

LA DELEGACIÓN DE FACULTADES EN EL SUPUESTO DE COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA DE LA JUNTA DE ACCIONISTAS

FERNANDO CALBACHO LOSADA
Abogado*

La delegación de facultades en el supuesto de complemento de convocatoria de la junta de accionistas

Este trabajo analiza la cuestión polémica de que la solicitud de complemento de la convocatoria de una junta de accionistas puede ser atendida directamente por un consejero delegado cuando el consejo de administración no esté en disposición de hacerlo. Para ello, se defiende que atender este derecho de la minoría no se encuentra entre las facultades indelegables del consejo de administración. Alternativamente, y aunque pudiera interpretarse que esta actuación constituye una facultad indelegable, se defiende que también se podría atender por un delegado del consejo en virtud de una aplicación analógica del artículo 529 ter de la Ley de Sociedades de Capital.

Delegation of authority in the event of a request to include additional issues on the agenda of a shareholders meeting

This paper analyses the controversial issue as to whether the request to include additional new items on the agenda of a general meeting of shareholders can be complied with directly by a managing director when the board of directors is not in a position to do so. We take the position that complying with this right held by minority shareholders falls outside the scope of actions that the board of directors is not entitled to delegate. Alternatively, and even allowing for the hypothetical possibility that this is a matter that cannot be delegated, it is also contended that a delegate of the board should be entitled to comply with the request through an analogical application of article 529 ter of the Corporations Act.

PALABRAS CLAVE

Consejo de administración, Consejero delegado, Convocatoria de la junta, Complemento de convocatoria, Facultad indelegable, Acto debido, Accionistas minoritarios.

KEY WORDS

Board of directors, Managing director, Call of the shareholders meeting, Request of additional items on the agenda, Matters non delegable, Compulsory act, Minority shareholders.

Fecha de recepción: 15-9-2018

Fecha de aceptación: 18-9-2018

1 · INTRODUCCIÓN

Uno de los derechos fundamentales que el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital («LSC») le reconoce al socio es el de asistir y votar en las juntas generales, derecho que solo se puede ejercitar si los administradores (o, en su caso, los liquidadores de la sociedad) convocan la junta, de acuerdo con la facultad que les atribuye el artículo 166 LSC.

Cuando la sociedad se organiza mediante un consejo de administración, el artículo 249 bis LSC contempla una excepción a la posibilidad recogida en el artículo 249 LSC de que el consejo de administración pueda delegar sus facultades en uno o varios consejeros delegados, y establece una docena de facultades que el consejo de administración no puede delegar y que, por lo tanto, debe ejercitar de manera directa. Entre ellas se encuentra (en la letra j) «la convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos».

Para las sociedades cotizadas, esta prohibición de delegación se recoge en el artículo 529 ter LSC. Este artículo, además de reiterar la prohibición del artículo 249 bis LSC, amplía a otros nueve supuestos las facultades de decisión que el consejo de administración no puede delegar. No obstante, esta norma incluye un apartado 2 que atenúa el rigor de la prohibición de delegación, ya que permite que «cuando concurran circunstancias de urgencia, debidamente justificadas, se podrán adoptar las decisiones correspondientes a los asuntos anteriores por los órganos o personas delegadas, que deberán ser ratificadas en el primer Consejo de Administración que se celebre tras la adopción de la decisión».

En este trabajo vamos a analizar la posibilidad de que, aunque la decisión primaria de convocar la junta de accionistas y confeccionar el orden del día corresponde de forma exclusiva al órgano de administración, sin posibilidad de delegación, en determinadas circunstancias debe ser posible que un órgano delegado pueda suplir la ausencia de voluntad de ese órgano. Esto ya es así en cuanto a la decisión más relevante de convocar la junta, porque lo dispone la propia LSC al permitir que puedan

1 Del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

adoptar esta decisión el letrado de la administración de justicia o el registrador mercantil a solicitud de una minoría cualificada (artículo 169 LSC), o el propio órgano delegado en las sociedades cotizadas cuando concurren circunstancias de urgencia debidamente justificadas a las que se refiere el mencionado artículo 529 ter LSC.

La LSC no reconoce de forma literal la posibilidad de delegación en el supuesto de solicitud de complemento de convocatoria (o complemento del orden del día) por la minoría (172 LSC), aplicable únicamente a las sociedades anónimas. Es más, en caso de inacción del consejo de administración, la junta será nula sin posibilidad de acudir previamente a ningún otro mecanismo. Sin embargo, y a diferencia de los otros supuestos, el artículo 249 bis LSC no incluye de forma expresa la solicitud de complemento de la convocatoria entre las facultades indelegables. Por ello, ante esta falta de claridad normativa, es necesario interpretar si en realidad el legislador quería incluirla entre las facultades indelegables o no.

En su resolución de 31 de enero de 2018, la Dirección General de los Registros y del Notariado («DGRN») abordó la cuestión interpretando que debe darse el mismo tratamiento jurídico tanto a la solicitud de convocatoria de la junta (por los administradores o por la minoría) o elaboración del orden del día como a la solicitud de complemento de convocatoria por la minoría. Es decir, consideró que, a pesar de la asimetría existente en la regulación, todas ellas son facultades discrecionales, indelegables y exclusivas del consejo de administración.

Sin embargo, y en contra del criterio establecido por la DGRN, lo que intentaremos justificar a continuación es que las posibilidades de que un órgano delegado pueda intervenir en relación con la convocatoria de la junta y, de forma más particular, con el complemento de convocatoria se extienden más allá de la restricción del artículo 166 LSC. Es más, la posibilidad de delegación de facultades en este último supuesto regulado en el artículo 172 LSC es necesaria en términos de eficiencia y de protección de los intereses de los socios minoritarios (que la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2012 ha como un «derecho político inderogable»).

Es habitual que, cuando un socio solicita la convocatoria de una junta o que se amplíe el orden del día de una junta ya convocada, exista un trasfondo de enfrentamiento entre quienes quieren que se celebre una junta y quienes no, o entre quienes quieren que se debatan unos asuntos y los que pre-

fieren eludirlos (por ejemplo, asuntos como la aprobación de unas cuentas anuales conflictivas, el cese de administradores afectados por conflictos de interés o ampliaciones o reducciones de capital que diluyan la participación de los socios).

También es frecuente que este enfrentamiento entre socios se traduzca en un enfrentamiento entre miembros del consejo de administración que representen a dichos socios enfrentados. En este caso, nos podemos encontrar con consejeros que pretenden ignorar o eludir la solicitud de complemento del orden del día presentada por un conjunto de socios minoritarios.

Si esto es así, una medida eficaz para intentar neutralizar la solicitud de la minoría consiste en no convocar el consejo de administración o provocar que este no alcance el *quorum* necesario para poder analizar la solicitud de complemento del orden del día.

En ocasiones, una parte de los accionistas puede preferir que la junta sea declarada nula a que se debatan asuntos que pueden no interesar a parte del accionariado. En este contexto, se produce una contradicción entre una interpretación rígida o restrictiva de la ley —que, además de limitar los derechos de los socios minoritarios, restringe el debate de los socios en asuntos societarios sobre los que se pretende adoptar una decisión que necesariamente debe contar con la mayoría— y una interpretación más abierta o flexible que proteja los derechos de los accionistas minoritarios y permita un funcionamiento más eficiente de una sociedad de capital.

En este caso, si se opta por una interpretación abierta de la LSC, en caso de que el consejero delegado se hubiera extralimitado, el consejo de administración tendría, *a priori*, la oportunidad de rectificar la decisión tomada por el consejero delegado y, *a posteriori*, la posibilidad de impugnar la junta por extralimitación del consejero delegado.

Con ello, se consigue que se pueda instar la nulidad en caso de que el consejo de administración considere que la decisión del consejero delegado no es correcta, pero se puede evitar que la junta incurra en la causa de nulidad prevista en el párrafo segundo del artículo 172.2 LSC.

Con el fin de evitar la confusión de conceptos en los que nos parece que incurre la mencionada resolución de la DGRN, debemos advertir de que no se trata de que sea el consejero delegado quien decida incluir, *motu proprio*, nuevos puntos en el orden del

día, ya que esta es una facultad indelegable por disposición legal².

Tampoco se cuestiona que la competencia inicial o primaria para analizar la solicitud de complemento de convocatoria sea del consejo de administración, que por supuesto es el competente para analizar la solicitud de complemento de convocatoria y verificar los requisitos que exige el artículo 172 LSC: la legitimación del socio, el plazo y forma fehaciente para formular la solicitud, y la regularidad de los puntos que pretende añadir en el orden del día.

Finalmente, tampoco se trata de que cualquier miembro del consejo de administración pueda atender de manera individual la solicitud de complemento del socio minoritario.

En definitiva, la cuestión es si el consejero delegado de la sociedad (que no es uno más de los miembros del consejo de administración) tiene entre sus facultades delegadas la de suplir o completar la voluntad de un consejo de administración cuando este no ha tenido la oportunidad de reunirse para analizar la solicitud de complemento de convocatoria de uno de los socios, ya sea porque no ha sido convocado para ello o porque, habiendo sido convocado, no se ha podido reunir por falta de *quorum*.

2 · DIFERENCIA ENTRE LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA Y LA SOLICITUD DE COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA

Dentro de las normas que regulan la convocatoria de la junta, la LSC contiene dos preceptos que permiten a los socios que representen al menos un 5 % del capital social solicitar a los administradores la convocatoria de la junta, indicando los asuntos que quieren que se traten (artículo 168 LSC), y solicitar la inclusión de uno o más puntos en el orden del día de una junta ya convocada por el órgano de administración (artículo 172 LSC). Concretamente, este último precepto se limita a establecer que «*el complemento de la convocatoria deberá publicarse*», sin indicar quién deberá hacerlo ni que para ello deba adoptarse un acuerdo previo.

Se trata de dos derechos del socio minoritario distintos, que se ejercitan de manera diferente y que tienen cada uno de ellos un régimen jurídico propio que no puede ser confundido ni es susceptible de aplicación analógica.

En caso de solicitud de convocatoria por la minoría, el órgano de administración debe convocar la junta para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se le hubiere requerido para convocarla (artículo 168 LSC). La decisión que debe adoptar el órgano de administración es la de convocar la junta, incluyendo tanto los puntos que haya solicitado el socio requirente como los demás que el órgano de administración considere convenientes. No tiene, por lo tanto, por qué limitarse a incluir solo los puntos del orden del día que haya solicitado el socio.

No obstante, la mencionada resolución de la DGRN de 31 de enero de 2018 ha asimilado, a nuestro juicio de manera errónea,³ la decisión de incluir los nuevos puntos del orden del día solicitados por un socio legitimado para ello (artículo 172 LSC) con la facultad de convocar la junta del artículo 249 bis

³ Esta opinión la comparte el profesor Jesús Alfaro en «Rifiuti ingiustificati» [en línea], *Derecho Mercantil*, 13 de febrero de 2018 <<https://derechomercantilespana.blogspot.com/2018/02/rifiuti-ingiustificati.html>> [consulta: 24 de septiembre de 2018]: «*La Ley de Sociedades de Capital no exige un acuerdo del Consejo de Administración por el que se publique el complemento (v., art. 172 LSC). Pero la DGRN considera que si la convocatoria requiere acuerdo del consejo, también el complemento.* [...]»

La DGRN no da un solo argumento que justifique esta rigidez. Que deba, el consejo en pleno acordar la convocatoria de la junta puede tener algún sentido [...] pero desde luego carece de sentido que un acto debido de los administradores que bien puede considerarse ejecución de la previa convocatoria de la junta deba ¡para su validez! ser objeto de un nuevo acuerdo del consejo.

[...]

¿Y si no se consigue la mayoría? [...] ¿Se fastidia el socio que ha formulado el complemento? No. Es nula la junta y los acuerdos que se hayan adoptado en ella. Así que no queda otra que ir al letrado de la administración de justicia o al registrador mercantil a pedir la convocatoria de la junta. Ya decimos que a la DGRN la realidad y las necesidades prácticas de las sociedades le importan un bledo. Nada, nada, a pedir la convocatoria administrativa de la junta.

[...]

La DGRN se inventa [...] la idea de que, en relación con el complemento de convocatoria, los administradores actúan de «filtro» de la solicitud de complemento y para hacer ese filtrado es imprescindible en su opinión que se reúna el Consejo de Administración. Porque está claro que este tipo de «filtrado» (para el que los administradores tienen algún grado de discrecionalidad) lo hace muy bien un grupo de diez o quince personas [...] Y, como siempre, la DGRN utiliza sentencias de los tribunales que trataban de salvar la validez de lo hecho por los administradores y las sociedades ¡para anular – no inscribir – los acuerdos sociales!».

² Introducido con la reforma de 2014, el artículo 249 bis zanjó la discrepancia que existía entre el Tribunal Supremo y la DGRN sobre el carácter delegable o no de la convocatoria de la junta general. Véase Francisco J. León Sanz: «Artículo 249 bis. Facultades indelegables», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, Madrid: Civitas, 2015, p. 532.

LSC y la de atender la solicitud de convocatoria de la junta por la minoría del artículo 168 LSC. La prueba de esta confusión la encontramos en que la resolución se remite de forma constante a preceptos de la LSC, a resoluciones de la propia DGRN y a jurisprudencia que solo resultan aplicables al supuesto de convocatoria de junta.

Sin embargo, entendemos que existen importantes diferencias entre la decisión de convocar o la de atender la solicitud de convocatoria de la junta y la de atender una solicitud de incluir nuevos puntos en el orden del día de una junta ya convocada por el órgano de administración.

En el primer caso, se trata de una decisión discrecional que de forma necesaria debe adoptar el consejo de administración, el cual puede decidir si convocar la junta o no hacerlo, incluso a pesar de que la solicitud haya sido cursada por un socio. Prueba de ello es que, si el consejo de administración no la convoca, la ley permite al socio reiterar la solicitud ante el registrador mercantil o el letrado de la administración de justicia (artículo 169 LSC).

Por el contrario, aunque atender el complemento de convocatoria suponga una ampliación de los puntos del orden del día, no estamos ante una facultad discrecional del consejo de administración, sino ante un «acto debido»⁴, en el que su función es verificar si la solicitud del socio cumple o no con los requisitos exigidos. En este caso, la inacción del consejo de administración acarrea la nulidad de la junta, sin que la LSC ofrezca ningún otro mecanismo alternativo de protección de los derechos del accionista como en el caso anterior.

Es importante aclarar que la labor de filtro que puede hacer el consejo de administración —o, en su caso, el consejero delegado— va más allá del análisis del mero cumplimiento de los requisitos formales —de forma, plazo o porcentaje de participación— del complemento de convocatoria. Por lo tanto, se debe hacer una labor de filtro material respecto de la oportunidad de incluir los puntos en el orden del día solicitados; por ejemplo, porque el acuerdo no sea claramente competencia de la junta

o porque suponga una vulneración de los estatutos o de la LSC⁵.

Si la decisión del órgano de administración es no atender la solicitud de complemento de convocatoria, ya sea por razones formales o materiales, se enfrentará a la mencionada causa de nulidad que prevé el artículo 172 LSC. Ahora bien, si dejara de atender de manera justificada la solicitud de complemento de convocatoria por alguno de estos motivos —formales o materiales—, entendemos que entonces la junta que se celebre sin incluir esos puntos del orden del día no debería ser declarada nula.

3 · ATENDER LA SOLICITUD DE COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA DEL ARTÍCULO 172 LSC NO ES UNA FACULTAD INDELEGABLE DEL ARTÍCULO 249 BIS LSC

Tal y como se ha mencionado en el apartado anterior, la resolución de la DGRN de 31 de enero de 2018 ha asimilado de forma incorrecta la publicación del complemento de convocatoria con la convocatoria y la solicitud de convocatoria por la minoría. Como consecuencia de ello ha interpretado que el supuesto del artículo 172 LSC debe incluirse en las materias indelegables del artículo 249 bis j) LSC cuando indica que «entre las materias indelegables por el consejo de administración al consejero delegado está la de la convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos» y que «no solo es indelegable la convocatoria, sino la elaboración del orden del día, y una ampliación de convocatoria es precisamente lo que persigue: modificar el orden del día, cuya fijación es competencia del consejo de administración».

El mencionado artículo 249 bis j) LSC establece que la convocatoria de la junta y la fijación del orden del día son competencias indelegables por el consejo de administración porque se trata de un asunto discrecional de ese órgano.

No ocurre lo mismo con la solicitud de convocatoria de la junta prevista en el artículo 168 LSC. Aun-

⁴ Sobre el carácter de «acto debido» nos parecen especialmente ilustrativas las palabras de la propia DGRN en su resolución de 9 de julio de 2010 [RJ 2010, 3759] que considera el derecho del artículo 172 como «un mecanismo de tutela de la minoría mediante la limitación de las facultades del órgano de administración, de modo que se impide que en la fijación del orden del día de la junta general se sustraigan del debate cuestiones que dicha minoría le interese tratar».

⁵ Como cualquier derecho, se debe ejercitar de forma razonable y el consejo debe evitar que se haga un uso «irracional, abusivo o caprichoso»; vid. Juan José Jurado Jurado y Juan Ignacio Madrid Alonso: «Artículo 168. Solicitud de convocatoria por la minoría», en *Tratado de sociedades de capital. T. I. Comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital (arts. 1 a 316)*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017, p. 962.

que el socio debe solicitarlo a los administradores, quienes son, por lo tanto, los competentes en primer lugar para atender dicha solicitud, el artículo 169 LSC contempla, tal y como se ha mencionado antes, una delegación legal en el letrado judicial o en el registrador mercantil para que estos puedan suplir la voluntad del órgano de administración «Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría».

Pues bien, el complemento de convocatoria es una tercera categoría, distinta de la convocatoria *motu proprio* del consejo de administración y de la solicitud de convocatoria por la minoría. Cuando la junta ya está convocada, añadir uno o más puntos en el orden del día de esa junta no es ni una decisión estratégica ni mucho menos una decisión discrecional del órgano de administración, sino de los accionistas legitimados para solicitarlo. Por lo tanto, no se puede entender como facultad comprendida en el artículo 249 bis LSC.

En este caso, estamos ante un «acto debido», es decir, ante una obligación legal que no está sujeta a la incertidumbre de que resulte posible reunir o no al consejo de administración y de que, en caso de reunirse, decida votar favorablemente o no. El cumplimiento de una obligación legal cuya finalidad es proteger uno de los derechos de la minoría debe prevalecer sobre la eventualidad de que el órgano se reúna y de que vote favorablemente a dicha inclusión⁶.

Lo que el artículo 249 bis j) LSC busca evitar cuando hace referencia a «la convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos» es que esta decisión, por su trascendencia, la pueda tomar un órgano delegado. Sin embargo, este no es el caso con la solicitud de complemento de convocatoria, en donde el consejero delegado no elabora el orden del día, sino que se limita a incluir los puntos solicitados por la minoría, con amparo en una disposición legal de obligado cumplimiento para la sociedad.

⁶ En contra de lo que afirma el profesor SANCHEZ-CALERO. («El complemento de la convocatoria de la junta general» (competencia y diligencia) comentario de la resolución DGRN de 31 de enero de 2018, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil no. 152, octubre-diciembre 2018), esto no implica recurrir a una mera vía de hecho consistente en la atención individual de aquella solicitud. Ni lo es de hecho ni es individual porque quien lo atiende es un órgano de la sociedad en ejercicio de unas facultades legales que no pueden entenderse atribuidas de forma exclusiva al consejo de administración.

Por ello, no tiene sentido que los requisitos que exige el artículo 172 LSC no puedan ser verificados por el consejero delegado cuando el consejo de administración no tenga la oportunidad hacerlo en los plazos perentorios que exige el artículo 172.2 LSC. El derecho de solicitar el complemento de convocatoria se debe ejercitar en un plazo muy breve (5 días siguientes a la publicación de la convocatoria de la junta), la sociedad tiene que actuar también en muy poco tiempo para atenderlo (15 días de antelación a la fecha de la junta) y los anuncios de la convocatoria inicial se suelen publicar con poco más de un mes de antelación a la junta. Es decir, la sociedad dispone apenas de 10 días para analizar la solicitud y disponer su publicación.

Existen muchas razones por las que un consejo de administración puede no tener la oportunidad de reunirse dentro de los mencionados plazos para decidir atender la inclusión de nuevos puntos en el orden del día solicitados por la minoría. Además de la deslealtad, el abuso o la actitud obstruccionista de algunos de sus miembros, la enfermedad o cualquier otro motivo de ausencia pueden impedir que un consejo de administración se reúna, siquiera por vías telemáticas, para atender esta solicitud. En estos casos, carece de sentido que la persona a la que el consejo de administración ha delegado todas sus facultades no pueda llevar a cabo la labor de filtro de la solicitud de complemento de convocatoria.

En definitiva, se trata de cuestiones que pueden ser comprobadas con facilidad y en las que hay poco margen para la discrecionalidad. Y, en cualquier caso, no tiene sentido que quien tiene delegadas todas las facultades de representación y gestión de los intereses sociales no pueda llevar a cabo, en ausencia del consejo de administración, estas sencillas tareas de comprobación. Aunque el consejo de administración sea primariamente competente para este análisis, si no llega a reunirse para tomar una decisión, no es correcto interpretar que el análisis de estas cuestiones constituya una facultad indelegable.

Por otro lado, la DGRN se remite en la mencionada resolución a otra previa de 1 de octubre de 2013, según la cual la competencia para convocar la junta es una facultad exclusiva del consejo de administración, y esta solución «no queda excepcionada por el hecho de una eventual actuación desleal, abusiva u obstruccionista de uno o varios miembros de dicho consejo de administración».

Siendo esto correcto, la diferencia con el complemento de convocatoria es que cuando el consejo de

administración decide no atender una solicitud de convocatoria, el socio puede suplir la voluntad renuente del consejo de administración acudiendo al registrador mercantil o al letrado de la administración de justicia para que sean ellos los que convoquen la junta (artículo 169 LSC)⁷.

Esto no sucede, sin embargo, cuando la minoría pide que se incluyan uno o más puntos en el orden del día de la junta ya convocada por el consejo de administración. En este caso, la única solución que establece la ley, como medida sancionadora del incumplimiento que supone dejar de atender la solicitud del accionista legitimado, es la nulidad de la junta.

Como toda medida sancionadora, y en la medida en que en este caso entorpece el normal funcionamiento del órgano soberano de la sociedad, la nulidad debería considerarse como una medida residual a la que recurrir únicamente cuando no existan otras formas de suplir la inacción del consejo de administración. Por esta razón, entre esta voluntad pasiva y la nulidad de la junta, la ley debe ser interpretada para permitir que el consejero delegado supla esa falta de voluntad y atienda un derecho fundamental de los socios. De esta forma, se evitaría que la sociedad afectada pueda caer en un círculo vicioso de juntas y sucesivas impugnaciones que, en última instancia, llevarían al bloqueo de la sociedad.

Por tanto, hacer una interpretación extensiva de los supuestos de facultades indelegables del artículo 249 bis LSC con el fin de incluir dentro del apartado j) supuestos distintos de los allí previstos es un formalismo innecesario que entorpece el funcionamiento del órgano soberano de la sociedad y que pone en peligro el derecho de la minoría, ya que tiene como consecuencia la nulidad de la junta de forma irremisible y sin posibilidad de rectificación por parte del consejero delegado de la sociedad.

⁷ Por esta razón, nos parece que el caso que analizamos no puede resolverse aplicando el criterio fijado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.^a, Sentencia 53/2013 de 18 de febrero de 2013, Rec. 758/2011), según la cual «El hecho de que haya la solicitud de un socio que sea al menos titular de un cinco por ciento del capital social, y consiguientemente se deba convocar la Junta por los administradores de conformidad con el art. 100.2 LSA, no altera el sistema respecto de quien ha de convocar; es decir, sigue correspondiendo al Consejo, y no a un administrador aunque sea Consejero Delegado. Y si el Consejo no convoca, su voluntad no puede ser suplida por el Consejero Delegado, ni por el Presidente del mismo, ni por uno o algunos de sus miembros, sino que ha de interesarse la convocatoria judicial» (ahora sustituida por la convocatoria por el registrador o el letrado de la administración de justicia).

4 · LA ATENCIÓN DE LA SOLICITUD DE COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

El carácter de «acto debido» al que hemos hecho referencia respecto de la obligación de atender la solicitud de complemento de convocatoria de la junta se ve reforzado desde la perspectiva del régimen de responsabilidad de los administradores de la LSC.

Un consejero delegado que, ante la actitud pasiva o renuente del consejo de administración frente a la solicitud de complemento de la junta, permaneciera también pasivo y dejara de atenderla podría incurrir en responsabilidad frente al accionista solicitante.

El artículo 236.1 LSC establece que «Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa».

A su vez, el apartado cuarto del artículo 236 LSC pone, *a sensu contrario*, el foco sobre la actuación del consejero delegado cuando establece que «Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo de administración en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad [...]».

Y, por su parte, el artículo 237 LSC atribuye la responsabilidad con carácter solidario a todos los administradores cuando establece que «Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel».

Pues bien, la actuación que permitiría a un consejero delegado acogerse a la excepción del artículo 237 LSC sería demostrar que hizo «todo lo conveniente para evitar el daño».

En el caso concreto de la solicitud de complemento de convocatoria, la actuación negligente consistiría en dejar de atender el derecho que el artículo 172 LSC otorga a determinados accionistas. Y el daño sería la nulidad de la junta con el perjuicio que ello

podría provocar no solo al accionista solicitante, sino también a la propia sociedad y a los acreedores sociales. Concretamente en el caso al que se refiere la resolución de la DGRN, como consecuencia de la inacción del consejo de administración, la sociedad no habría podido aprobar las cuentas anuales, depositarlas en el registro y renovar así las clasificaciones para contratar con las Administraciones públicas.

Al tratarse de una mera dejación de funciones o actuación pasiva del consejo de administración, el consejero delegado no tendría la oportunidad de acudir a los demás supuestos del artículo 237 LSC que le habrían permitido salvar su responsabilidad. Por lo tanto, no podría probar que no intervino en la adopción o ejecución del acto lesivo al consistir este en un acto negativo provocado porque el consejo de administración ni siquiera ha alcanzado el *quorum* necesario para poder reunirse.

Tampoco podría alegar desconocer su existencia, dado que la solicitud de complemento debe dirigirse a los administradores de la sociedad.

Asimismo, no tendría la posibilidad de oponerse al acto lesivo por la misma razón del carácter pasivo de este. Si el consejo de administración no se reúne para atender la solicitud de complemento, el consejero delegado no tiene ni siquiera oportunidad de oponerse a ello.

Por lo tanto, la única posibilidad de hacer todo lo conveniente para evitar el daño es atender él mismo la solicitud de complemento, verificar si se cumplen los requisitos del artículo 172 LSC y publicar el complemento de convocatoria. Con ello no solo estaría evitando su propia responsabilidad, sino la de todo el consejo de administración.

5 · APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 529 TER 2. LSC

Aunque, como hemos justificado antes, la facultad de atender el complemento de convocatoria no puede considerarse una facultad indelegable, al no ser equiparable a la convocatoria de la junta, aun en el hipotético supuesto de que se considerara indelegable, un órgano delegado debería tener en cualquier caso la facultad de atender esa solicitud.

Como se ha explicado al principio, para las sociedades cotizadas, el artículo 529 ter 2. LSC permite que «cuando concurran circunstancias de urgencia debidamente justificadas» los órganos o personas delegadas puedan adoptar las decisiones corres-

pondientes tanto a las facultades indelegables del artículo 249 bis LSC como a las facultades específicas del artículo 529 ter 1. LSC.

Por tanto, si esto está permitido para una sociedad cotizada, que por su naturaleza está sujeta a una reglamentación más estricta, con mayor razón se debería permitir en una sociedad no cotizada. Esta diferencia legislativa nos lleva a pensar que se ha producido un desequilibrio no deseado entre la regulación de unas sociedades y otras (las cotizadas y las no cotizadas) más que una intención consciente y deliberada del legislador de establecer una regulación distinta, que consideramos carece de justificación.

En nuestra opinión, en tanto no se corrija este desajuste entre el funcionamiento del órgano de administración de unas sociedades y otras, estaría justificado hacer una interpretación extensiva de dicha norma de acuerdo el artículo 4 del Código Civil. Este artículo permite la aplicación analógica de las normas «cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Y esto es lo que ocurre, precisamente, en el caso que estamos analizando, puesto que el artículo 249 bis LSC no contempla expresamente que una circunstancia de urgencia permita a un órgano delegado adoptar decisiones sobre facultades indelegables, pero el artículo 529 ter 2. LSC regula un supuesto semejante y entre ambos existe una evidente identidad de razón.

Por lo tanto, si concurren en una sociedad no cotizada los supuestos previstos (circunstancias de urgencia debidamente justificadas, ratificadas en el primer consejo de administración que se celebre tras la adopción de la decisión), los órganos o personas delegadas deben poder adoptar decisiones sobre asuntos reservados, en principio, al consejo de administración. Desde nuestro punto de vista, la circunstancia de urgencia se puede apreciar en el hecho de que no se puede dejar desprovisto de protección a uno de los derechos de la minoría y provocar la nulidad de la junta por una mera actitud pasiva del consejo de administración durante un plazo tan breve como los 10 días en que se debe atender el complemento de convocatoria.

Sin embargo, la DGRN rechazó en la mencionada resolución esa aplicación analógica estableciendo que el régimen aplicable a las sociedades cotizadas «que se justifica por el tamaño, estructura y control público que sobre las mismas contempla el ordenamiento excluye de principio toda pretensión de aplicación analógica, salvo aquellos supuestos que se puedan encontrar debidamente fundamentados».

En nuestra opinión, que el régimen especial de una sociedad cotizada se justifica por razones de tamaño, estructura y control público no es un argumento suficiente para desactivar la aplicación analógica del artículo 529 ter LSC. En realidad, y quizá sospechando que el argumento del tamaño, estructura y control público es en realidad insuficiente, deja abierta la posibilidad de la aplicación analógica a las sociedades no cotizadas al admitir aquellos supuestos que se puedan encontrar debidamente fundamentados.

6 · LA SOLICITUD DE PRESENCIA DE NOTARIO EN LA JUNTA

En las situaciones de conflicto societario, también es habitual que la propia sociedad o algún socio solicite la presencia de notario en la junta. El artículo 203 LSC permite que tanto los administradores como los socios que representen al menos el 1 % (en la sociedad anónima) o el 5 % (en la sociedad limitada) requieran la presencia de notario para que levante acta de la junta general.

En caso de que sean los socios los que lo soliciten, los administradores estarán obligados a requerir el levantamiento del acta notarial, hasta el punto de que los acuerdos solo serán eficaces si se cumple con este requisito.

En este punto surge una cuestión parecida que con frecuencia está vinculada a la que hemos analizado respecto del complemento de convocatoria. Si los mismos socios que solicitan el complemento de convocatoria requieren al mismo tiempo la presencia de notario, debemos plantearnos si el cumplimiento de esta exigencia por los administradores constituye o no una facultad delegable.

La resolución de 31 de enero de 2018 de la DGRN a la que hemos hecho referencia antes considera que se trata también de una facultad indelegable y que, por lo tanto, debe ser cumplida por el consejo de administración. Para ello, utiliza como argumento que la obligación prevista en el artículo 203.1 LSC de atender la solicitud de presencia de notario en la junta para levantar acta es *«una obligación vinculada a la convocatoria de la junta y por tanto indelegable por el consejo de administración»*.

La mencionada resolución vuelve a recurrir al concepto de convocatoria de junta para introducir a través de él que se trata de una facultad indelegable. Sin embargo, volvemos a estar ante supuestos distintos que no se pueden confundir. Solicitar la

presencia de notario es otro derecho básico de la minoría, y su atención no puede equipararse a la forma en la que la ley contempla la solicitud de convocatoria de la junta.

Si los administradores han convocado ya la junta, cursar la solicitud es un «acto debido» (el artículo 203 LSC establece que *«están obligados a hacerlo»*) y los administradores deben limitarse a solicitar la presencia de notario si la petición cumple con los requisitos de la LSC.

Al igual que ocurre con la verificación de los requisitos de la solicitud de complemento de convocatoria, consideramos que apreciar si concurren los requisitos que exige el artículo 203 LSC no es una facultad indelegable. Es más, interpretar que esta mera labor de verificación de unos requisitos legales es una competencia exclusiva e indelegable del consejo de administración es una formalidad innecesaria y carente de sentido.

Una parte de la doctrina⁸ entiende que, aunque la competencia corresponda al órgano de administración como tal, y no a los administradores individualmente considerados, en el caso de un consejo de administración debe ser posible interpretar que el órgano colegial pueda delegar en un consejero delegado la competencia para realizar el requerimiento notarial. La justificación de esto es que, además de no incluirse esta facultad entre las competencias indelegables del consejo de administración del artículo 249 bis j) LSC, puede resultar especialmente útil en aquellos casos en los que la solicitud de la presencia notarial provenga de los socios. En nuestra opinión, esta delegación no tiene por qué ser expresa y puede entenderse comprendida dentro de la delegación general de facultades, precisamente porque no estamos ante una de las facultades indelegables.

La jurisprudencia ha venido interpretando de forma bastante flexible la regla de la competencia exclusiva⁹, todo ello con el fin de maximizar la tutela de los derechos de los socios minoritarios y evitar la sanción de nulidad de la junta, con lo que ello implica de entorpecimiento en el funcionamiento del órgano soberano de la sociedad.

⁸ Aurora Campins Vargas: «El acta notarial de la junta: un comentario al artículo 203 LSC» [en línea], *Almacén de Derecho*, 2 de julio de 2018 <<https://almacendederecho.org/acta-notarial-la-junta-comentario-al-art-203-lsc/>> [consulta: 24 de septiembre de 2018].

⁹ STS 4 de junio de 2009, SAP Tenerife de 26 de octubre de 2009 y SAP de Madrid de 27 de enero de 2017.

Por lo tanto, si se cumplen los requisitos de tiempo y forma previstos en el artículo 203 LSC, y con la única exclusión de los supuestos de ejercicio del derecho de solicitud de presencia de notario de mala fe, los administradores están obligados a requerir la presencia del notario.

Al igual que el artículo 172 LSC establece que no cursar la solicitud de la minoría es causa de nulidad, el artículo 203 LSC establece que si los administradores no cursan la solicitud de los minoritarios, los acuerdos adoptados no serán eficaces. Es decir, la LSC, vuelve a establecer las máximas sanciones ante la falta de atención de este derecho de los accionistas.

Para fundamentar que se trata de una facultad indelegable, la DGRN recurre a la resolución de 19 de octubre de 2000, que indica que *«el requerimiento de la presencia de notario para levantar el acta de la junta general de accionistas constituye [...] competencia reservada por la ley al órgano de administración con carácter exclusivo»*.

Sin embargo, dicha resolución es anterior a la entrada en vigor de la última modificación de la LSC y analiza una cuestión diferente a la que aquí se plantea. En dicha resolución el presidente (que no consejero delegado) convoca unilateralmente al notario para que levante acta notarial de la junta previamente convocada por el consejo de administración. En cambio, en el caso del artículo 203 LSC no se trata de que sea el presidente o el consejero delegado los que decidan solicitar la presencia de notario, sino que se limiten a atender la petición de un accionista minoritario.

Además, y a pesar de que la reforma de la LSC de 2014 no afectó a la redacción del artículo 114 de la anterior Ley de Sociedades Anónimas —el actual artículo 203—, el artículo 249 bis LSC, que fue introducido con dicha reforma, no incluye la solicitud de presencia notarial como facultad indelegable.

De la misma manera que ocurre con el complemento de convocatoria, y máxime si el consejo de administración no se reúne por falta de convocatoria o de *quorum*, el consejero delegado debe poder suplir la inacción del consejo de administración.

El profesor Alfaro¹⁰ también ha criticado este criterio aplicado por la DGRN en la resolución al afirmar lo siguiente:

«Esta Resolución es incompatible con el art. 204.3 LSC que ha considerado no impugnables los acuerdos que sufran defectos procedimentales lo que significa, a contrario, que esos defectos no pueden servir de base para una calificación negativa del registrador basada, precisamente, en la ilegalidad de los acuerdos adoptados. El hecho de que sea el Presidente del Consejo de administración el que ordene la publicación del complemento o la asistencia de un notario constituyen

«infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo de administración, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo»

Y, en modo alguno, puede considerarse que estemos ante

«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».

¿Qué hay que hacer? Incluir una coetilla en el acuerdo del consejo de administración de convocatoria de la junta en la que se indique que si hay que publicar algún complemento de la junta, se delega en el presidente la publicación. No es bastante, porque la DGRN quiere que el Consejo de administración se reúna todas las semanas hasta que se celebre la junta aunque eso le cueste un Congo a la sociedad. ¿Qué legítimos intereses se protegen aquí?».

En conclusión, si la solicitud de presencia notarial es un «acto debido» porque lo exigen los preceptos citados, y si en ninguno de ellos se menciona la necesidad de una reunión del consejo de administración ni el artículo 249 bis LSC la incluye entre las facultades indelegables, el consejero delegado debe poder efectuar ese requerimiento. Asimilarlo a la convocatoria de la junta es una interpretación extensiva, forzada y artificiosa del citado artículo 249 bis LSC.

7 · CONCLUSIÓN

Si en algo coinciden los numerosos trabajos sobre la reforma LSC es en destacar cómo esta Ley ha potenciado los derechos de las minorías. Permitir que el consejo de administración pueda invalidar el ejercicio de estos derechos, decidiendo si acepta o no ese complemento de convocatoria o limitándose a ignorarlo, sería ir en contra no solo de un artículo específico (que deroga la norma general), sino tam-

¹⁰ Jesús Alfaro: «Rifiuti ingiustificati», *op. cit.*

bién de toda una interpretación sistemática de la LSC, dejando este derecho al arbitrio de algunos administradores.

La decisión del consejero delegado de cursar el complemento de convocatoria o atender la solicitud de presencia de notario en la junta son actos debidos que no se pueden identificar con la solicitud de convocatoria de la junta del artículo 168 LSC, y no se encuentran entre las competencias indelegables del artículo 249 bis LSC. Y aunque

—a efectos meramente dialécticos— pudiera entenderse que se trata de facultades no delegables, debería igualmente poder hacerlo en virtud de una aplicación analógica del artículo 529 ter 2 LSC.

Interpretar lo contrario implicaría vulnerar derechos esenciales de la minoría, provocar la nulidad de la junta y que los administradores de la sociedad (incluidos los que pretendieran respetar el derecho de la minoría) pudieran llegar a incurrir en responsabilidad.