

Audiencia Provincial Civil de Madrid Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2018/0060730

Recurso de Apelación 414/2022

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Madrid
Autos de Juicio Verbal (250.2) 497/2018

APELANTE: ADIANTE TECNOLOGIA INGENIERIA Y SERVICIOS S.A.

PROCURADOR D. RAFAEL GAMARRA MEJIAS

LETRADO D. FERNANDO CALBACHO LOSADA

APELADO: DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. RAFAEL FUENTES DEVESA

SENTENCIA N° 204/2023

En Madrid, a tres de marzo de dos mil veintitrés.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 414/2022, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de octubre de 2021 dictada en el juicio verbal núm. 497/2018 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como parte apelante ADIANTE, TECNOLOGÍA, INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.A. y como apelada la DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (ahora denominada DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA REGISTRAL); ambas partes representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don Rafael Fuentes Devesa, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de ADIANTE, TECNOLOGÍA, INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.A en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictase sentencia

“que anule y deje sin efecto la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 31 de enero de 2018, publicada en el BOE nº 39, de 13 de febrero de 2018, que confirmó la calificación negativa del registrador mercantil de Madrid don Luis María Stampa Piñero, y, en su virtud, se estime el recurso gubernativo interpuesto en su día por ésta parte y se ordene la inscripción de la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de la demandante, otorgada ante el Notario don Luis Núñez Boluda, con fecha 28 de julio de 2017, con el número de protocolo 1349, con imposición de costas a la parte que se oponga a la demanda”.

SEGUNDO. - Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó sentencia, con fecha 22 de octubre de 2021, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

“Que, desestimando la demanda interpuesta por ADIANTE, TECNOLOGÍA, INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.A., deniego la impugnación de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 31 de enero de 2018.

No se hace imposición de las costas causadas”.

TERCERO. - Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación al que, una vez admitido a trámite, se opuso la parte demandada. Tramitado en forma legal el recurso de apelación y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, se ha formado el presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 2 de marzo de 2023.

CUARTO. - En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Planteamiento

1.El objeto del litigio versa sobre la impugnación de la resolución de la DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (en abreviatura DGRN y ahora denominada DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA REGISTRAL) de fecha 31 de enero de 2018 por la que se confirma la denegación de la inscripción de los acuerdos sociales de 28 de julio de 2017 adoptados por la sociedad ADIANTE, TECNOLOGÍA, INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.A (en lo sucesivo ADIANTE)

Para su comprensión resulta conveniente partir de los antecedentes fácticos recogidos en la sentencia - no cuestionados- y que son los siguientes:



i) el consejo de administración de ADIANTE convocó junta general para el día 24 de julio de 2017 en primera convocatoria y el 25 en segunda. Los anuncios de la convocatoria se publicaron el 22 de junio de 2017 en el BORME y en un diario

ii) el accionista CASA RELLÓN INGENIEROS, S.L., con un 10.588% del capital social, solicitó la presencia de notario en la junta, así como un complemento de convocatoria el 26 de junio mediante notificación fehaciente enviada al consejo, a fin de que incluyese los siguientes acuerdos en el orden del día:

- aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2016, de la aplicación del resultado y de la gestión social
- cese de los consejeros don Juan Luis Ontiveros y don Gonzalo Clemente Pita por la existencia de un conflicto de interés con la sociedad, y nombramiento de nuevos consejeros en sustitución de los cesados.

iii) el presidente del consejo de administración y consejero delegado de ADIANTE solicitó al consejero y secretario del consejo que convocara una reunión del consejo para el 5 de julio con el fin de dar curso a las solicitudes incluidas en el complemento, sin que se pudiera celebrar por falta de quórum (dado que los consejeros D. Gonzalo Clemente y D. Juan Luis Ontiveros decidieron no acudir a la reunión, según manifestaciones recogidas en el acta de la junta general)

iv) el consejero delegado solicitó la presencia de notario en la junta y dio curso al complemento de convocatoria, publicándose los nuevos puntos del orden del día en la misma forma que la convocatoria originaria.

v) la junta general se celebró el día y hora señalado, con aprobación de la totalidad de los puntos del orden del día, siendo levantada acta notarial por el notario requerido.

vi) otorgada escritura pública de los acuerdos adoptados y presentada para su inscripción en el Registro Mercantil, se emitió calificación negativa por no existir acuerdo del consejo de administración para acordar el complemento de convocatoria de la junta ni para requerir la presencia de notario, que estima que son facultades del consejo de administración no delegables

vii) la mercantil formuló contra dicha calificación el recurso contra la DGRN, que lo desestimó en la resolución de 31 de enero de 2018. En extracto, de una parte, considera que el monopolio del órgano de administración sobre la convocatoria de junta general y elaboración del orden del día y propuesta de acuerdos se extiende al supuesto en que exista una solicitud de complemento de convocatoria por la minoría, y en cuanto a la obligación de los administradores para requerir la presencia de notario, descarta que se trate de una facultad que pueda ser ejecutada por el consejero delegado, por tratarse de una obligación vinculada a la convocatoria de la junta y por tanto indelegable por el consejo de administración.

2. La demanda pide la revocación de la RDGRN de 31.1.2018. En esencia sostiene que atender la petición de complemento del orden del día del socio y la solicitud de la presencia de notario en la junta interesada por la minoría no es facultad exclusiva e indelegable del consejo de administración, de modo que puede ser realizado por el consejero delegado, especialmente cuando el consejo de administración no ha podido reunirse para decidir sobre la cuestión, como es el caso.



3.La Abogacía del Estado en su contestación, en esencia, viene a reafirmar los fundamentos vertidos por el Centro Directivo

4.La sentencia, al margen de la fijación fáctica, en su análisis jurídico contrapone los argumentos de la RDGRN impugnada y los de la demanda

En lo tocante a la ampliación de la convocatoria, parece que no viene a compartir el argumento de la RDGRN relativo a la extensión del monopolio del órgano de administración sobre convocatoria de junta general y elaboración del orden del día y propuesta de acuerdos a la solicitud de complemento de convocatoria por la minoría. Aduce

«atendiendo a la finalidad de la norma, la interpretación lógica es que la elaboración del orden del día a la que se refiere el art. 249 bis j) sea la de la creación ex novo del mismo, la decisión de sobre qué puntos debe pronunciarse la junta, mientras que cuando estamos ante un complemento de convocatoria el administrador no decide qué puntos deben incluirse en el orden del día, sino que únicamente lleva a cabo un control de ausencia de interés social o de abuso del derecho en los propuestos (además del resto de requisitos formales necesarios para que deba darse curso al complemento), por lo que no hay propiamente una elaboración.»

6.1.5. Lo anterior lleva a concluir que la equiparación entre convocatoria y complemento de la misma no es tan evidente o automática como presupone la resolución impugnada. No obstante, de lo que no cabe dudar es de que el complemento de convocatoria es asimismo una competencia del órgano de administración.»

Admite que la función del órgano de administración en el complemento de convocatoria implica una labor de control, depuración o filtrado, pero considera (a) que el control puramente formal (ya sea por congruencia del acuerdo propuesto con otros que ya figuren en el orden del día, ya sea porque la propuesta de acuerdo utilice una terminología improcedente) no permite confundirlo con la elaboración del orden del día a que se refiere el art. 249 bis j) a efectos de considerar esa competencia como indelegable y (b) respecto de la depuración material, que implica un examen de compatibilidad del complemento interesado con el interés social o de un posible abuso de derecho, no se llega a decantar directamente entre las dos alternativas (si este control lo debe hacer de forma exclusiva e indelegable el consejo de administración, o si cabe excepcionalmente que se realice por su consejero delegado en un caso como el presente en que aquel, convocado, no se llega a reunir) al no constar esa competencia delegada en el caso presente. Argumenta lo siguiente

«en todo caso, en el supuesto de autos no sería posible la inscripción de los acuerdos, porque el consejo de administración no había delegado en el consejero delegado la facultad de decidir sobre un complemento de convocatoria o sobre la presencia de Notario solicitada por los socios, ni siquiera con carácter subsidiario a aquel»

Y añade tras la cita del art. 249.2 TRLSC *«En realidad, la cuestión que se está suscitando en este pleito debería suscitarse en el intento de inscripción del acuerdo de delegación de las citadas facultades. En el presente caso, no existiendo acuerdo de delegación inscrito no cabe admitir una actuación del consejero delegado que es competencia del consejo de administración y que no ha sido delegada en el mismo conforme al art. 249.2».*

Afirma, frente al parecer de la sociedad actora, que para que el consejero delegado, en defecto de reunión del consejo de administración, pudiera dar curso al complemento de convocatoria o acordar la presencia de Notario en la junta es necesaria una delegación expresa, con quórum reforzado e inscripción constitutiva. Consecuencia de ello es la



desestimación de la demanda de impugnación *«en cuanto los acuerdos se adoptaron por el ejercicio por parte del consejero delegado de facultades del consejo de administración que éste no le había delegado en forma»*

5.Frente a esta se alza la actora por los siguientes extractados motivos: 1º) incongruencia y 2º) error en la valoración de la prueba

6.La DGRN no solo formula oposición, sino que procede a impugnar la sentencia. Al considerar que esta no se pronuncia sobre el aspecto esencial de la RDGSJFP referente a si puede o no delegarse en el consejero delegado la facultad de completar el orden del día de la Junta y acordar a la presencia de notario, pide que la Audiencia Provincial de Madrid se pronuncie de forma expresa sobre la conformidad a Derecho de la RDGSJFP al no resultar delegable esa facultad de completar el orden del día y acordar la presencia de Notario en la junta en el consejero delegado

7.En el traslado conferido, la apelante se opone al escrito de impugnación.

SEGUNDO. - Incongruencia

1.El recurso achaca que la sentencia resulta incongruente al desestimar la demanda por la ausencia de acuerdo de delegación inscrito por el que el consejo de administración delegue en el consejero delegado la facultad de decidir sobre un complemento de convocatoria o sobre la presencia de notario solicitada por los socios. Y ello porque sostiene que esa cuestión no había sido objeto de controversia ni en el trámite registral, ni a ella se refiere la RDGRN ni se suscita en el procedimiento verbal seguido contra esta, al no cuestionarse que la existencia de la delegación de facultades.

Valoración del Tribunal

2. Es conocido que el artículo 218.1 LEC exige que

"Las sentencias deben ser ... congruentes con las demandas y las demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan ... decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate".

Por todas, las SSTS 450/2016, de 1 de julio y 165/2020, de 11 de marzo recuerdan

"Con carácter general, venimos considerando que "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia" (Sentencias 173/2013, de 6 de marzo). "De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("infra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito" (Sentencias 468/2014, de 11 de septiembre, y 375/2015, de 6 de julio)."

Tratándose de sentencias desestimatorias, la STS 722/2015, de 21 de diciembre, completa lo anterior en los términos siguientes

"En el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia que "las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el



juzgador" (Sentencias 476/2012, de 20 de julio , y 365/2013, de 6 de junio). De tal forma que, como puntualiza esta última Sentencia 365/2013, de 6 de junio, "la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado"

3. Aunque aquí estamos ante una sentencia absolutoria, que en principio no resulta incongruente, ciertamente entendemos que esta sí lo es por concurrir el supuesto excepcional que contempla la jurisprudencia citada y es que se ha resuelto atendida una razón (ausencia de delegación expresa en favor del consejero delegado) que no era objeto de debate.

La discrepancia no era si había o no delegación inscrita expresa y concreta de esas facultades (eso no era controvertido), sino si , admitida la existencia de una delegación inscrita, dentro de las facultades delegadas en general estaba comprendida la de atender la solicitud de complemento de convocatoria y la de solicitar la presencia de notario en la junta, por ser delegables (tesis de la compañía) o , por el contrario, que no estaba comprendida por ser facultades exclusivas del consejo de administración y no delegables (tesis del Centro Directivo) .

Al resolver de esa forma, con alteración de los términos en que discurrió el debate, con apreciación de un motivo no planteado por la demandada, se causa indefensión a la parte actora. En ningún momento se cuestionó por la DGRN que no bastase la delegación genérica; lo que se negaba era la posibilidad misma de delegación de esas facultades. Por ello la oposición a la apelación en este particular no puede prosperar

4.La consecuencia de apreciar esta incongruencia es que , al prescindirse de esa razón que justifica la decisión judicial, el Tribunal debe analizar el fondo de asunto tal y como delimitado por las partes en los términos antes dichos , esto es, verificar si las facultades de atender la solicitud de convocatoria y la de solicitar la presencia de notario en la junta, interesada por un socio son delegables, según defiende la apelante, o , por el contrario, indelegables, según postura de la DGSJFP

Ello hace que pierda en buena parte sentido el motivo de apelación relativo al error en la valoración de la prueba y la impugnación de la sentencia por la apelada

TERCERO. - Error en la valoración de la prueba

1. Se dice en el recurso de apelación que se ha cometido un error en la valoración de la prueba documental nº 6 consistente en la escritura pública de 4 de marzo de 2014 en la que se elevaba a público el acuerdo de la sociedad (en su anterior denominación) relativo a la designación de consejero delegado en la que se hace constar que "*se delegan todas las facultades del Consejo de Administración legal y estatutariamente delegables*" (acuerdo 2º)

Valoración del Tribunal

2.No negada en la sentencia la existencia del acuerdo de delegación de facultades del consejo de administración de ADIANTE y su inscripción en el Registro Mercantil, más que un error de valoración de prueba lo que suscita este motivo es una discrepancia jurídica acerca del alcance de la delegación.



Ello es así porque, en definitiva, lo que se sostiene en el recurso es que el juez, al exigir una delegación expresa de las facultades cuestionadas (la de atender la solicitud de complemento de convocatoria y la de solicitar la presencia de notario en la junta, interesada por un socio) está vulnerando lo prescrito en los arts. 249 LSC y 149.1 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM); precepto este último según el cual

“La inscripción de un acuerdo del consejo de administración relativo a la delegación de facultades [...] deberá contener bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables”.

3. Compartimos con el recurrente que si el consejo de administración había designado a un consejero delegado, y le había atribuido todas las facultades legalmente delegables, esta delegación comprende también atender la solicitud de complemento de convocatoria y la presencia de notario a instancia de socio, para el caso de que se considere que las mismas resultan facultades delegables. No es preciso que aparezcan expresamente particularizadas como facultades delegadas, dado que el art. 149.1 RRM no lo precisa, al habilitar la inscripción de un acuerdo del consejo de administración en el que se exprese que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables, esto es, una delegación global, como es el caso. La controversia es si son o no delegables

4. Que ello es así lo corrobora el que ni el Registrador inicialmente ni la DGRN después, suscite cuestión alguna acerca de la exigencia de identificación o particularización de las facultades delegadas. No niegan la competencia del consejero delegado por ello, sino que estiman que son indelegables

5. Por tanto, y retomando lo dicho en el fundamento anterior, lo que debe solventarse es si dentro de la delegación de facultades inscrita en el Registro Mercantil están comprendidas o no las aquí cuestionadas, o dichos de otra manera, si son o no delegables la facultad de atender la solicitud de complemento de convocatoria y la de atender la solicitud de presencia de notario en la junta

CUARTO. -La impugnación de la sentencia

1. Como hemos anticipado, la DGRN no solo formula oposición, sino que procede a impugnar la sentencia. Al considerar que esta no se pronuncia sobre el aspecto esencial de la RDGSJFP referente a si puede o no delegarse en el consejero delegado la facultad de completar el orden del día de la Junta y acordar al presencia de notario, pide a la Audiencia Provincial de Madrid que *“se pronuncie de forma expresa sobre la conformidad a Derecho de la misma al no resultar delegable esa facultad de completar el orden del día y acordar la presencia de Notario en la Junta en el consejero delegado, siendo por tanto, de forma exclusiva faculta del propio Consejo de Administración el ejercicio de las mismas”*

Valoración del Tribunal

2. La impugnación planteada por la DGSJFP ni resulta necesaria ni procesalmente es admisible. No podemos perder de vista que los Tribunales deben resolver pretensiones en los términos del art 5LEC, no emitir dictámenes, y es doctrina del TS, entre otras, la STS nº 432/2010, de 29 de julio, con cita de otras resoluciones anteriores que



«la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o, siendo tercero, le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir

[...]

[e]n el ámbito del procedimiento civil, como regla, el recurso se dirige contra el fallo, por lo que el gravamen hay que ponerlo en relación con el pronunciamiento o parte dispositiva de la sentencia, siendo ya clásica la sentencia de 7 de julio de 1983 : "siendo el recurso un medio que el ordenamiento concede para impugnar una resolución judicial a la parte que se estime por ella perjudicada, claro está que constituyendo el interés jurídico el móvil de la acción procesal, carece de legitimación para interponerlo la parte a quien la decisión no le haya ocasionado perjuicio alguno, por lo que resulta inadmisibles la apelación de una sentencia por el litigante absuelto aunque lo haya sido por argumentos distintos a los aducidos por el interesado - SS. de 4 noviembre 1957 , 9 marzo 1961 , 27 junio 1967 y 18 abril 1975 , entre otras-, y concretamente que no cabe el recurso interpuesto por el favorecido con un pronunciamiento absolutorio sobre el fondo, por más que obligadamente hayan sido rechazadas las excepciones (S. de 14 junio 1951)"».

Pero añade a continuación:

«[e]llo, claro está, sin perjuicio de que, como afirma la referida sentencia número 157/2003, del Tribunal Constitucional : "es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva", bien que "la determinación, en cada caso concreto, de si la resolución judicial impugnada causa o no efectivamente un perjuicio al recurrente, dependerá de las específicas circunstancias presentes en el caso, debiendo tenerse en cuenta que no toda afectación de carácter negativo o desfavorable para aquél merecerá necesariamente la consideración de perjuicio a los efectos que nos ocupan, pudiendo exigirse que tal afectación reúna determinada intensidad o caracteres"».

Con arreglo a ello, la STS 582/2016, de 30 de septiembre recuerda que

«como regla general, el perjuicio ha de concretarse en la existencia de un pronunciamiento desfavorable en el fallo o parte dispositiva de la resolución, aunque excepcionalmente pueda recurrirse cuando las declaraciones contenidas en la fundamentación jurídica de la resolución generen por sí solas un perjuicio para el recurrente, sin que la mera disconformidad de la parte con los razonamientos de la resolución constituya por sí misma un perjuicio»

3. En el caso presente, la sentencia, al desestimar la demanda de la sociedad impugnante, confirma la Resolución de la DGRN. Que lo haga por argumentos que no convencen a esta última al no entrar al fondo del asunto (como ella misma dice) no justifica su impugnación. También podría haberlo hecho por motivos meramente procesales y ello no habilitaría al Centro Directivo a recurrir para pedir a este Tribunal que diga cuál es su parecer al respeto de esa polémica

4. No estamos ante los supuestos excepcionales que contempla la jurisprudencia del TC y del TS, sino exclusivamente ante una divergencia con los argumentos contenidos en la fundamentación jurídica que no habilitan acudir a la impugnación, máxime cuando de aceptarse el primer motivo de la apelación - como así ha ocurrido - el Tribunal debía analizar de nuevo el fondo con plenitud de conocimiento

QUINTO. - La facultad de atender la solicitud de complemento del orden del día

1. La postura de la sociedad anónima actora - y ahora apelante- según la cual la facultad para atender la petición de complemento del orden del día cursada por un socio no es facultad indelegable del consejo de administración, de modo que puede ser realizado



por el consejero delegado, especialmente cuando el consejo de administración no ha podido reunirse para decidir sobre la cuestión, como es el caso, se basa en los siguientes extractados argumentos:

1º) indebida equiparación por la RDGRN de la solicitud de complemento de convocatoria del artículo 172 LSC con la facultad de convocar la junta del artículo 249 Bis LSC y la de atender la solicitud de convocatoria ex novo de la junta del artículo 168 LSC, cuyas diferencias impiden que pueda acudirse a la aplicación analógica. En su desarrollo expone que carece de sentido impedir que el consejero delegado no puede llevar cabo la labor de control o de filtro previa a atender esa solicitud;

2º) atender la solicitud de complemento de convocatoria del artículo 172 LSC, aunque suponga una ampliación de los puntos del orden del día de la junta, no es una facultad indelegable del artículo 249 bis LSC porque no es una decisión discrecional del consejo de administración, sino de los accionistas legitimados para solicitarlo. En su desarrollo refiere que una interpretación extensiva de los supuestos de facultades indelegables del artículo 249 bis LSC apartado j) supone un formalismo innecesario y simplista que entorpece el funcionamiento del órgano soberano de la sociedad, con la grave consecuencia de la nulidad de la junta, sin posibilidad de rectificación por parte del consejero delegado de la sociedad ante las dificultades que pueden surgir por la premura de tiempo que exige su debida atención por la sociedad, y

3º) el complemento de convocatoria se trata de un acto debido.

Valoración del Tribunal

2. Para resolver la controversia suscitada hay que partir de las distintas previsiones contenidas en la LSC

Según el art 166 la competencia para convocar la junta general corresponde a los administradores (y, en su caso, a los liquidadores de la sociedad), que lo harán *“siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales, y en todo caso, en las fechas o periodos que determinen la ley y los estatutos”* (art 167). Convocatoria que expresará, en lo que aquí interesa, *“el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria”* (art 174)

Como derecho de la minoría, cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el 5% del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar, los administradores deberán convocar la junta general dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubieren sido requeridos, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de la solicitud (art 168), y si no es atendido, la respuesta legal es que *“podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial (ahora LAJ) o por el Registrador mercantil del domicilio social”* (art 169.2). Ello al margen del caso de la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, que, si no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el LAJ o el Registrador mercantil (art 169.1)

Otro derecho de la minoría (concretado en accionistas que representen, al menos, el 5% del capital social) y limitado al caso de la sociedad anónima, es el previsto en el art



172.1 según el cual *“podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria.”* Impone la norma en su apartado 2 que *“El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta.*

La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta”

Vemos, pues, que si no es atendido este derecho la solución legal difiere: no es suplir la inactividad del órgano societario llamado a cumplirlo por medio de un expediente extrajudicial ante los funcionarios públicos indicados, sino que contempla una sanción radical que afecta a la propia junta, al acarrear su nulidad, y, en consecuencia, de los acuerdos adoptados en la misma

Para finalizar esta exposición inicial, en caso de consejo de administración que haya designado de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación (art 249.1), el artículo 249 bis preceptúa que el consejo de administración no podrá delegar en ningún caso, en lo que aquí importa, en la letra j) la facultad siguiente

“La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos”.

3. De la exposición anterior podemos deducir, y no parece que sobre ello haya especial controversia, lo siguiente:

En primer lugar, que son derechos de minoría distintos el de solicitar la convocatoria de la junta general (art 168 y 169) y el de solicitar en la SA el complemento de la convocatoria (art 172), con un régimen particular en cada caso en el supuesto de inatención

En segundo lugar, que la convocatoria de la junta general, también en el caso de que se inste por la minoría (dado que el art 249 bis apartado j) no distingue), es competencia exclusiva del órgano de administración del órgano de administración, de modo que, en el caso de ser un órgano colegiado, resulta indelegable la convocatoria de la junta general de accionistas, la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos

En tercer lugar, que el llamado a atender la petición de complemento de la convocatoria del art 172 es el órgano de administración, al margen del modo de organización del mismo, de modo que en el reside la facultad, o más bien deber, de cumplimentar ese complemento de convocatoria

Consecuencia de lo anterior y ello no es discutido, es el órgano de administración el competente para realizar la labor de control encaminada a supervisar la regularidad de esa solicitud de la minoría ex ar 172 , es decir , a verificar que reúna los requisitos que contempla el precepto : (a) de legitimación (que proceda de accionistas que representen, al menos, el 5% del capital social) ; (b) formales (que se verifique por escrito ,cuya notificación ha de ser fehaciente, pero sin exigir requerimiento notarial en



el que se indique el o los puntos del orden del día a incluir, con expresión de los asuntos a tratar, con claridad, determinación y precisión, al ser exigencias generales inherentes al orden del día) y (c) temporales (que la notificación fehaciente de esa solicitud se haya recibido en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria) .

A ese control de corte más formal, que habilita al órgano de administración a lo que la doctrina denomina un cierto “poder de revisión” o de “modulación” para adaptar la redacción del complemento interesado a la exigencias de claridad, precisión y determinación del orden del día (por todas, STS 837/2000, de 16 de septiembre) o a su separación en distintos puntos (como exigencia del art 197 bis), pero siempre sin alterar su contenido esencial, apunta la DGRN que el deber de diligencia impone también un control material, que permite al órgano de administración rechazar las peticiones de complemento instadas por la minoría con abuso de derecho (como tales apunta entre otros la doctrina la reiteración injustificada de asuntos ya previamente sometidos a deliberación en precedente juntas) o que atentan contra el interés social, que la actora (folio 8 de la demanda) no viene a cuestionar. Controles cuyo alcance, en todo caso, debe sujetarse a los parámetros que apunta la STS 377/2012, de 13 de junio, que al hilo del precedente art 97 .3 y 4 TRLSA nos dice que

«... cuando se ejercita en forma y plazo [...] , impone al órgano de administración la obligación de publicar lo que la doctrina califica como "convocatoria integrada", sancionando la omisión de la publicación del "complemento" con la nulidad de la Junta -sin perjuicio, claro está, de la eventual responsabilidad en que pueden incurrir los integrantes del órgano al amparo de lo dispuesto en los artículos 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy 236 y 241 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital)-.

[...]

La pretensión de exigir que el "complemento" de la convocatoria se ponga "en relación con el tipo de Junta de que se trate, y por ende de la naturaleza de los asuntos a tratar en la misma", vulnera las reglas que para la interpretación de la norma enuncia el artículo 3.1 del Código Civil , ya que carece de soporte en la literalidad de la norma al exigir requisitos que en ningún momento impone la literalidad de la norma, y confunde el complemento "a la convocatoria" que es lo que la norma dice, con el complemento a los "puntos del orden del día", que es lo pretendido por el recurso.

Por ello concluye que *«el complemento de convocatoria puede tener por objeto las materias que la minoría decida»*, aunque sean totalmente diferentes a las consignadas en el orden del día, y después, al tratar del contenido del complemento de la convocatoria y la información perjudicial al interés social, añade

«35. La limitación societaria al derecho de información tiene carácter excepcional y, en defecto de previsión normativa no puede proyectarse, sin más, sobre el derecho de la minoría cualificada a complementar el orden del día de la junta convocada -tampoco se contempla en el artículo 100 TRLSA (hoy 168 TRLSC)-, ya que la norma impone la inclusión de los puntos requeridos en el orden del día, no la transcripción de los términos del requerimiento, por lo que basta la constancia de los asuntos a tratar.

36. Cuestión radicalmente diferente es que el derecho de información sobre los asuntos a tratar esté sometido al régimen general y, en consecuencia, su ejercicio se vea constreñido por las limitaciones indicadas, por lo que, sin descartar supuestos excepcionales -lo que no es el caso-, procede rechazar el tercero de los alegatos del recurso, máxime cuando la sentencia recurrida afirma, en valoración de los hechos no desvirtuada, que "no apreciamos, tampoco, que concurra el perjuicio para los intereses sociales en cuya virtud el órgano de administración hubiera acordado denegar la publicación del complemento" ».



Lo que no aclara la LSC es si estamos ante una facultad - más bien función - del órgano de administración exclusiva e indelegable o, por el contrario, es delegable, de modo que, en caso de un consejo de administración con consejero delegado en el que se haya delegado la totalidad de facultades delegables, este último puede atender esa petición de complemento

Para dar respuesta a este interrogante conviene tener en cuenta la finalidad de las normas directamente implicadas, esto es, del art 172 y 249 bis j) LSC

4. Principiando por el art 249 bis j), este precepto se inserta dentro del conjunto normativo dedicado al consejero delegado como figura llamada a aligerar los problemas que para la gestión ordinaria de la sociedad supone el funcionamiento del consejo de administración como órgano colegiado. No obstante, ello, el legislador en el precepto citado enumera una serie de facultades indelegables cuya finalidad es asegurar que el núcleo esencial de las competencias del órgano de administración sea ejercitado por el propio consejo de administración. Son de variada naturaleza, y entre ellas el legislador considera como tales algunas que afectan a la organización de los órganos sociales [letras d) y j)].

Centrados en la letra j) , con la reforma de 2014 se pone final a la divergencia entre la jurisprudencia (por todas, STS 14.3.2005) y doctrina registral (por todas, RDGRN de 8.3.2005) acerca del carácter indelegable de la competencia para la convocatoria de la junta general, decantándose por la primera, al estimar que la decisión de reunir a los socios y la determinación de los asuntos sobre los que han de pronunciarse es una materia de calado, con una trascendencia en la vida societaria, que justifica que se residencie de manera indelegable en el consejo de administración. Carácter indelegable que se extiende a dos aspectos conexos y vinculados como son la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos. Ello no impide que la ejecución material de esos acuerdos del consejo pueda ser delegada

5. En cuanto al art 172 LSC se ha dicho que es un derecho de la minoría que permite que esta se involucre en el poder de decisión social, al posibilitar que someta a la junta general asuntos que entiende relevante para el interés social. Persigue que se haga participe del poder de decidir qué asuntos son planteado a debate y decisión del órgano soberano, por lo que la doctrina lo califica como un “derecho político” (así se recoge en la citada STS 377/2012) encaminado a reactivar la junta, que viene a matizar el monopolio que el órgano de administración tiene para conformar el orden del día (art 166LSC).

Junto a esta dimensión política, no puede dejarse al lado que también responde a la idea de ahorro de costes, esfuerzos y tiempo, pues al habilitar la inclusión de nuevos puntos del orden del día en una junta ya en marcha evita que tenga que acudir al otro derecho de la minoría como es el de la convocatoria de junta general (art 168LSC). Economía de costes y tiempo no solo para la minoría social instante, sino también para la sociedad y resto de socios, que van a aprovechar ya una reunión social programada para debatir y decidir sobre los asuntos que considera relevante la minoría, sin necesidad de una nueva junta, con los gastos y dedicación que ello conlleva. Es evidente que el impacto y alteración que provoca en la vida social es comparativamente mucho menor que el de una convocatoria de junta a instancia de la minoría



6. Las finalidades apuntadas y los intereses en juego nos conducen a entender que esa facultad de atender el complemento de convocatoria resulta indelegable, de modo que no puede ser desempeñada por el consejero delegado. No se niega que resulta una postura más formalista, pero ello viene impuesto por la naturaleza de los intereses en litigio. Es el legislador el que considera en el art 249 bis j) que la determinación de los asuntos a tratar por la junta, por su trascendencia, se residencia en exclusiva en el órgano de administración, sin posibilidad de delegación, y es evidente que con el complemento del orden del día se adicionan e incluyen uno o más puntos en el orden del día, y ello, como hemos visto, es materia indelegable.

7. El que pueda resultar más dificultoso exigir el acuerdo de un órgano colegiado (con su quorum de asistencia y mayorías, y en su caso con sujeción a las reglas de funcionamiento que se hayan previsto) en un lapso temporal necesariamente corto, lo que impone es que el órgano social llamado a cumplir esta función extreme su diligencia, pero no supone - como se viene a sostener en el recurso - que la función sea delegable, y se deje en manos de la voluntad unilateral del consejero delegado.

Conectado con ello, si no se pudiera llevar a efecto la reunión del consejo de administración por la actuación obstruccionista de alguno de los consejeros (como parece que se apunta en el caso presente) ello no habilita a alterar la regla de exclusividad competencial, sin perjuicio, de que ello se depure, en su caso, a través de las acciones de responsabilidad en que hayan podido incurrir los integrantes del órgano - con la individualización correspondiente, si no actúan de igual forma - al amparo de lo dispuesto en los artículos 236 y 241 del TRLSC.

8. Lleva razón el recurso al decir que estamos ante un acto debido (como dice la STS 377/2012), pero ello no significa que sea automático. Ya hemos anticipado que el órgano de administración, ante la petición de complemento de la minoría no debe, sin más, limitarse a atenderla. Debe realizar un control de los presupuestos legales, con ese cierto “poder de revisión” o de “modulación”, e inclusive un control material al que antes nos hemos referido, sin que se afirme con ello que sea discrecional.

Control que hace que nos movamos fuera del ámbito de los actos de ejecución (estos sí delegables) y que por la trascendencia que implica la materia sobre la que recae, el mismo deba residenciarse, según se desprende del diseño legal antes apuntado, en el órgano de administración, independientemente de su modo de organización, sin posibilidad de dejación en el consejero delegado. El que la sanción que acarrea su falta de cumplimiento, con la ineficacia de la junta, sea grave no altera esta conclusión, sino que es la que se ha considerado ajustada para excitar el celo del órgano de administración.

9. La tesis de la recurrente no se adecua a la lectura integradora del art 249 bis j) LSC. Si este prevé que es indelegable la facultad de convocatoria, elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos, ello es perfectamente trasladable al complemento de la convocatoria, que, siendo un derecho de minoría distinto a la petición de convocatoria (art 168), también implica una configuración del orden del día, al introducir nuevos asuntos.

Hay, pues, entre ambos una estrecha relación, al responder a la misma ratio: son derechos de la minoría que permiten su implicación en la vida societaria y ponen fin al



monopolio del órgano de administración en la determinación de los asuntos a decidir por el órgano soberano, de modo que los consideramos a estos efectos equiparables. Ello justifica la traslación que hace la resolución de la DGRN impugnada de la regla del art 249bis j) al supuesto del art 172

El que no sean idénticos, como enfatiza el recurrente, no desvirtúa lo dicho. Es verdad que ante la falta de atención del derecho del art 172 la sanción es la nulidad de la junta, en lugar de prever el remedio del expediente de la convocatoria de la junta por el LAJ o el registrador. Pero ello se explica porque por motivos temporales es imposible acudir a este remedio para completar una convocatoria ya en marcha; expediente ante el LAJ o extrajudicial al se podrá acudir en todo caso, al margen de que si no se atiende la solicitud ex art 172 LCS la junta no completada sea nula

SEXTO. - La facultad de acordar la presencia notarial en la Junta

1. La tesis de la compañía actora - y ahora apelante- según la cual la facultad para acordar al presencia de notorio solicitado por un socio es una facultad delegable del consejo de administración se basa, en resumen, en los siguientes argumentos: 1º) no cabe confundir la facultad de convocar la junta general - que es indelegable- con el deber del artículo 203 LSC, y que la RDGRN supone introducir una formalidad innecesaria y carente de sentido y 2º) la reforma de la LSC de 2014 no incluye la solicitud de presencia notarial como facultad indelegable en el art 249 bis, limitándose en el caso presente el consejero delegado a dar curso a la solicitud del socio, después de que el consejo de administración no la atendiera, con transcripción de la crítica de la RDGRN vertida por un catedrático de Derecho mercantil

Valoración del Tribunal

2. Según prescribe el artículo 203.1 LSC

“Los administradores podrán requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso los acuerdos solo serán eficaces si constan en acta notarial “

Es pacífico afirmar que este derecho de la minoría busca garantizar que el acta de la junta- que debe sujetarse a lo prescrito en el art 26 Cco y art 97RRM- refleja realmente lo acaecido en ella en aquellos casos de importantes desavenencias entre los socios, con quiebra de la confianza de que pueda desempeñarse correctamente la función de levantamiento del acta

3. La afirmación del Centro Directivo de que estamos ante una facultad comprendida en el art 249 bis *“por resultar evidente que se trata de una obligación vinculada a la convocatoria de la junta y por tanto indelegable por el consejo de administración “no se comparte por varias razones*

3.1 En primer lugar, no se trata de un derecho de la minoría que afecte a la *“convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos”*.

El carácter indelegable que supone esta previsión se explica, como hemos dicho, porque se entiende que la decisión de reunir a los socios y determinar los asuntos sobre los que



han de pronunciarse es una materia de trascendencia tal en la vida societaria, que justifica que se asigne de manera exclusiva e indelegable en el consejo de administración. Ello nada tiene que ver con la previsión del art 203 LSC, que se refiere a una actuación posterior a la convocatoria y a su contenido, como nos lo revela la ubicación sistemática del precepto, que se ejercita de manera previa a la celebración de la reunión social, encaminada a asegurar a los socios minoritarios que un fedatario público levante el acta, ante los recelos acerca de cómo pudiera ser redactada. No concurre identidad de razón alguna que justifique la aplicación analógica ex art 4CC, que en el fondo subyace en la RDGRN al equipar el régimen de la convocatoria de la junta con el requerimiento de la presencia notarial

3.2 En segundo lugar, el que el órgano de administración sea quien deba atender ese requerimiento, no significa que, si se trata de un órgano colegiado - como es el caso -, su ejercicio pueda delegarse, que es lo aquí relevante.

No hay que perder de vista que debe ser cumplimentado en un escaso lapso temporal, y la sanción en caso de no ser atendido y faltar el acta notarial es la ineficacia de los acuerdos sociales. Exigir el acuerdo del consejo de administración en este caso, sin permitir su ejercicio delegado, supone incrementar las posibilidades de que se frustre esa petición, con lo cual no solo se perjudica al derecho de la minoría, sino que también repercute negativamente en la vida social, al provocar la ineficacia de los acuerdos adoptados

Todo ello hace que la finalidad perseguida por la norma y los intereses en juego quedan mejor salvaguardados si, en lugar de lecturas formalista (como es la exigencia previa de un acuerdo del consejo de administración), se patrocina una solución que resulta más eficiente al considerarse esta facultad - más bien función- como delegable, de modo que pueda ser desempeñada por el consejero delegado.

3.3 En tercer lugar, negar ese ejercicio delegado, extendiendo la regla contenida en el art 249bis j) LSC, supone, a nuestro entender, además incurrir en un formalismo exacerbado carente de justificación, atendidas las circunstancias concurrentes

Nos encontramos ante un acto debido, y aunque no es automático, el ámbito de control es esencialmente formal, sin discreción alguna, ya que se debe limitar a verificar que esa petición de la minoría reúna los requisitos de legitimación (que proceda de socios que representen el porcentaje legalmente establecido, que varía según el tipo social) y temporal (que se verifique con cinco días siguientes de antelación al previsto para la celebración de la junta).

En estas circunstancias, imponer el acuerdo de un órgano colegiado e impedir que el ejercicio de esa función se desempeñe por el consejero delegado se antoja un exceso, sobre todo en casos en los que no se ha podido obtener el acuerdo del consejo de administración, y totalmente desproporcionado, a la vista de las graves consecuencias que acarrea su inatención, que no solo perjudican a la minoría instante, sino que repercuten negativamente en la vida social, al provocar la ineficacia de los acuerdos aprobados, al no estar reflejados en acta notarial. Sanción tan radical que no resulta explicable cuando el derecho de la minoría se ve atendido



4. No obstante llevar razón en este particular la demandante y ahora apelante, el recurso no puede prosperar porque lo pedido en su demanda es la anulación de la RDGRN confirmatoria de la calificación negativa del registrador mercantil y, en su virtud, que se ordene la inscripción de los acuerdos sociales de la demandante, y ello no procede, dado que en lo tocante al carácter indelegable de la facultad para atender el complemento de convocatoria se mantiene el criterio sustentado por el Centro Directivo

SÉPTIMO. - Costas

1. Aunque se desestima el recurso, no se efectúa imposición de las costas de la segunda instancia con arreglo al art 398 LEC, atendidas las dudas jurídicas que suscita la controversia, al no resultar pacífica tampoco en la doctrina, sin que contemos con precedentes jurisprudenciales. Además, no podemos obviar a estos efectos, que, al menos en parte, llevaba razón el apelante al cuestionar la resolución registral

2. También este pronunciamiento entendemos que procede respecto de las costas de la impugnación, por las específicas circunstancias concurrentes provocada por la ausencia de respuesta sobre el tema de fondo en la instancia y los términos en que se expresa la fundamentación de la sentencia

3. Las costas de la instancia no se atacan expresamente, y en todo caso iguales consideraciones acerca del carácter discutible de la controversia, justifican con arreglo al art 394 LEC la ausencia de imposición

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por ADIANTE, TECNOLOGÍA, INGENIERÍA Y SERVICIOS, S.A contra la sentencia dictada el 22 de octubre de 2021 dictada en el juicio verbal núm. 497/2018 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, que se confirma

2.- Debemos desestimar la impugnación formulada por la DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA REGISTRAL contra la sentencia dictada el 22 de octubre de 2021 dictada en el juicio verbal núm. 497/2018 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, que se confirma

3.- No se efectúa imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias

Procede la devolución del depósito consignado para recurrir

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.





Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: **1221250459145264972624**

