

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8621 *Resolución de 7 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil y de bienes muebles VI de Barcelona, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por don Juan Antonio Andújar Hurtado, notario de Barcelona, contra la nota de calificación del registrador Mercantil y de Bienes Muebles VI de Barcelona, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Hechos

I

Mediante escritura de elevación a público de acuerdos sociales autorizada el día 11 de diciembre de 2020 por el notario de Barcelona, don Juan Antonio Andújar Hurtado, se formalizó la reelección de miembros del consejo de administración y la aprobación de cuentas anuales correspondiente a la sociedad mercantil «Vitivinícola de Sant Cugat del Vallès, S.L.».

II

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

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

Hechos:

Diario/Asiento: 1343/84.

Fecha de la presentación: 23/12/2020.

Entrada: 40135388.

Sociedad: Vitivinícola de Sant Cugat del Vallès SL.

Documento calificado: escritura otorgada el día 11/12/2020, Notario don Juan Antonio Andújar Hurtado, número 3479 de protocolo.

Fecha de la calificación: 14/01/2021.

Fundamentos de Derecho (defectos):

Según la hoja registral de la sociedad, el Consejo de administración fue nombrado en fecha 26 de junio de 2014, por el plazo de seis años, por lo que, en aplicación del artículo 145.2 del Reglamento del Registro Mercantil, constan caducados desde el día 31 de octubre de 2020. (Resolución de la consulta a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de junio de 2020). La subsistencia de las facultades de los administradores, a efectos de poder convocar las juntas generales, una vez que ha concluido el plazo de vigencia de sus cargos, sólo es admisible durante el tiempo que media entre la fecha en que expira su mandato y hasta la siguiente junta que se celebre

—o hubiese debido celebrarse— para la aprobación de las cuentas anuales —el ejercicio social cierra a 31 de diciembre—.

En consecuencia, no están legitimados para convocar la Junta General celebrada (cualquier socio podrá solicitar del Juez de lo mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general a los solos efectos del nombramiento de cargos).

(Artículos 166, 167, 169, 171, 221.2 y 222 de la Ley de Sociedades de capital, artículos 6, 7, 58, 144 y 145 del Reglamento del Registro Mercantil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 1998, 15 de febrero de 1999, 25 de febrero de 2000, 24 de enero de 2001, 30 de octubre de 2009, 8 de febrero de 2012 y 4 de febrero de 2015; Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2012, 9 de diciembre de 2010 y 5 de julio de 2007).

El defecto consignado tiene carácter insubsanable.

Contra la presente calificación (...)

El registrador, José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, Registrador Mercantil n.º 6 de Barcelona».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Juan Antonio Andújar Hurtado, notario de Barcelona, interpuso recurso el día 9 de febrero de 2021 en virtud de escrito y en base a los siguientes argumentos:

«Fundamentos de Derecho:

Primero. El objeto de este recurso consiste en resolver si un retraso de 11 días naturales en la realización de la convocatoria de una Junta General de una sociedad, realizada el día 11 de noviembre de 2020, por parte de los miembros de un Consejo de Administración cuyos cargos habían caducado el 31 de octubre de 2020, representa un obstáculo insalvable para la inscripción de los acuerdos adoptados en dicha Junta cuando, a la vista de las circunstancias que concurren en el caso concreto de la Junta celebrada, ningún interés social ni individual de socios ni de terceros se puede considerar lesionado por el retraso en la realización de la convocatoria.

Segundo. Se reconoce como hecho indubitado que los miembros del Consejo convocante, nombrados en fecha 26 de junio de 2014, por plazo de 6 años, tenían su cargo vencido a fecha 26 de junio de 2020, si bien su cargo se podía considerar prorrogado en base a lo establecido en el artículo 222 de la vigente Ley de Sociedades de Capital hasta la siguiente junta que hubiera aprobado las cuentas anuales del ejercicio social anterior, o hasta el plazo en que ésta se hubiera debido celebrar (como sucede en este caso), que era hasta el 31 de octubre de 2020, por aplicación de los artículos 40.3 y 40.5 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgente extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social por el COVID-19.

Tercero. La Junta cuyos acuerdos son objeto de elevación a público en la escritura por mí autorizada, fue convocada por los miembros del Consejo de Administración anterior -caducados, como así se reconoce en la propia acta de Junta, a fecha 31 de octubre de 2020-, pero sólo 11 días naturales después de esta fecha, por una serie de vicisitudes internas de la sociedad que son relevantes en este caso, como eran, en esencia, el elevado número de socios de la sociedad (alrededor de 400 socios, debido a que muchos de ellos son hoy herederos de segunda generación de socios fallecidos), así como su avanzada edad media -en torno a los 75 años-, que necesitaba de un lugar grande, amplio y adecuado para la celebración de la Junta en cuestión a fin de mantener las adecuadas medidas de distancia de seguridad e higiene, que retrasó la posibilidad de convocar Junta hasta que fue acordada su celebración en un salón de actos del Hotel (...), donde finalmente se celebró.

También es relevante a este respecto la delicada situación financiera y de solvencia de la sociedad cuya Junta se celebraba que requería de la preparación de una precisa

documentación contable la cual, debido a la situación de pandemia general, se ralentizó más de lo deseable.

Cuarto. En cualquier caso, una vez preparada la documentación contable necesaria, así como encontrado un lugar adecuado para la celebración de la Junta, el Consejo de Administración, cuyos cargos estaban caducados desde el 31 de octubre de 2020, se reunió y procedió en fecha 11 de noviembre de 2020 a realizar la convocatoria de la Junta, en la forma prevista en los Estatutos, y con la máxima garantía de publicidad posible, a través de la publicación de anuncios de convocatoria en el BORME y en un diario de gran circulación en el domicilio social.

Si bien no se refleja en la escritura -por innecesario-, el Consejo de Administración consideró que 11 días naturales desde la caducidad de los cargos se podía considerar un tiempo irrelevante y de escasa duración desde la caducidad (31 de octubre 2020) como para que una convocatoria extemporánea de la Junta por una caducidad muy reciente de los miembros del Consejo de Administración, llevase a una nulidad de los acuerdos adoptados, cuando, como resulta de los acuerdos documentados, la Junta se celebró con asistencia de casi un 60% del capital social, lo que indica que la convocatoria de la Junta llegó correctamente a conocimiento de todos los socios, la mayoría de los cuales decidió acudir a la Junta convocada.

Resulta también relevante señalar que la convocatoria de Junta realizada por el Consejo de Administrador caducado pero de hecho, se realizó exclusivamente con los únicos puntos del orden del día necesarios para volver a disponer de un órgano de administración en la sociedad a través de la reelección de los miembros del Consejo vigente (salvo la sustitución de uno de ellos, fallecido), así como la aprobación de cuentas anuales del ejercicio anterior para evitar el cierre de la hoja registral por falta de depósito de las cuentas. La convocatoria se realizó, por tanto, con la única finalidad de mantener operativa la empresa.

Quinto. El Registrador Mercantil, haciendo aplicación de los plazos estrictos de vigencia de los cargos del Consejo considera que la Junta no ha sido convocada regularmente y califica que los miembros del Consejo de Administración «no están legitimados para convocar la Junta General celebrada», y en una aclaración posterior de la calificación inicial, añade que «la falta de competencia de quienes han realizado la convocatoria por tener sus cargos caducados determina la nulidad de la Junta y la ineficacia de los acuerdos en ella adoptados».

Sexto. 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 a las siguientes consideraciones:

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, 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 por todas, la STS 784/2010 de 9 de diciembre, incluso alegada por el propio Registrador en su calificación, la cual, en su primer motivo de casación, considerandos 36 y 37, señala textualmente que:

"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 acefalía funcional del órgano de administración, razones pragmáticas ya tenidas en

cuenta en la sentencia 771/2007, de 5 de julio (RJ 2007, 3875), 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 (RCL 1995, 953), 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 (RCL 2005, 2199), 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.

37. Partiendo de la anterior premisa, el hecho de que la convocatoria efectuada por los administradores con cargo caducado comprendiese, además del dirigido a la regularización del órgano de administración, otros extremos, en modo alguno determina la nulidad radical e indiscriminada de toda la convocatoria, ni supone un obstáculo para la validez de los actos dirigidos a aquel fin."

En términos semejantes se pronuncia la Resolución de este Centro Directivo de fecha 8 de febrero de 2012 (BOE 5 de marzo de 2012), cuando señala que:

"(...) aunque es cierto, como afirma el recurrente, que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que los defectos formales de convocatoria deben considerarse subsanados siempre que sean de tal cariz que no comprometan los derechos individuales de los socios, especialmente sus derechos de asistencia y voto, no lo es menos que esta doctrina se ha dictado sin merma de la premisa esencial de que la convocatoria de la junta haya sido realizada por persona legitimada para hacerlo. (...)

Nuestro Tribunal Supremo ha reiterado en múltiples ocasiones (vid. 'Vistos') que la convocatoria de la Junta es competencia del órgano de administración de conformidad con las previsiones legales por lo que cuando existe un Consejo de Administración es su competencia (y no de su presidente) llevarla a cabo. Es cierto que razones de conservación de la empresa han llevado a la aceptación de convocatorias por Administradores que no estaban amparados por el previo acuerdo del Consejo, pero el propio Alto Tribunal limita su doctrina a los supuestos de Administradores con cargo caducado (vid. Sentencia de 5 de julio de 2007). (...)"

Conforme a las anteriores consideraciones, y a nuestro modo de ver, dictaminar que 11 días naturales de retraso implican la nulidad de los acuerdos adoptados, obligando a una nueva convocatoria a través del Registro Mercantil o del Juez Mercantil, incurriendo en nuevos costes para una nueva celebración de Junta y a una nueva organización de agenda y lugar de celebración que aún será complicada dada la persistencia de la pandemia por COVID-19 en nuestro entorno, consideramos que penaliza a la empresa (en tiempo y coste) sin que ningún interés social ni individual se vea mejor protegido con una nueva convocatoria salvo el formalismo legal de cumplir escrupulosamente un plazo legal.

Inexistencia de causa de impugnación de los acuerdos adoptados.

Y si la doctrina anterior del mantenimiento de los acuerdos sociales cuando no hay lesión para intereses individuales de socios o accionistas ni propios de la sociedad no fuera suficiente, podemos añadir que, de la lectura del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital, el hecho de que los miembros «de hecho» del Consejo de

Administración convoquen Junta 11 días naturales después de la caducidad de sus cargos, no parece causa o motivo de impugnación de acuerdos sociales adoptados, conforme a la lectura del artículo 204.3, pues la falta de vigencia de los cargos de los convocantes -que son los miembros anteriores del Consejo de Administración, salvo uno de ellos fallecido-, no aparece como excepción a la no impugnabilidad de acuerdos sociales que establece dicho artículo de la Ley de Sociedades de Capital.

Señala dicho artículo que:

"3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:

a) 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.

b) La 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 por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.

c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.

d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible."

A nuestro modo de ver, el hecho de una convocatoria realizada por los mismos miembros del Consejo de Administración caducados 11 días antes, que lo siguen siendo «de hecho», habiéndose respetado escrupulosamente el plazo y forma de convocatoria, no parece que ni siquiera sea un defecto relevante para la impugnación de los acuerdos adoptados conforme a la lectura del artículo antes citado.

Y es que no todos los intereses jurídicos que se protegen en la convocatoria de una Junta tienen la misma relevancia. Así, los derechos de información previa a que tienen derecho los socios o accionistas en relación a los distintos puntos del orden del día a debatir y votar, o el respecto del medio de información y noticia de la convocatoria de una Junta, así como el plazo mínimo de antelación para la celebración de la Junta, que tiene que ser escrupulosamente respetado a fin de que los socios puedan adquirir conocimiento de la Junta convocada y poder formarse una opinión sobre los asuntos a debatir, parecen insalvables.

También sería insalvable una convocatoria de Junta hecha por quien no tiene absolutamente legitimación para convocarla, pasando por encima y solayando [sic] la competencia natural orgánica de los miembros vigentes de un órgano de administración.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, ninguno de esos derechos esenciales (información, publicidad y forma de convocatoria o absoluta falta de competencia en la convocatoria) concurre en el caso. Tan solo sucede que los miembros del Consejo de Administración caducado -y que continúan de hecho en el ejercicio de su cargo-, convocan la Junta para la reelección de los miembros vigente del Consejo de Administración -salvo el nombramiento de persona que sule al miembro fallecido-, y para la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio anterior, es decir, para el mantenimiento de la vida económica y jurídica de la empresa, tan solo 11 días naturales después de la caducidad de su cargo (...)

Se hace constar también que, a la presentación de las cuentas anuales de la empresa, correspondientes al ejercicio 2019, aprobadas en la Junta cuyos acuerdos fueron documentados en la escritura por mí autorizada y objeto de este recurso, les ha

sido denegado su depósito, por el mismo fundamento de no haberse aprobado dichas cuentas en una Junta regularmente convocada, y por los mismos motivos alegados por el Registrador frente a la escritura que eleva a público dichos acuerdos.

Dada la identidad de razón entre una calificación registral y otra, y dada la conexión lógica y jurídica entre ambos documentos calificados, solicitamos del Registrador Mercantil (y en su caso de la Dirección General) que, si los acuerdos documentados en la escritura por mí autorizada fuesen inscribibles, se resolviese igualmente admitir el depósito de las cuentas anuales cuyo depósito ha sido rechazado en el Registro.»

IV

El registrador Mercantil emitió informe el día 10 de febrero de 2021, mantuvo la nota de calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 166, 169, 171 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; 326 de la Ley Hipotecaria; 145.1 y 192.2 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, 3 de marzo de 1977, 5 de julio de 2007, 23 de octubre de 2009, 9 de diciembre de 2010 y 23 de febrero de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968, 12 de mayo de 1978, 13 de mayo de 1998, 15 de febrero de 1999, 25 de febrero de 2000, 21 de enero de 2001, 8 de febrero y 19 de julio de 2012 y 4 de febrero de 2015.

1. El objeto de este recurso consiste en resolver si es válida la junta general convocada para proceder al nombramiento de administradores y aprobación de las cuentas anuales de una sociedad, realizada el día 11 de noviembre de 2020, por parte de un consejo de administración cuyos cargos habían caducado el 31 de octubre de 2020, y si por ende representa un defecto insubsanable para la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos adoptados en dicha junta.

El registrador entiende que el órgano de administración ya no estaba legitimado para convocar la junta general celebrada, sin perjuicio de que cualquier socio pueda solicitar del juez de lo Mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general a los solos efectos del nombramiento de cargos.

El notario recurrente invoca que en el caso concreto de la junta celebrada ningún interés social ni individual de socios ni de terceros se puede considerar lesionado por el retraso en la realización de la convocatoria.

Se reconoce como hecho indubitado que los miembros del consejo convocante, nombrados en fecha 26 de junio de 2014, por plazo de 6 años, tenían su cargo vencido a fecha 26 de junio de 2020, si bien su cargo se podía considerar prorrogado en base a lo establecido en el artículo 222 de la vigente Ley de Sociedades de Capital hasta la siguiente junta que hubiera aprobado las cuentas anuales del ejercicio social anterior, o hasta el plazo en que ésta se hubiera debido celebrar (como sucede en este caso), que era hasta el 31 de octubre de 2020, por aplicación de los artículos 40.3 y 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

2. Se trata de una cuestión sobre la que existe doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, citada por la Sentencia del Tribunal Supremo número 784/2010, de 9 de diciembre, invocada tanto por el registrador como por el recurrente.

Como ya señalara la Resolución de 4 de febrero de 2015 (citando otras muchas anteriores señaladas en los «Vistos») la facultad de convocatoria de la junta general está reservada legalmente al órgano de administración con carácter exclusivo, según el

artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital, al margen de supuestos singulares como el relativo a la sociedad en fase de liquidación –como resulta del mismo precepto legal–, el de convocatoria judicial (hoy ante el letrado de la Administración de Justicia o registrador Mercantil, artículos 169 y 171, párrafo primero, de la Ley de Sociedades de Capital) o el de órgano de administración incompleto y con objetivo limitado (como dispone el párrafo segundo del artículo 171 de la misma ley).

Si la convocatoria en debida forma es presupuesto de la válida constitución de la junta general, la falta de competencia de quien haya realizado aquélla determinará la invalidez de la reunión y la ineficacia de sus acuerdos.

Es cierto que este Centro Directivo ha sentado la doctrina (Resolución de 24 de junio de 1968), que el mero transcurso del plazo para el que los administradores fueron elegidos no implica, por sí solo, el cese del conjunto de obligaciones anejo a su cargo cuando no existe otra persona que legítimamente pueda cumplirlas.

El carácter permanente del órgano de administración de la sociedad justifica sobradamente que aun vencido el plazo subsista el deber de diligencia de la persona que tiene encomendada la función de gestión de la sociedad, quien debe proveer lo necesario para que la vida social no sufra una paralización y el perjuicio inherente a una situación semejante.

Fruto de esta doctrina fue la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 145 y posteriormente de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (artículo 60.2), así como de la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 126.3 cuyo texto, con mínimas variaciones, constituye en la actualidad el artículo 222 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: «El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior».

También es cierto que según la jurisprudencia, en aras a los principios de conservación de la empresa y de estabilidad de los mercados así como la finalidad 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 imponen reconocer, dentro de ciertos límites, a quienes de hecho administran la sociedad facultades para convocar junta dirigida a regularizar los órganos de la sociedad (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2007, 23 de octubre de 2009, 9 de diciembre de 2010 y 23 de febrero de 2012).

3. Esta interpretación se adapta plenamente con lo señalado en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 que, en relación a la competencia para convocar junta general en la sociedad anónima, afirma en su fundamento de Derecho quinto, como regla general:

1.º Que la competencia para convocar la junta general de una sociedad anónima está atribuida a salvo supuestos especiales que la propia ley regula, a sus administradores, a tenor de lo que dispone hoy el artículo 166 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio: «La junta general será convocada por los administradores y, en su caso, por los liquidadores de la sociedad», y en la fecha en la que se desarrollaron los hechos litigiosos en el artículo 94 de la Ley de Sociedades Anónimas: «Las juntas generales podrán ser ordinarias o extraordinarias y habrán de ser convocadas por los administradores de la sociedad».

2.º Que el cargo de administrador es temporal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «Los administradores de la sociedad anónima ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos», y en el artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas en la redacción vigente en la fecha de la convocatoria de la junta General: «Los administradores ejercerán su cargo durante el

plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de cinco años. Podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración máxima».

3.º Que la convocatoria regular constituya y constituye un presupuesto para la válida constitución de la junta de conformidad con lo previsto en el artículo 93.1 de la propia Ley de Sociedades Anónimas: «Los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta», bien que no estará de más significar que el artículo 164 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, sustituye la referencia «debidamente convocada» por la de «previamente convocada»: «La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado».

Las consecuencias que derivan de tales premisas son –según el Alto Tribunal– las siguientes:

1.º En primer lugar que cuando el órgano de administración está formado por un consejo de administración, la junta general debe ser convocada por éste, afirmándose en la Sentencia número 713/1999, de 29 de julio: «Se debe advertir el claro formalismo que preside el régimen de la sociedad anónima que no permite soslayar el artículo 94 (...) la concreta convocatoria (...) la ha de hacer el órgano de administración correspondiente», y en la número 688/2009, de 30 de octubre, que «la doctrina jurisprudencial de esta Sala dictada en aplicación del art. 100 de la TRLSA (y de la norma correspondiente del régimen jurídico anterior) –entre otras, SS 25 de febrero de 1986, 24 de febrero de 1995, 8 de octubre de 2001, 24 de diciembre de 2002 y 4 de marzo de 2005– entiende que la facultad, o deber, de convocar las Juntas Generales de la Sociedad corresponde al Consejo de Administración».

2.º En segundo término, la irregularidad de la convocatoria realizada por administradores con cargo caducado; y

3.º Finalmente, la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta irregularmente convocada.

Frente a esta regla general el Tribunal Supremo 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 acefalía 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.»

4. En el presente caso, los miembros del consejo convocante fueron nombrados en fecha 26 de junio de 2014, por plazo de 6 años, teniendo su cargo vencido a fecha 26 de junio de 2020, si bien su cargo se podía considerar prorrogado en base a lo establecido en el artículo 222 de la vigente Ley de Sociedades de Capital hasta la siguiente junta que hubiera aprobado las cuentas anuales del ejercicio social anterior, o hasta el plazo en que ésta se hubiera debido celebrar (como sucede en este caso), que era hasta el 31 de octubre de 2020, por aplicación de los artículos 40.3 y 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgente extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social por el COVID-19.

La junta fue convocada por los miembros del consejo de administración anterior - caducados, como así se reconoce en la propia acta de junta, a fecha 31 de octubre de 2020-, el día 11 de noviembre de 2020, es decir, 11 días naturales después de esta fecha.

Atendiendo a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, debe considerarse que el órgano de administración vencido y no caducado (cfr. artículo 222 de la Ley de Sociedades de Capital) es un órgano de administración de derecho, con pleno ejercicio de las funciones que le son inherentes.

Caducado el nombramiento del órgano de administración, debe entenderse, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente expuesta y con el objetivo de evitar la afección de la sociedad, que el órgano de administración funciona de hecho, con facultades para convocar junta con la exclusiva finalidad de nombrar a los miembros del órgano de administración.

5. En el caso debatido la junta se convoca no solo para el nombramiento de administradores, sino también para la aprobación de las cuentas anuales.

Si se tiene en cuenta que la aprobación de las cuentas anuales es una materia sobre la que la junta, de conformidad con el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital, debe tratar necesariamente en cada ejercicio, y que por tanto es un punto del orden del día de inserción obligatoria en la convocatoria, sin perjuicio de que se pudiera tratar en otra junta, llegamos a la conclusión de que la validez de la convocatoria admitida para la renovación de los administradores, se puede extender a la aprobación de las cuentas anuales, de modo semejante a como hizo la Resolución de este Centro Directivo de 22 de octubre de 2020, admitiendo que en una convocatoria hecha por un único administrador mancomunado, conforme al artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, se admitiera el punto del orden del día relativo al cambio del órgano de administración, por constar claramente en el anuncio de convocatoria, circunstancia que concurre en el caso examinado.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, deben tenerse en cuenta en el presente expediente las especiales circunstancias concurrentes derivadas de la pandemia producida por el COVID-19 y del alto número de socios que dificultaba la posibilidad de encontrar un lugar adecuado para la celebración de la junta.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación.

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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 7 de mayo de 2021.-La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.