

REGISTRO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANONIMA: CONVOCATORIA.—SALVO EN EL CASO DE JUNTA GENERAL UNIVERSAL DEL ARTÍCULO 55 DE LA LEY, LOS PRECEPTOS LEGALES EXIGEN QUE PARA QUE PUEDA CELEBRARSE TANTO LA JUNTA ORDINARIA COMO LA EXTRAORDINARIA SE REQUIERE QUE SEA CONVOCADA POR EL ADMINISTRADOR ÚNICO O POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, SIN PERJUICIO DE LO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 56 Y 57, QUE ADMITEN LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA REALIZADA POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.

FORMACION DE LA VOLUNTAD SOCIAL.—DEL ARTÍCULO 51 DE LA LEY NO DEBE DEDUCIRSE QUE PUEDA CELEBRARSE LA JUNTA CON LA CONCURRENCIA DE UN SOLO ACCIONISTA CUYAS ACCIONES REPRESENTAN LA MITAD DEL CAPITAL DESEMBOLSADO, YA QUE ELLO PUGNA ABIERTAMENTE NO SÓLO CON EL SENTIDO GRAMATICAL DE LA PALABRA JUNTA, SINO CON LO QUE ES ESENCIAL EN UN ÓRGANO DELIBERANTE.

Resolución de 3 de octubre de 1972 (B. O. del E. de 18 de octubre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Según anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 22 de agosto de 1970, y reproducido en el *Correo Catalán*, de Barcelona, de 6 de septiembre del mismo año, «de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 11 y siguientes de los Estatutos de esta Sociedad, se convoca Junta general ordinaria y Junta general extraordinaria de accionistas de 'Fortuny, S. A.', que se celebrará el 29 de septiembre próximo, a las dieciocho horas, en primera convocatoria, y si procediera, en segunda, al siguiente día, a la misma hora, en su domicilio social, calle Hospitalet, 32, con los siguientes asuntos a tratar: ... 6. Renovación del Consejo de Administración y nombramiento de administradores, si procediere. ... Barcelona, 30 de junio de 1970.—El administrador, José Fortuny»; que el señalado día 29 de septiembre, el señor Fortuny requirió al Notario de Barcelona don Carlos Valcarce Tribaldos para que acudiese a la Junta convocada y levantase acta de la misma; que no concurrió ningún otro socio además del requirente, por lo que el Notario fue de nuevo requerido para que compareciese en la segunda convocatoria fijada para el día siguiente; que a esta segunda convocatoria acudieron el requirente, señor Fortuny, y don Martín Gelaberto Planas, quien manifestó

no ser socio, sino sólo secretario de la Sociedad, y asegurando que únicamente son socios don José Fortuny Tarrés y su hermano don Ignacio Fortuny Tarrés, que no acudió a la reunión; que constituida la Junta general ordinaria y extraordinaria se levantó acta incorporándose a la notarial certificación de la reunión, librada por don Martín Gelaberto Planas y firmada también por J. Fortuny como presidente; que en dicha certificación consta lo siguiente: «Ocupa la presidencia don José Fortuny Tarrés, vicepresidente del Consejo de Administración de 'Fortuny, S. A.', nombrado en Junta general de 26 de noviembre de 1955; se halla presente don Martín Gelaberto Planas, a quien en este acto, y de conformidad con el último párrafo del artículo 61 de la Ley de Sociedades Anónimas, se le designa secretario de esta Junta. ... Concorre un solo accionista con un total de 1.861 acciones de 500 pesetas de valor nominal (930.500), lo que equivale a la mitad del capital desembolsado, teniendo en cuenta las 278 acciones de la Sociedad que fueron adquiridas en 3 de abril de 1967 por 'Fortuny, S. A.', a cargo de reservas para amortizar. ... En cuanto al número 6.º de los asuntos a tratar, no asistiendo ningún otro socio de los que tienen derecho a concurrir, no se procede a renovar al Consejo de Administración, ya que hasta el momento presente no se ha notificado ni alegado causa alguna que les imposibilite para asistir a esta Junta, para poder deliberar y acordar al respecto. No obstante, dadas las graves circunstancias que está atravesando la Sociedad, y por las razones expuestas anteriormente y considerando lo dispuesto en el número 4 del acta de la Junta general ordinaria de 26 de noviembre de 1955, se dispone inscribir en el Registro Mercantil de esta provincia, y a todos los efectos que en Derecho sean procedentes, el siguiente acuerdo: Don José Fortuny Tarrés seguirá siendo administrador de 'Fortuny, S. A.', por un período de cinco años», y que en escritura autorizada en Barcelona, ante el Notario señor Valcarce, el 23 de octubre de 1970, don José Fortuny Tarrés aceptó el cargo de administrador de «Fortuny, S. A.».

Presentados en el Registro Mercantil de Barcelona el anterior documento junto con otros complementarios, fueron calificados por la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos: 1.º Por no estar efectuada la convocatoria de la Junta general por persona legitimada para ello, ya que no existe previo acuerdo del Consejo de Administración, tal como dispone el artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas. 2.º Falta de formación de voluntad social o acuerdo de Junta, requisito que indica expresamente como necesario la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960. Los citados defectos se califican de insubsanables, por lo que no procede tomar anotación preventiva.»

Don José Fortuny Tarrés interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que únicamente él es el legítimo gerente y legal representante de «Fortuny, S. A.», como demuestra el hecho de haberse revocado a su instancia los poderes otorgados en su día a don Santiago Fernández Núñez, revocación que ha sido inscrita el 7 de julio de 1970 por el propio Registrador, y hallarse en trámite de inscribir la revocación de poderes el otro socio, don Ignacio Fortuny Tarrés; que si el gerente de la Sociedad puede revocar un poder en nombre de la misma y conseguir su inscripción en el Registro Mercantil, con más razón podrá convocar Junta de accionistas, que no es más que un trámite puramente formal, previsto en los Estatutos, al que viene obligado para que no quede paralizada la vida de la Compañía; que para que la convocatoria de Junta se haga judicialmente, la Ley exige que con anterioridad se requiera notarialmente al órgano que lleve la administración de la Sociedad (arts. 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas); que no tendría sentido en el presente caso que el recurrente

requiriese al otro socio, que no ostenta cargo alguno en la Empresa, para que convocase la Junta de la Sociedad; que, además, la celebración de la Junta fue interesada por el socio don Ignacio Fortuny en carta de 8 de julio de 1970 dirigida al recurrente, por conducto del Notario don Trinidad Ortega Costa, en cuyo último párrafo le «requiere para que le rinda cuentas»; que la Resolución de 24 de junio de 1968 admite como válida la convocatoria efectuada por un administrador con mandato caducado; que la sentencia que invoca el funcionario calificador no es aplicable al presente caso, pues se refiere a un supuesto completamente distinto al ahora planteado; que en la Junta de «Fortuny, S. A.», no se negó al otro accionista su asistencia a la misma, sino que, por el contrario, se le notificó su celebración por carta certificada y se anunció, además, en la prensa y *Boletín Oficial del Estado*; que, en todo caso, el socio disidente, de conformidad con lo previsto en los artículos 66 y 68 de la Ley de Sociedades Anónimas, pudo impugnar los acuerdos tomados y no lo hizo; que la denegación de inscripción favorece la conducta dolosa de un socio disidente y perjudica al que procede de buena fe y es legal representante de la Sociedad; que el socio disidente está en la actualidad procesado por los Juzgados de Instrucción número 12, de Barcelona, y número 1, de Reus, por los delitos de apropiación indebida, falsedad y estafa, cometidos en la época en que fue gerente de «Fortuny, S. A.», y que la documentación que prueba estos hechos ya fue acompañada al solicitarse la inscripción, y a estos efectos se remite, además, a las actuaciones sumariales y al protocolo del Notario señor Davi.

El Registrador Mercantil dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que las Juntas generales, tanto ordinarias como extraordinarias, deben ser convocadas por los administradores de la Sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto infringido en la convocatoria cuestionada, como lo demuestra el hecho de que, a pesar de estar regida «Fortuny, S. A.», por un órgano colegial, cual es su Consejo de Administración, fue hecha por uno de los componentes de dicho Consejo sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 79 de la propia Ley; que del hecho de que don José Fortuny Tarrés, en su calidad de gerente de «Fortuny, S. A.», resulte legitimado para revocar poderes, no debe deducirse que pueda, con tal carácter, convocar Juntas generales, ya que tal facultad está reservada a los Administradores por el citado artículo 49, administradores representados en el presente caso por las decisiones de su Consejo de Administración; que así lo entiende la generalidad de los autores representantes de la doctrina más solvente; que de los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, invocados por el recurrente, resulta que en los casos de manifiesta contradicción e intereses y falta de colaboración entre los accionistas, como ocurre en el presente caso, puede cualquiera de ellos acudir al Juez para que se convoque la Junta designando la persona que deba presidirla; que la doctrina sentada por la resolución de 24 de junio de 1968, que admite la convocatoria hecha por administradores con mandato caducado, para evitar la paralización de la vida social, no autoriza a deducir la legalidad de la convocatoria realizada por persona que no siendo administrador se atribuye facultades decisorias propias del Consejo de Administración; que en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960 se declara sin distingos que sin la asistencia de un número plural de socios no es admisible que uno solo, aunque sea mayoritario, se erija en definidor de una declaración vinculante, lo que, además, pugna abiertamente no sólo con el sentido gramatical de la palabra junta, sino con lo que es esencial en un órgano deliberante; que los artículos 66 y 68 de la Ley de Sociedades Anónimas se refieren a derechos que la Ley concede al accionista respecto a los acuerdos tomados en Juntas convocadas con los requisitos legales y en

exclusivamente por un socio, doctrina reiterada en resolución de 20 de junio de 1963.

COMENTARIO.—Los artículos 86 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil exigen con carácter obligatorio la inscripción del nombramiento y cese de administradores y liquidadores, y a tal efecto impone la responsabilidad derivada de los daños y perjuicios a los gestores de la Sociedad, que no se cuidaron de la inscripción de dichos nombramientos dentro de los plazos previstos. Por ello, teniendo en cuenta que no caben las situaciones de hecho para la determinación de los componentes del Consejo de Administración, es necesario atender al contenido de la certificación pedida por la Dirección General, de la que resulta: el Consejo de la Sociedad recurrente se compone de tres miembros y que sus nombramientos están caducados por haber transcurrido el plazo de cinco años previsto por el artículo 21 de los Estatutos sociales. Partiendo de esta base se plantea la cuestión de si es ajustada a Derecho la convocatoria de la Junta general realizada solamente por uno de los administradores de la Sociedad, y ligada con ella, la de si pueden realizar válidamente la convocatoria de la Junta los administradores que tuvieren caducado su mandato.

El artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas exige que las Juntas generales ordinarias o extraordinarias habrán de ser convocadas por los administradores de la Sociedad, con lo que plantea la duda de si cualquiera de los administradores está facultado para poner en marcha la Junta o esta facultad incumbe exclusivamente al administrador colegiado—Consejo de Administración—, órgano único de gestión de la Sociedad. Para GARRIGUES y URÍA (1), cuando la Administración se confíe conjuntamente a varias personas, habiendo éstas de constituirse en Consejo de Administración por mandato imperativo del artículo 73, corresponderá a éste y no a los administradores separadamente la facultad de convocar, ya que esta convocatoria exige un acuerdo regular del Consejo. Según la certificación de la Dirección General antes reseñada los nombramientos de miembros del Consejo de Administración de la Sociedad han caducado por haber transcurrido con exceso el plazo de cinco años fijado en los Estatutos; es decir, que realmente no hay administradores, sino gestores de negocios ajenos sin mandato—administradores de hecho—, que, según reconoce la resolución de 24 de junio de 1968, podrán continuar su actuación hasta la celebración de la Junta para evitar que la vida de la Sociedad quede paralizada. Pero en tal supuesto de gestores sin mandato se presenta la duda de quién habrá de convocar la Junta, sobre todo en función a la urgencia y necesidad de la convocatoria para la designación de miembros componentes del Consejo; la solución en estos casos anómalos puede ser la fijada por el artículo 57 de la Ley, es decir, a través del Juez de Primera Instancia, siempre que los gestores de hecho componentes del Consejo caducado no adopten el acuerdo de convocar la Junta o no se celebre la prevista por el artículo 55—Junta universal.

Respecto de la segunda cuestión, de si puede celebrarse la Junta con la concurrencia de un solo accionista cuyas acciones representan la mitad del capital desembolsado, la propia Ley mantiene la solución negativa, ya que claramente contempla en su artículo 48 el supuesto normal de pluralidad de accionistas, que habrán de decidir por mayoría en asuntos propios de la competencia de la Junta. Es decir, como señalan GARRIGUES y URÍA en su obra (2), la Junta es, ante todo, reunión de accionistas, y para que pueda hablarse de Junta es indispensable la simultánea presencia física de los socios, puesto que tal reunión tiene por finalidad deliberar y decidir. Además, para la válida constitución de la Junta en primera

(1) *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, pág. 510, tomo I.

(2) *Ob. cit.*, pág. 515.

convocatoria, el artículo 51 de la Ley nos habla de la mayoría de los socios o, cualquiera que sea el número de éstos, si los concurrentes representasen la mitad del capital desembolsado, o sea, que exige con toda claridad o la mayoría o la concurrencia de socios, en ambos casos más de un socio. En segunda convocatoria dicho artículo 51 se refiere a la válida constitución de la Junta, cualquiera que sea el número de socios concurrentes a la misma. Aquí hay que hacer también la salvedad del plural utilizado por la Ley de socios concurrentes, pero queda la ligera duda de que dentro de la frase «cualquiera que sea el número» entra el uno. Pero tal solución, como indican GARRIGUES y URÍA (3), sería inadmisibles no sólo por ser conceptualmente incompatible con la idea de Junta o Asamblea, que es, por definición, reunión de varias personas, sino porque el artículo 71 exige que la Junta tenga, cuando menos, un presidente y un secretario, y si bien en el supuesto que nos ocupa existió secretario, éste no estaba dotado de la cualidad de accionista, infringiendo así el artículo 48, antes citado, que nos habla de la pluralidad de accionistas, que deciden por mayoría.

Según se desprende de las manifestaciones del secretario del Consejo de Administración de la Sociedad, únicamente son socios don José, que recurre contra la nota de calificación, y su hermano, don Ignacio, y que, además, ambos socios ostentan análoga participación en el capital social. De tal situación se derivan las siguientes consecuencias: 1.ª Prescindiendo del vicio de convocatoria antes examinado, para la adopción de acuerdos en Junta general será necesaria la presencia de ambos socios, que forzosamente habrán de adoptarlos por unanimidad, ya que si uno de ellos disiente o no concurre a la Junta, no hay posibilidad de acuerdo. 2.ª La situación social, por tanto, es anómala, dado que por ser dos el número de socios, los acuerdos no pueden tomarse por mayoría, como queda dicho, siendo de este modo inaplicables las normas contenidas en los artículos 51 y concordantes de la Ley. 3.ª A semejanza de lo que ocurre en las Sociedades Anónimas en las que todas las acciones se reúnan en manos de un solo socio, a las que alude la Exposición de Motivos de la Ley (4), será necesario regularizar la situación anómala de la Sociedad, pues mientras aquélla perdure, la vida social quedará paralizada. Pese a que el grave problema planteado por las Sociedades compuestas por uno o dos socios tiene una solución aparentemente fácil—ya que no hay que olvidar las consecuencias de la declaración de simulación por los Tribunales—mediante la transmisión de acciones a testaferros, lo cual permitiría la celebración de la Junta y la adopción por mayoría de los acuerdos, resalta la insuficiencia de la Ley para la solución del problema, y ello por no haberse atrevido o no haber querido sus autores enfrentarse con la cuestión de fondo de determinar el plazo máximo en que la Sociedad anómala debe adaptarse a la normalidad, entendiendo por ésta la prevista por el artículo 10 de la Ley, que exige el mínimo legal de tres socios fundadores. La solución al problema expuesto no la ofrecen, por tanto, ni la Ley de Sociedades Anónimas ni la jurisprudencia, que se refiere a límites tan vagos como el abuso del derecho y la buena

(3) *Ob. cit.*, pág. 520.

(4) La concentración de todas las acciones en una sola mano no es causa de disolución de la sociedad, pues el artículo 150 de la Ley no la incluye. La Exposición de Motivos, rindiendo tributo a las realidades que no pueden desconocerse, no considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano. La omisión, que a muchos parecerá inexplicable, de aquella causa de disolución que a primera vista viene impuesta por la naturaleza de la sociedad como resultante de acuerdo de varias voluntades y aun por la misma estructura de un organismo que supone pluralidad de actividades, no es otra cosa sino un homenaje a la sinceridad de que todo legislador debe hacer gala cuando advierte un divorcio entre la realidad y el Derecho legislado; y la realidad es que, aun en los supuestos de reunión de acciones en una sola mano, que con harta facilidad puede eludirse mediante la interposición de verdaderos testaferros, no debe producirse la inmediata disolución de la sociedad por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca restableciéndose la pluralidad de socios.

fe. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley habla de que la reunión de todas las acciones en una sola mano no debe producir la inmediata disolución de la Sociedad, por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca restableciéndose la pluralidad de socios o, lo que es igual, parece diferenciar las situaciones definitivas que provocan la disolución de la Sociedad de las transitorias que son anormales, no regulares, es decir, irregulares. Precisamente a través de esta figura de la Sociedad irregular, entendida en un sentido más amplio que el que usualmente se le concede, no de irregularidad originaria, sino de irregularidad sobrevenida—quedar reducido el número de socios a dos o a uno—, permitiría por la vía de sanción corregir numerosas situaciones anómalas al imponer al único socio o a ambos socios, respectivamente, la responsabilidad personal e ilimitada propia del empresario individual, o la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria propia de la Sociedad regular colectiva, que, a juicio de Uría (5), es aquella en la que debe subsumirse la Sociedad irregular, por ser el tipo más próximo al de una Sociedad mercantil general.

E. F. C.

(5) Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil, 1971. *Las Sociedades y el Registro Mercantil*, pág. 189.