que, a tenor de lo recogido en la Sentencia, parece que *a priori* no llevarían directamente aparejada la grave sanción de nulidad de la Junta por la mera inasistencia de los administradores a la misma”.

20(3) Por fin, el contexto normativo analizado por la STS 19.04.2016 (la LSC en su versión vigente el 22 de junio de 2011) no es el mismo que el aplicable al caso analizado por la Resolución Impugnada. La aprobación de las nuevas redacciones de los artículos 204 (aplicable tanto a sociedades anónimas como limitadas) y 197 LSC (aplicable a las anónimas) en materia de remedios a infracciones del derecho de información, adoptadas en virtud de la Ley 31/2014 por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, puede poner en cuestión la aplicación de la STS 19.04.2016 al caso analizado por la Resolución Impugnada o, por lo menos, debe modular la aplicación de la excepción establecida en la STS 19.04.2016.

21. Cabe recordar que el nuevo artículo 204(3) LSC impide impugnar aquellos acuerdos que incurran en “incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable (...) del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación” (art. 204(3)(b) LSC) y los que incurran en “infracción de requisitos meramente procedimentales (...) para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción (...) que tenga carácter relevante”. En análogo sentido el artículo 197(5) LSC tras la reforma de la Ley 31/2014 que, aunque aplicable en principio solo a las sociedades anónimas, viene a reforzar la idea de que las infracciones meramente formales (pero materialmente inocuas en cuanto

a su trascendencia) del derecho de información no pueden dar lugar a la nulidad del acuerdo, mucho menos a la nulidad de la junta.

22. Y así lo ha venido a entender la doctrina, entre otros R. S. H. para quien “deben tenerse igualmente presente las modificaciones introducidas por la referida reforma en el art. 204.3.a) LSC en virtud del cual el legislador español ha tratado de desactivar las posibles impugnaciones de acuerdos sociales basadas en la infracción de los requisitos procedimentales de la Junta que no se sustenten en aspectos verdaderamente relevantes, lo que igualmente deberá ponerse en relación con el criterio expuesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de abril de 2016 ya que entre las posibles infracciones relevantes a estos efectos no se ha incluido la falta de asistencia del administrador”. Del mismo modo F. G., para quien la nueva redacción del artículo 204(3) LSC “plasma de alguna manera lo que en la doctrina se ha conocido como “prueba de relevancia”, conforme a la cual se ha entendido que determinados defectos menores de convocatoria o constitución de la Junta General no deberían traer consigo la drástica consecuencia de la anulación de los acuerdos sociales tomados. Pues bien, traslada la letra de la ley a esta doctrina, lo que no hace la reforma es dotar a la presencia del administrador de la naturaleza de requisito de constitución de la Junta General, ni esencial ni accesorio”.

23. En ese estado de cosas nos parece que el juicio de ponderación que exige la STS 19.04.2016 debería ser el siguiente en relación con la Reunión de la Junta:

23(1) La primera y principal consecuencia de la infracción del artículo 180 LSC debe ser la potencial responsabilidad de los administradores al amparo del artículo 236(1) LSC;

23(2) Como regla la infracción del artículo 180 LSC no da lugar ni a la nulidad de la junta ni a la nulidad del acuerdo;

23(3) Para determinar si debe aplicarse una excepción a la regla general en relación con la Reunión de la Junta debe tenerse en consideración lo siguiente:

(a) A diferencia de las modificaciones estatutarias o de la aprobación de las cuentas anuales, la materia sometida a deliberación en la Reunión de la Junta no requería de la puesta a disposición de los socios de ninguna documentación en relación con el acuerdo propuesto a partir de la convocatoria. Aunque eso no quiere decir que la convocatoria de la Reunión de la Junta no diera lugar a la posibilidad de ejercicio del derecho de información por parte de los socios; todo parece apuntar a que ese derecho de información no excedía del carácter de ordinario, y probablemente era incluso inferior en rango.

(b) El acta de la Reunión de la Junta evidencia que los socios no hicieron uso de su derecho de información: el acta no contiene ninguna protesta de ningún socio (al efecto de una potencial impugnación de acuerdos sociales) en el sentido de haber quedado insatisfecho su ejercicio del derecho de información. La propia Resolución Impugnada aprecia que “no resulta que la ausencia de los administradores haya sido decisiva para la privación de alguno de los derechos de los socios”.

(c) La Reunión de la Junta se convocó al amparo del artículo 171 LSC por administradores que de otro modo no habrían podido convocar válidamente (al ser solo dos de los tres mancomunados y no haber previsión estatutaria que permitiera esa convocatoria (*vid.* a contrario Resolución de la Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica de 23 de octubre de 2020)). El objeto de esa convocatoria era minimizar el periodo en que la Compañía y su órgano de administración iban a permanecer “decapitados”.

(d) La STS 19.04.2016 no establece un criterio interpretativo reiterado todavía de nuestro Tribunal Supremo en cuanto a la existencia y delimitación de excepciones a la regla general de los artículos 180 y 236(1) LSC. No constituye “per se” jurisprudencia en el sentido del artículo 1(6) del Código Civil al tratarse de un único pronunciamiento. Se trata de un criterio “novedoso” y sin la suficiente coherencia interna, según la doctrina, lo que sugiere que su aplicación debe realizarse con cautela.

(e) En el ámbito del derecho societario la sentencia núm. 942/2022 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 20 diciembre (“STS 20.12.2022”) viene a recordar el criterio jurisprudencial que impone la necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones a las reglas generales (FJ 3(3)(iv)): “este tribunal, aunque ha constatado la dificultad de fijar el concepto de orden público (...) como límite de la autonomía privada, ha tratado de concretar su configuración jurisprudencial sobre la base de los siguientes postulados: (...) (iv) Criterio de interpretación restrictiva: en cuanto excepción a la regla (...) toda vez que podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que pudiera llegar a destruirse la regla de caducidad (sentencias de 28 de noviembre de 2005 y 1229/2007, de 29 de noviembre)”.

(f) La Ley 31/2014 introdujo modificaciones tendentes a modular el ejercicio del derecho de información de los socios que deben matizar la aplicación de la excepción descrita en la STS 19.04.2016. La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta ya no es motivo válido de impugnación del acuerdo social, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación (art. 204(3)(b) LSC), lo que no es el caso en el supuesto de la Reunión de la Junta. Otro tanto (que en general no constituye motivo válido para impugnar el acuerdo) debe predicarse de la vulneración del derecho de información ejercido “*in situ*” en la propia junta, al amparo del artículo 197(5) LSC. No se pretende que se aplique a las SL lo que el artículo 197(5) LSC dice que se aplica a las sociedades anónimas. No se pretende que se aplique ni siquiera analógicamente. Lo que decimos es que tampoco debe realizarse una interpretación del artículo 197(5) LSC “a sensu contrario” y que, de ordinario, el mejor remedio para la infracción del derecho de información lo será la responsabilidad de los administradores, la ejecución coercitiva de la obligación de hacer (de dar información) -al amparo de los artículos 709 y 711 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 197(5) LSC cuando se estime aplicable- y la indemnización de los daños y perjuicios causados.

(g) El principio de relevancia parece militar a favor del mantenimiento de la validez de la Reunión de la Junta y del acuerdo. Ese principio de relevancia nos parece que entronca con el principio de respeto al orden público a que hace referencia la STS 20.12.2022 y que protege los principios esenciales y configuradores del derecho societario. La potencial infracción de derechos de información de socios en la Reunión de la Junta se quedó en eso, en “potencial”, porque ningún socio ejercitó ningún derecho de información que no hubiese quedado íntegramente satisfecho y, si se hubiera ejercitado y se hubiera infringido, la infracción no habría sido relevante ni habría impedido al socio solicitante formar adecuadamente la esencia de su manifestación de voluntad en relación con el acuerdo, ni esa infracción vulneraría los principios esenciales y configuradores del derecho societario.

(h) La ausencia de los administradores en la Reunión de la Junta tiene una cierta “justificación” moral que redunda en beneficio de la paz y el interés social aunque, sin duda, no se trate de una justificación legal que exima de cumplir el artículo 180 LSC.

(i) La obligación de repetir la Reunión de la Junta, sea porque los Títulos sean calificados con defectos subsanables o insubsanables (el efecto es el mismo) solo redundaría en la “decapitación” de la Compañía y de su órgano de administración, perjudicaría a los empleados y proveedores de la Compañía y obligaría a convocar nueva junta ordinaria del ejercicio 2022, lo que demoraría a la Compañía en el cumplimiento de su obligación de depósito de cuentas anuales.

Legitimación y representación

24. La legitimación de la Compañía para formular el presente recurso gubernativo deriva del artículo 67(a) del RRM, por ser la “persona a cuyo favor se hubiera de

practicar la inscripción". La representación voluntaria de la Compañía por parte de los tres administradores mancomunados deriva:

24(1) En cuanto a J. J. y J. B. G., de su nombramiento como tales en virtud de escritura otorgada el 8 de febrero de 2021 ante el notario que fue de Formentera Javier González Granado (protocolo 2021/110), inscrita en este registro desde el 25 de marzo de 2021 (inscripción 5.^a); y

24(2) En cuanto a D. B. P., deriva de su nombramiento como tal en virtud de acta de presencia y requerimiento otorgada el 25 de mayo de 2023 ante la notaria de Formentera Shadia Nasser García (protocolo 421/2023) y de escritura de aceptación de cargo ante la misma fedataria el 6 de junio de 2023 (protocolo 476/2023), causantes del asiento de presentación 518 del diario 63 de este registro, vigente.

25. Como dice la sentencia núm. 529/2020 de la AP de Burgos (...): "(e) artículo 214.3 de la LSC dispone que 'el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación'. A la vista del Acta Notarial (...) en la que se nombra administradores (...) se constata (...) que los nombrados aceptan el cargo (...). Aunque la inscripción (...) no se produce hasta el 28 de marzo de 2017, entendemos que se trata de una mera irregularidad que no priva de eficacia a los acuerdos adoptados en la Junta de 10 de marzo de 2017, antes de practicarse la inscripción del cargo de administrador". Nombramiento y aceptación son circunstancias que concurren en la elección de D. B. como administradora mancomunada, habiéndose presentado los Títulos a inscripción dentro del plazo del artículo 215(2) LSC, sin que la circunstancia de su provisional no inscripción, vigente el asiento de presentación, ponga en cuestión ni pueda enervar el efecto del artículo 214(3) LSC.

26. Sin perjuicio de lo anterior, J. J. y J. B. G., además de administradores mancomunados (de un órgano de tres administradores mancomunados), son apoderados mancomunados de la Compañía (requiriéndose la firma de solo dos de ellos) en virtud de escritura de poder otorgada el 29 de julio de 2021 ante el notario que fue de Formentera Javier González Granado (protocolo 2021/918), que causó la inscripción 7.^a de las de la hoja abierta de la Compañía en este registro. La facultad (I) de dicho apoderamiento literalmente dice lo siguiente:

"I) Representar a la Sociedad ante las oficinas del Estado, la Provincia, el Consell, el Municipio y Comunidades Autónomas firmando documentos de todas clases, así como ante toda suerte de Tribunales, Juzgados y Autoridades de cualquier clase y jerarquía, en cuantos juicios y expedientes tenga interés la Sociedad, civiles y penales, laborales, administrativos, contencioso administrativos o de jurisdicción voluntaria, con facultades para interponer toda clase de acciones y excepciones, presentar escritos, ratificarse, recusar, tachar proponer y admitir pruebas, interponer toda clase de recursos, ya ordinarios, ya especiales, incluso casación y revisión, otorgar transacciones judiciales y extrajudiciales, allanarse a las demandas contra la Sociedad y someter las cuestiones litigiosas al juicio de árbitros, así como asistir con voz y voto en juntas de suspensiones y quiebras, todo con la mayor amplitud y sin limitación alguna, en toda índole de procedimientos litigiosos, recursos expediente, cualquiera que sea el Tribunal, Organismo, Autoridad y Oficina ante quien proceda".

27. Tal facultad autoriza a J. J. y a J. B., actuando mancomunadamente, a interponer el presente recurso en este expediente en nombre de la Compañía a los efectos del artículo 67(a) RRM. Por tanto, subsidiariamente, para el improbable caso de que no se estimase la representación de los tres administradores mancomunados en virtud de de [sic] lo que se ha dicho en los párrafos 24 y 25 de este escrito, los señores J. J. y J. B. G. interponen este recurso en nombre de la Compañía en su calidad de apoderados mancomunados de la misma, al amparo del apoderamiento que se ha dicho en el párrafo 26 y que causó la inscripción 7.^a de las de la hoja de la Compañía en este registro.

La calificación que se interesa

28. A la vista de lo anterior se interesa una calificación positiva en relación con el artículo 180 LSC, en el sentido de que la infracción del mismo en la Reunión de la Junta no vicia de validez los acuerdos de la junta de la Compañía recogidos en los Títulos. A esa conclusión afirmamos que debe llegarse por una de las siguientes dos vías, que se formulan como principal y subsidiaria, respectivamente:

28(1) Porque a la Reunión de la Junta debe aplicársele la regla general del artículo 180 LSC: su infracción no determina la nulidad de la junta ni la nulidad del acuerdo; o subsidiariamente

28(2) Porque realizado el ejercicio de ponderación descrito en la STS 19.04.2016, modulado en su aplicación por la aprobación de la Ley 31/2014 se determine que la infracción del artículo 180 LSC no infringió el principio de relevancia de los artículos 204(3) y 197(5) LSC, ni los principios esenciales y configuradores del tipo societario a que se refiere la STS 20.12.2022».

V

Mediante escrito, de fecha 31 de agosto de 2023, el registrador Mercantil titular de Eivissa, don Francisco Javier Misas Tomás, emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria; 20 del Código de Comercio; 159, 160, 164, 178, 180, 191, 193, 196, 197, 204 y 225 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; 6 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia número 255/2016, de 19 de abril, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2011 y 29 de noviembre de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 y 22 de diciembre de 2022 y 15 de noviembre de 2023, entre otras.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible el acuerdo de nombramiento de una administradora mancomunada de una sociedad de responsabilidad limitada adoptado en junta general de socios a la que los administradores no han asistido.

El registrador fundamenta su negativa a la práctica de la inscripción en que, a su juicio, no cabe que los administradores, personas físicas, deleguen en un apoderado su deber de asistencia a la junta general, pues el artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital dispone de forma imperativa que «los administradores deberán asistir a las juntas generales» y la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2016 establece que «es claro que la asistencia de los administradores a las juntas generales forma parte de sus competencias orgánicas, por lo que no puede ser objeto de delegación mediante representación».

Los recurrentes alegan, en esencia: que los administradores no estuvieron representados en tanto que tales en la reunión de la junta, pues no permite la Ley dicha representación y los administradores nunca han pretendido haber estado representados en tal condición, y que, aunque se produjo una infracción del artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital por parte de los administradores mancomunados, que tiene consecuencias vía responsabilidad conforme al artículo 136 de dicha ley, no invalida los acuerdos adoptados por la junta general.

2. Indudablemente, la asistencia de los administradores a la junta general constituye un deber de éstos, como representantes orgánicos de la sociedad, en el ámbito de unas competencias que no pueden ser objeto de delegación -ni siquiera

mediante representación- en terceros que ni están sujetos al régimen de obligaciones propio de los administradores ni, en consecuencia, a su régimen de responsabilidad. Tanto la función fiscalizadora que compete a la junta general (artículos 160 y 164 de la Ley de Sociedades de Capital), como la obligación legal que los administradores tienen de informar a los socios (artículos 196, apartados 1 y 2, y 197, apartado 2, de la misma ley) y el deber general de diligencia (artículo 225) hacen necesaria la presencia de aquellos en la junta general.

Ahora bien, respecto de las consecuencias que la inasistencia de los administradores a la junta general tenga sobre la validez o nulidad de los acuerdos adoptados en ésta, debe tenerse en cuenta que, como admite el Tribunal Supremo en la Sentencia número 255/2016, de 19 de abril, dicha ley no prevé expresamente y en todo caso la sanción de nulidad de la junta por inasistencia del órgano de administración; incluso el artículo 191, referido a la mesa de la junta, admite implícitamente que los miembros del órgano de administración no estén presentes en la junta general, al disponer que sean los socios quienes puedan elegir como presidente y secretario a personas diferentes; y la ley concibe la junta general como una reunión de socios y su celebración se referencia en todo momento a la asistencia de éstos (artículos 159, 178 y 193).

Por ello, según dicha Sentencia, «la ausencia de los administradores sociales, como regla general, no puede ser considerada como causa de suspensión o nulidad de la junta general, puesto que ello sería tanto como dejar al albur de los administradores la posibilidad de expresar la voluntad social a través de las juntas generales, ya que les bastaría con no asistir para viciarlas de nulidad. Sin perjuicio de la responsabilidad en la que, en su caso, puedan incurrir, conforme al art. 236 LSC, por infracción del deber legal impuesto en el art. 180 de la misma Ley. Y por supuesto, con la posibilidad de que los socios consideren oportuna la suspensión o prórroga de la junta (art. 195 LSC) para lograr la asistencia de los administradores, por ejemplo para posibilitar el derecho de información».

«No obstante -añade el Alto Tribunal-, dicha regla general puede tener excepciones, por lo que no cabe una solución unívoca y terminante, puesto que, frente al supuesto básico de no suspensión o nulidad, habrá casos en que la ausencia de los administradores en la junta general podrá ser decisiva para la privación de alguno de los derechos de los socios que, precisamente, se ven satisfechos a través de la celebración de la junta. Por ello, habrá que ponderar según cada caso hasta qué punto la inasistencia de los administradores puede justificar la suspensión o incluso la nulidad de la junta que se hubiera celebrado en su ausencia».

Por lo demás, respecto de la posible violación del derecho de información, con las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en el artículo 204.3 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no procede la impugnación de acuerdos sociales por «la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante». El propio precepto permite corregir una aplicación indiscriminada de tales postulados añadiendo que son impugnables los acuerdos cuando se hayan infringido requisitos que por su naturaleza puedan ser considerados relevantes, determinantes o esenciales, circunstancia que debe resolverse incidentalmente con carácter previo al conocimiento del fondo del asunto (artículo 204 «in fine»). En definitiva, son las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho concreto las que han de permitir determinar si el derecho de información de los socios ha sido respetado en términos tales que sus derechos individuales hayan recibido el trato previsto en la ley.

3. En el presente caso, del contenido del único acuerdo inscribible adoptado en la junta general y del acta notarial de esta no resulta que la falta de asistencia de los administradores haya impedido el derecho de información ni haya violado ningún otro

derecho individual de los socios. Por ello, no puede considerarse que dicha ausencia de los administradores haya sido relevante para impedir la validez de los acuerdos adoptados en la junta general.

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, 27 de noviembre de 2023.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.