

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

**CURSO SOBRE DERECHO DE LA EMPRESA
PRÁCTICA SOCIETARIA**

**REAL E ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA
MAYO-JUNIO 2013**

**«LA CONVOCATORIA Y
CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA GENERAL.
DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS
SOCIOS»**

**Carmen Gay Cano
Abogado**

INDICE

- 1.- Cuestión previa. Toma de postura.
- 2.- La convocatoria de la Junta General.
 - 2.1. Marco normativo.
 - 2.2. Análisis del régimen legal de la convocatoria en la LSC.
 - 2.3. Competencia para convocar.
 - 2.4. Forma de la convocatoria.
 - 2.5. Breve mención al complemento de la convocatoria.
 - 2.6. Lugar de celebración de la junta.
 - 2.7. Plazo de antelación con el que debe convocarse la junta.
Plazo de celebración de la junta de aprobación de cuentas.
 - 2.8. Mención a la convocatoria en el acta de la junta. Control notarial de la convocatoria.
 - 2.9 La posible subsanación de una junta defectuosamente convocada.

3.- La constitución de la junta.

3.1. Marco normativo. Análisis del régimen legal.

3.2. Cuestión previa: momento en el que deben alegarse los defectos de convocatoria.

3.3. Mesa de la Junta. Presidente y secretario.

3.4. Lista de asistentes.

3.5. Asistencia a la junta mediante representantes.

3.6. Asistencia a la junta de terceros no socios: administradores, asesores y otros terceros.

3.7. Prórroga de la junta.

4.- El derecho de información en la junta general.

4.1. Límites al derecho de información.

4.2. Marco normativo. Régimen legal en la LSC.

4.3. El supuesto especial de socio-administrador.

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

Todo mi agradecimiento a mis compañeras de Despacho Raquel Lacilla y Yolanda Moy, así como a Maialen Arteche, (Practicum de la Facultad de Derecho), por sus generosas y valiosas aportaciones a este trabajo.

**Carmen Gay Cano. GAY CANO & PALACÍN RAMOS Abogados, SCP
Reservados todos los derechos y/o transmisión por cualquier medio o sistema, salvo autorización expresa**

LA CONVOCATORIA Y CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA
GENERAL.
DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS

1.- CUESTIÓN PREVIA. TOMA DE POSTURA.

Las materias referentes a la convocatoria, constitución de la junta general y derecho de información de los socios son, todas ellas, materias fundamentales en el moderno derecho societario que incorpora la Reforma del 89, pero también, cuestiones de extraordinaria relevancia práctica en el día a día de las sociedades mercantiles.

Considero oportuno advertir ya que, en mi opinión, el derecho societario en general y, muy especialmente, las materias que abordamos hoy, constituyen un sistema normativo **esencialmente técnico** y, como tal, exige una interpretación y aplicación rigurosa, concepto que en nada se aleja de la necesaria flexibilidad y adecuación al caso concreto que la riqueza de la vida societaria exige, como podremos ver hoy.

En efecto, muchos de los preceptos que regulan estas cuestiones son de carácter imperativo, en sentido técnico-jurídico, es decir, son normas de inexcusable aplicación, no derogables vía la libertad de pacto estatutario

reconocida en el art. 28¹ de la Ley de Sociedades de Capital, (Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en lo sucesivo, «LSC»). Es decir, ***ius cogens***.

Pero además, también es cierto que es un ámbito en el que la Ley permite que los estatutos sociales, (también referidos como «ET»), introduzcan generalmente mejoras, más garantías o medidas de mayor protección para los socios, (también alguna restricción). Efectivamente, aunque con frecuencia lo olvidamos, la LSC concede una amplia libertad de pacto y, por tanto, los estatutos sociales tienen el carácter de auténtica **«ley societaria» de cada concreta sociedad** que, como tal, es de aplicación preferente a la propia LSC, (obviamente, sin que los ET puedan vulnerar normas imperativas).

En las materias que hoy abordamos, los ET pueden tener un amplio ámbito de regulación específica y, por tanto, su vulneración o incumplimiento, - aún respetándose la Ley,- puede dar lugar a la impugnación de la junta o de determinados acuerdos. Conforme a lo dispuesto en el art. 204.2 LSC, (en relación con los arts. 205 ss. LSC), se trataría de un supuesto de anulabilidad. (Personalmente, considero que se debería dar igual tratamiento de nulidad radical a la vulneración de la norma estatutaria que

¹ Art. 28 LSC: «En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido».

legal por los motivos ya expuestos de la consideración de los ET como auténtica «ley societaria»).

El derecho de sociedades es un pilar esencial del desarrollo económico de un país. La inversión, (y más la extranjera), huye de sistemas jurídicos en los que hay inseguridad sobre cuál es el derecho aplicable a los negocios y, entre ellos, el de su principal agente: las sociedades mercantiles.

Por ello considero extremadamente peligrosa la tendencia al «relativismo» que parece que, -como en la mayoría de los ámbitos,- quiere instalarse también en estas cuestiones societarias.

2.- LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL.

La convocatoria es un acto societario de extraordinaria relevancia como primer requisito formal para la celebración de la junta general, salvo que se celebre con carácter de universal «*sin necesidad de previa convocatoria*» (art. 178 LSC).

2.1. Marco normativo.

El marco normativo estricto de la convocatoria de la junta general, se encuentra en los arts. 166 a 177 LSC, (que integran el Capítulo IV, del título V LSC), que va a ser objeto de esta ponencia. (No analizaremos las

especialidades que, para otros órganos, tipos o subtipos societarios, regula la LSC).²

Ahora bien, no debe olvidarse que a lo largo de la Ley, (y de otras normas mercantiles), encontramos constantes referencias a la convocatoria, fundamentalmente, en relación con la exigencia de cumplimiento de determinados **requisitos formales**, plazos, menciones obligatorias etc. Entre otros, podemos mencionar los siguientes:

- Art. 11 bis LSC referente al acuerdo de creación de la web corporativa de la sociedad, exigiendo que éste figure expresamente en la convocatoria.³
- Art. 47 LSC que regula la convocatoria de junta constituyente en el caso de fundación sucesiva de la sociedad.
- Art. 182 LSC, sobre asistencia telemática a la junta, exigiendo que en la convocatoria se describan *«plazos, formas y modos de ejercicios de los derechos de los accionistas»*.

² Respecto de la convocatoria del **Consejo de Administración**, ver art. 246 LSC.

En el caso de **Sociedad nueva empresa** («SLNE») se regula en el art. 466 LSC.

Por lo que se refiere a la **sociedad anónima europea** ver los arts. 492 y ss.

En las sociedades **anónimas cotizadas** la convocatoria se regula de forma muy detallada en los arts. 512 y ss. LSC.

Para la **Asamblea de obligacionistas**, ver el art. 423 LSC.

³ Medio de publicidad y comunicación societaria por el que de forma clara se opta en la reforma introducida por la Ley 1/2012 de 22 de junio, en consonancia con los actuales tiempos.

En ocasiones, **la convocatoria es un derecho** que se concede al socio o accionista, como es el caso de los arts. 168 y 169 LSC, que luego analizaremos, pero también del art. 239 LSC que regula la solicitud de convocatoria por la minoría que represente el 5% del capital social, para que la junta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los administradores.

Son muchos los preceptos que se refieren a la convocatoria en relación con el **derecho de información**, como sucede, por ejemplo, con los arts. 272.2, 287, 293, 300.1, 301, 308 y 365 LSC, que luego analizaremos más detenidamente. A ello habría que añadir los numerosísimos preceptos de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 3 de abril («LME»), con ocasión de las operaciones societarias de fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos, etc.⁴

También en sede de **disolución y liquidación** de sociedades encontramos numerosas referencias a la convocatoria.

- Art. 365 LSC regula el deber de convocar cuando concurra causa de disolución.
- Art. 371 LSC se refiere expresamente a la aplicación de las normas estatutarias de convocatoria.

⁴ Entre otros arts. 32, 39, 40, 95 y 98 LME.

- Art. 377 LSC contempla la solicitud de convocatoria al Juez de lo Mercantil por cualquier socio, en el caso de vacancia en el cargo de liquidadores.

2.2. Análisis del régimen legal de la convocatoria en la LSC.

La convocatoria es un acto societario de extraordinaria importancia ya que, como hemos señalado, es el acto inicial para la constitución del órgano deliberante, (salvo en el caso de celebración con carácter de universal).

Es un acto **formal** –*strictu sensu*- que exige el cumplimiento riguroso de los requisitos legales y estatutarios, puesto que de su adecuación a las normas que la regulan depende la válida constitución de la junta y, por ende, de los acuerdos que se pretendan adoptar.

A ello se refiere, entre otras, la Sentencia del de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), núm. 114/2011, de 16 de febrero. (Ponente: D. Pedro Antonio Pérez García. [Roj: SAP Z 552/2011; Id Cendoj: 5029737005201100172]. Rec. núm. 62/2011):

*«(...) Salvo los supuestos de junta universal, la celebración de junta ha de ir precedida de su **convocatoria, en tiempo y forma, según las normas legales y estatutarias.** En otro caso, se debe estimar procedente la convocatoria judicial, que ha de entenderse un remedio subsidiario, que persigue subsanar los defectos que impiden la convocatoria de Junta General por el órgano de administración o la falta de actividad de éste (...).».*

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

Las normas de convocatoria son de *ius cogens* en su mayoría, como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 95/2006, de 13 de febrero. (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. [Roj: STS 834/2006; Id Cendoj: 28079110012006100159], Rec. núm. 2155/1999):

*«(...) La Ley 2/1.995 exige que la **convocatoria cumpla una serie de formalidades (...)***

*Las referidas formalidades las eleva la Ley, con la fuerza que deriva de **las normas de ius cogens, a la condición de exigencias inexcusables** como garantías básicas de la regular constitución de la junta en cada caso y, por repercusión, **como presupuesto de validez de los acuerdos en ella adoptados** (sentencia de 9 de diciembre de 1.999).*

*La naturaleza imperativa de dichas normas y la correlación entre su incumplimiento, **la inválida constitución de la junta y la nulidad absoluta de los acuerdos adoptados han sido destacadas por la jurisprudencia para estas y otras sociedades capitalistas** (sentencias de 31 de mayo de 1.983, 17 de diciembre de 1.986, 7 de abril de 1.987, 5 de noviembre de 1.987, 18 de diciembre de 1.987, 25 de marzo de 1.988, 26 de enero de 1.993, 15 de noviembre de 1.994 y 14 de marzo de 2.005).*

*(...) En conclusión, la junta ordinaria no se constituyó válidamente, de modo que, conforme a lo expuesto, **los acuerdos que de ella nacieron tampoco son válidos, aunque permitieran formar una mayoría.***

*La invalidez de esos acuerdos, por **razón del vicio de la reunión** que los generó, es la propia de **la nulidad absoluta** y aunque **nada dice la Ley***

sobre la legitimación para impugnar acuerdos nulos por defectos en la constitución de la junta, no hay razón para limitarla con la exigencia de requisitos que vienen establecidos sólo para los acuerdos anulables (artículo 117.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el 56 de la Ley 2/1.995) (...).».

Antes de la LSC encontrábamos un claro apoyo a favor de la formalidad de la convocatoria en el art. 93 LSA cuando, sin atisbo de duda, decía que la junta «**debidamente convocada**» decidía sobre los asuntos de su competencia.

Fruto de ese cierto relativismo que se viene imponiendo, también en el derecho societario, el vigente art. 164 LSC ahora dice «1. La junta general ordinaria, **previamente convocada al efecto**, se reunirá (...)».

Sin embargo, (como manifestación una vez más de los graves defectos de técnica legislativa con los que se legisla, aún en el caso de la LSC el esfuerzo del Legislador ha sido de mera armonización y refundición), en el caso de la segunda convocatoria –sólo posible en las SA,- el art. 177.3 LSC sigue refiriéndose a la junta «**debidamente convocada**». También debe ser «**debidamente convocada**» la asamblea de obligacionistas, ex art. 424 LSC.

2.3. Competencia para convocar.

La competencia para convocar, según la redacción literal del art. 166 LSC, **corresponde a «los administradores y, en su caso, a los liquidadores».**

Sólo en los supuestos patológicos la Ley remite la competencia para convocar al **Juzgado de lo Mercantil**. Son los supuestos contemplados en los arts. 169, 171 y 377 LSC, a los que luego nos referiremos. O como bien nos recuerda la Sentencia del de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de febrero, ya citada, «(...) *la convocatoria judicial, ha de entenderse **un remedio subsidiario**, que persigue subsanar los defectos que impiden la convocatoria de Junta General por el órgano de administración o la falta de actividad de éste (...)*».

La Ley otorga la competencia a **los administradores**, pero para saber a qué persona o personas concretas les corresponde efectivamente convocar es necesario examinar a quién le corresponde el **poder de representación en el concreto sistema de organización del órgano de administración de cada sociedad**.

Como establece el art. 233 LSC:

*«1. En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los **administradores en la forma determinada por los estatutos**, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.*

2. La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas:

- a) En el caso de **administrador único**, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.*

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

- b) *En caso de **varios administradores solidarios**, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.*

- c) *En la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos **administradores conjuntos**, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.*

- d) *En el caso de **consejo de administración**, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.*

Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación».

Precisamente a efectos de poder comprobar las facultades del convocante, el art. 174 LSC exige que en la convocatoria conste «**el cargo de la personas o personas que realicen la convocatoria**», (no la identificación personal).

Obviamente, no es necesario que el nombramiento del administrador o administradores esté inscrito en el Registro Mercantil para que puedan convocar válidamente, ya que el cargo de administrador surte plenos efectos desde la aceptación (art. 214.3 LSC), salvo en el caso de delegación

de facultades que sí exige inscripción para que pueda actuar válidamente, (art. 249.3 LSC).

Los supuestos más claros de **convocatoria por persona incompetente** suelen producirse cuando la sociedad tiene consejo de administración, en concreto, cuando ha sido realizada **unilateralmente por su presidente**, (cargo que en nuestra práctica societaria se tiende a dotar de una especie de «omnipotencia» plena, cuando, de hecho, jurídicamente, sus facultades ejecutivas son inexistentes y las demás son muy limitadas)⁵. En la práctica hay también casos de convocatorias suscritas **por secretarios y vicesecretarios, sin previa celebración de consejo**.

Cuando el sistema de administración es mediante un consejo, la válida convocatoria requiere, ineludiblemente, la celebración de un consejo correctamente constituido⁶ en el que o bien se adopta el acuerdo de convocar fijando fecha, orden del día, etc., o bien se delega en un miembro del consejo al amparo de lo dispuesto en el art. 249 LSC,⁷ que recordemos,

⁵ Ver arts. 242 y ss. LSC.

⁶ El art. 247 LSC establece: «1. En la sociedad de responsabilidad limitada el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales.

2. En la sociedad anónima, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales».

⁷ El art. 249 establece: a cuyo tenor: «1. Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el consejo de administración podrá designar de su seno una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona.

no contempla esta materia entre las indelegables, incluso con carácter permanente, aunque así lo vienen entendiendo los tribunales, limitando las facultades delegadas a la mera firma del anuncio.

A esta cuestión se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), de 16 de febrero de 2011, mencionada anteriormente:

*«(...) (según la) Sentencia de 24 de febrero de 1995 del Tribunal Supremo: «Los preceptos sustantivos especiales que se señalan como infringidos, ordenan de suyo que sean los administradores los que convoquen las Juntas bien Ordinarias, bien Extraordinarias y no por nadie más y como quiera que cuando sean varios Administradores las personas que los encarnen se constituirán en Consejo de Administración **es patente que es el Consejo de Administración quien tiene la facultad de hacerlo y no el Presidente** como tiene establecido la sentencia de esta Sala de 13 de Mayo de 1.976 y confirma la de 25 de Abril de 1.986, de las que se infiere que si los Estatutos facultan al presidente para hacerlo será a los solos y exclusivos fines de firmar el anuncio de convocatoria pero **sin que él personalmente y unilateralmente puede acordarla**, por lo que si, como en el caso presente, no consta ni se ha acreditado la existencia de tal acuerdo previo del Consejo de Administración en orden a la*

2. En ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella.

3. La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil».

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

*convocatoria de la constitución en Junta General Extraordinaria, lo que además declara como conclusión fáctica no desvirtuada en el recurso la sentencia combatida, queda evidente que **la convocatoria adolece de un defecto de nulidad por no preceder al anuncio de celebración de Junta General Extraordinaria, el acuerdo del Consejo de Administración** en que tal disposición se adopte, con lo que el motivo decae. No obsta a lo expuesto la circunstancia de que en el momento de la convocatoria solo hubiera cuatro miembros del Consejo, dos de los cuales obstaculizaban la labor del mismo, y ello por la poderosa razón de que si conforme al artículo 16 de los Estatutos el número de Consejeros podía oscilar de 3 a 7, pudo muy bien el Consejo completar las vacantes conforme al artículo 73-2º de la Ley de Sociedades Anónimas, y en caso de imposibilidad por obstrucción, por medio de solicitud del amparo judicial que no puede dejar sin tutela la organización, desarrollo y funcionamiento societario.*

*En igual sentido, la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 14 de marzo de 2005 : "Esta Sala ha mantenido con reiteración **el carácter indelegable por el Consejo de Administración de la facultad de convocar la junta** que el artículo 94 de la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a los administradores de la sociedad; en este sentido dice la sentencia de 4 de diciembre de 2002: " Una cuestión esencial es preciso dilucidar: la junta general debe ser convocada por los administradores, es decir, por el Consejo de Administración si está constituido y éste puede delegar en un miembro del propio Consejo". Pero la jurisprudencia ha interpretado esta delegación en el sentido de que **la convocatoria debe ser acordada por el Consejo** aunque si se faculta a un miembro para hacerlo, esta facultad o delegación "será a los solos y exclusivos fines de firmar el anuncio de convocatoria, pero **sin que él personalmente y unilateralmente puede convocarla**", tal como expresa la sentencia de 24 de febrero de 1995(...)».*

En nuestra opinión, en caso de existir dudas sobre la correcta convocatoria por persona competente al efecto, el socio puede solicitar que se le acredite la celebración del consejo mediante certificado del acuerdo o de la delegación en el firmante, y el órgano de administración debe facilitar dicha información, puesto que es un elemento fundamental a efectos de la validez de la convocatoria y, por tanto, de la constitución de la junta.⁸.

A ello se refiere expresamente, con abundante apoyo en otras resoluciones, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª), núm. 784/2010, de 9 de diciembre. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. [EDJ 2010/258994; Id Cendoj: 28079110012010100759]. Rec. núm. 903/2007):

*«(...) cuando el órgano de administración está formado por un Consejo de Administración, la Junta General debe ser convocada por éste, afirmándose en la sentencia 713/1999, de 29 de julio: " Se debe advertir el claro formalismo que preside el régimen de la sociedad anónima que no permite soslayar el artículo 94 (...) **la concreta convocatoria (...) la ha de hacer el órgano de administración correspondiente**", y en la 688/2009, de 30 de octubre EDJ 2009/245655, que "La doctrina jurisprudencial de esta Sala dictada en aplicación del art. 100 de la TRLSA (y de la norma correspondiente del régimen jurídico anterior) -entre otras, SS 25 de febrero de 1986 EDJ 1986/1530 , 24 de febrero de 1995 EDJ 1995/905 , 8 de octubre de 2001 EDJ 2001/32249 , 24 de diciembre de 2.002 EDJ 2002/59224 y 4 de marzo de 2.005 - entiende que la facultad, o deber, de convocar las Juntas Generales de la Sociedad corresponde al Consejo de Administración(...)».*

⁸ Así lo entendemos, limitado al concreto extremo de la convocatoria, a pesar de que el art. 26.2 CCom limita a los socios la posibilidad de solicitar certificados a los acuerdos y actas de la junta, no del consejo.

Ahora bien, en determinados supuestos, tal rigurosidad se matiza. Es el caso de la **convocatoria de junta por persona con cargo caducado**,⁹ por asimilación al administrador de hecho, con el fin de evitar una situación de acefalía con posible paralización de órganos sociales,¹⁰ como en esta misma resolución nos recuerda el Supremo:

⁹ En contra, con cita de otras resoluciones; La Sentencia del de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), núm. 114/2011, de 16 de febrero. (Ponente: D. Pedro Antonio Pérez García. [Roj: SAP Z 552/2011; Id Cendoj: 5029737005201100172]. Rec. núm. 62/2011):

«(...) La Jurisprudencia también ha descendido al estudio del precepto con cierta minuciosidad, llegando a considerar si es válida la convocatoria celebrada por administrador cuyo nombramiento se encuentra caducado. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de octubre de 2009 -"El Derecho" 320.367--: "Entiende este tribunal que no resulta ajustado a derecho que el administrador con cargo caducado convoque junta como no sea con la exclusiva finalidad de la cobertura del puesto vacante de administrador, sin que quepa efectuar interpretaciones extensivas de esa posibilidad...". En semejante sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de marzo de 2006 -"El Derecho 98.986--: "La junta impugnada fue convocada por persona inidónea, en concreto por D. Luis Manuel cuyo cargo de administrador había caducado hacía varios años (...)»..

¹⁰ Es interesante la Sentencia del Tribunal Supremo (Salo de lo Civil, Sección 1ª), núm. 37/2012, de 23 de febrero de 2012, (Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos. [Roj: STS 2137/2012; Id Cendoj: 28079110012012100205]. Rec. Casación núm. 2013/2008):

*« (...) el administrador que, por cualquier causa previsible, deba cesar en el ejercicio del cargo, ha de convocar junta a fin de **evitar que la sociedad quede descabezada**, afirmando la sentencia 667/2009, de 23 de octubre, que "si no hay otro administrador titular, o suplente (arts. 59.1 LSRL), el administrador renunciante o cesante está obligado a convocar la Junta para cubrir la vacante y atender, en el interregno, a las necesidades de la gestión y representación. Se entiende que subsiste transitoriamente su cargo, y como consecuencia su responsabilidad, para evitar el daño que a la sociedad pueda producir la paralización del órgano de administración. Así resulta del deber de diligencia (arts. 61.1 y 69.1 LSRL , 127 y 133 LSA; 1737 CC), y en dicho sentido de continuar en el ejercicio del cargo hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a tal situación se manifiesta la doctrina de la DGR y N (por todas, Res. 15 de enero de 2.002, y las que cita) con base en que es*

«(...) No obstante, **como excepción, en aras al principio de conservación de la empresa y estabilidad de la sociedad y de los mercados, a fin de evitar la paralización de los órganos sociales**, y, a la postre, la incursión en **causa de disolución**, en los supuestos de acefalía funcional del órgano de administración, razones pragmáticas ya tenidas en cuenta en la sentencia 771/2007, de 5 de julio, que se refiere a que "la nulidad pretendida introduciría una perturbación en la situación jurídica de la sociedad", imponen reconocer **a quienes de hecho administran con el cargo caducado facultades para convocar junta dirigida a regularizar los órganos de la sociedad**, en solución similar a la prevista en la fecha de la convocatoria en el artículo 45.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y hoy, de forma generalizada, en el segundo párrafo del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital: " (...) Además, **cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto**", incluso más allá de la pervivencia del asiento registral de nombramiento al amparo primero del 145.1 del Reglamento del Registro Mercantil, después del artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas en la redacción dada al mismo por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, y hoy del artículo 221 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital- El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la Junta General siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior-, tenida en cuenta como límite, entre otras, en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 octubre 2009.

contrario a dicho deber dejar a la sociedad sin órgano de administración" -en idéntico sentido se ha pronunciado la Dirección General de Registros y del Notariado (entre las más recientes, en la resolución de 16 de mayo de 2011).»

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

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

Respecto de los **liquidadores**, salvo en el caso de liquidación acordada en el seno de un concurso, en cuyo caso actúan los Administradores concursales, no designándose liquidador societario, (como expresamente establece el art. 376.2 LSC), el art. 375.2 LSC, remite al régimen de los administradores, siendo aplicable la misma regulación ya mencionada sobre competencia para convocar, en función del sistema de actuación previsto para los liquidadores.

La convocatoria es, además de una facultad, una obligación. La Ley se refiere al «**deber de convocar**» en los arts. 167 y 168 LSC en los siguientes términos:

Art. 167. Deber de convocar

*«Los administradores convocarán la junta general 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**».*

Aunque en la práctica societaria no es frecuente, (la posición del órgano de administración suele ser la de convocar las juntas estrictamente necesarias), este precepto quiere que los administradores llamen a que el órgano

deliberante se reúna y decida, cuantas veces consideren no sólo necesario, sino simplemente conveniente.

Resaltamos la mención expresa en este precepto a **las juntas «estatutarias»**. En nuestro entorno societario, no es habitual encontrar en los estatutos juntas que se deban celebrar en determinados periodos o con determinados contenidos, más allá de las legales (aprobación de cuentas). Es importante señalar que este precepto les otorga el mismo rango de obligatoriedad que a las que *«determine la ley»*.

Además, también los **socios pueden instar al órgano de administración para que convoque**.

Artículo 168. Solicitud de convocatoria por la minoría

*«Los administradores **deberán convocar** la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar.*

En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud».

Recordamos también el supuesto del art. 239.1 LSC, («*Legitimación subsidiaria de la minoría*»), en sede de ejercicio de acciones de responsabilidad frente a los administradores:

*«1. Los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán **solicitar la convocatoria de la junta general para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad***¹¹*(...)*».

En determinados **supuestos patológicos o de incumplimiento** por los administradores de su deber de convocar, la Ley **atribuye competencia al Juez de lo Mercantil**. Son los siguientes:

- i) **Cuando la Junta general ordinaria o «las juntas generales previstas en los estatutos», no fueran convocadas dentro del plazo legal o estatutario.**

El art. 164 LSC establece que la junta ordinaria debe celebrarse en el primer semestre del ejercicio siguiente al del ejercicio cuyas cuentas anuales se aprueban. Como sabemos, la celebración fuera de plazo no es causa de nulidad, como ya había señalado la Jurisprudencia y ahora recoge expresamente el párrafo segundo del art. 164 LSC.

¹¹ El párrafo segundo establece: «2. Podrán también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad»"

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

En estos casos, cualquier socio, (sin necesidad de ser titular de determinado porcentaje), puede solicitar la convocatoria judicial, debiendo el Juez acordarla, previa audiencia de los administradores.

Obviamente deberán incluirse en el orden del día los asuntos propios de la Junta ordinaria sobre aprobación de cuentas, gestión, etc., o las materias que en su caso prevean los ET, aunque, a mi juicio, no hay obstáculo alguno para que consten otras cuestiones, (obviamente, dentro de los límites legales y de la propia competencia de la junta).

ii) **En el caso de no atenderse por los administradores la solicitud de convocatoria por la minoría, ex art. 168 LSC.**

En este caso, sí deben instar la solicitud de convocatoria judicial socios que ostenten el 5% del capital social.

No hay limitación en cuanto a los puntos a incluir en el orden del día, -salvo lo que luego indicamos,- e, igualmente se concede audiencia a los administradores.

Es de aplicación a ambos supuestos el art. 170 LSC que establece que:

« 1. Cuando proceda convocatoria judicial de la junta, el juez resolverá en el plazo de un mes desde que le hubiere sido

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

formulada la solicitud y, si la acordare, designará libremente al presidente y al secretario de la junta.

2. Contra la resolución por la que se acuerde la convocatoria judicial de la junta no cabrá recurso alguno.

3. Los gastos de la convocatoria judicial serán de cuenta de la sociedad».

- iii) Los **supuestos «especiales» del art. 171 LSC**, (que reproduce en términos muy similares el art. 377 LSC en el caso de liquidadores).

*«En caso de **muerte o de cese** del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes, cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social **la convocatoria de junta general para el nombramiento de los administradores**».*

En tales casos, este mismo precepto establece que **cualquiera de los administradores que permanezca en el cargo podrá convocar a los mismos efectos.**

Obsérvese que en este caso, parece ser que el **objeto de la junta** debe ser sólo el nombramiento de administradores. En nuestra opinión, no hay razón alguna que impida que se incluyan en el orden del día otros puntos que puedan ser necesarios o

convenientes en atención a las circunstancias concurrentes, (por ejemplo, modificación del sistema de administración, una ampliación de capital, traslado del domicilio u otras modificaciones de ET ...).

En este contexto, conviene recordar la conveniencia de designar administradores suplentes (art. 216 LSC) especialmente en estructuras societarias muy cerradas o familiares (siendo muy conveniente si hay hijos menores), en las que la vacancia repentina puede ser muy perjudicial, llegando a quedar paralizada la sociedad.¹²

Como hemos visto, la Ley prevé que el Juez acuerde, previa «**audiencia de los administradores**», que podrán allanarse u oponerse a la convocatoria.

De la lectura de estas normas parece que la convocatoria judicial es prácticamente **automática y que las causas de oposición son muy limitadas**, circunscribiéndose a cuestiones puramente formales, referidas a rebatir la concurrencia de los presupuestos jurídico-fácticos previstos en las

¹² El art. 216 LSC establece: *1. Salvo disposición contraria de los estatutos sociales, podrán ser nombrados suplentes de los administradores para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de ellos. El nombramiento y aceptación de los suplentes como administradores se inscribirán en el Registro Mercantil una vez producido el cese del anterior titular.*

2. Si los estatutos sociales establecieran un plazo determinado de duración del cargo de administrador, el nombramiento del suplente se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra.

Ver también los arts. 147 y 192 RRM.

normas citadas, (es decir, la falta de porcentaje de capital del 5%, acreditación de existir una convocatoria ya emitida que hace innecesaria la solicitud...).

En nuestra opinión, la negativa de los administradores a convocar junta y, en coherencia, las causas de oposición a la solicitud judicial en el trámite de audiencia, pueden ser más amplias, tanto desde una perspectiva jurídica como de hecho, como tuvimos ocasión de plantear en un asunto en el que se denegó la solicitud por el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza, nº 380/2008, de 14 de julio de 2008, íntegramente ratificado por el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sec. 5ª), nº 38/2009, de 19 de enero de 2009.¹³

En este supuesto la negativa a convocar y la oposición de los administradores se basó en que por el minoritario solicitante, con claro abuso y en fraude de la norma societaria, se pretendía obtener información en tiempo y forma improcedente y por un cauce distinto al legal. De hecho el orden del día era sólo informativo, sin adopción de acuerdos.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil anteriormente mencionado, así lo entendió:

«(...) la convocatoria judicial de junta general extraordinaria (art. 101.2 TRLSA) no es automática en el sentido de que deba adoptarse

¹³ Recuérdese que contra la resolución que acuerda la convocatoria, no cabe recurso, pero sí frente a la que acuerde no convocar (art. 170 LSC).

*prescindiendo de todo control de legalidad; antes bien, el Juez deberá verificar si concurren no sólo el requisito de legitimación al que alude el precepto, sino también los demás que en correcta integración del mismo, señala el art. 100.2 (...). Pero **no se agota aquí el control judicial ya que, como toda petición de tutela de efectividad de un hecho subjetivo, también deberán ponderarse los límites extrínsecos, genéricos o institucionales que informan en nuestro ordenamiento el ejercicio de los derechos, concretamente la exigencia de buena fe** (art. 7.1 Código Civil), en su manifestación objetiva o ética (que se traduce en un estándar jurídico o modelo de conducta, en definitiva el comportamiento adecuado a las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico, y que opera como límite al ejercicio de los derechos subjetivos), y **el abuso de derecho**, en su manifestación objetiva, por superación de los límites normales del ejercicio del derecho (art. 7.2CC). (...) La solicitud entraña un ejercicio abusivo del derecho, como puede suceder, por ejemplo, cuando los asuntos propuestos para deliberar en junta han sido objeto de deliberación y decisión desfavorable en una junta anterior recientemente celebrada. En el caso de autos, dejando al margen la legitimación del solicitante y la existencia de requerimiento previo notarial, el problema se centra en **los asuntos del orden del día. Si analizamos todos ello se constata que lo que está pidiendo el demandante es información de diferente naturaleza, no la adopción de acuerdo concreto, que es el fin de toda junta. La junta tiene como fin la adopción de acuerdos y sin acuerdos no hay información. El derecho de información, reconocido genéricamente al socio en el artículo 48 del TRLSA, viene canalizado exclusivamente por la vía de los artículos 112 y 212 del TRLSA. Ello supone que el derecho de información lo es en relación con los acuerdos a adoptar, esto es, no cabe convocar junta para informase, tal y como pretende la parte demandante sino que la solicitud deberá hacerse con ocasión de cada junta y en relación a los asuntos a tratar, debiendo entenderse que con la presente solicitud se pretende conseguir algo que la***

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

*ley tiene enmarcado dentro de un cauce específico distinto del pretendido. En consecuencia, considerando que la ley no ampara el abuso del derecho, deberá **desestimarse la solicitud de convocatoria**, estimado los motivos de oposición (...).*».

La Audiencia Provincial de Zaragoza confirmó íntegramente la resolución de instancia con los siguientes fundamentos:

*«(...) La pretensión de la actora al socaire de la preocupación sentida, según se dice por falta de información y la pérdida de confianza en los restantes accionistas y en los consejeros, no encuentra franco el paso por la simple remisión a este precepto genérico cuyo alcance se precisa en relación con otros que en el mismo texto legal se ocupan de la materia. En este sentido, mediante un argumento vinculado a **la concepción de la junta como órgano deliberante en el que se forma la voluntad social** y se adoptan acuerdos, la sentencia recurrida subraya la idea de la **improcedencia de una reunión con el orden del día pretendido**.*

*Pues bien a juicio de esta Sala el orden del día sugerido, que denota un **interés específico de la actora que desborda el cauce del derecho que se pretende ejercitar**, nos enfrenta a una junta abúlica, es decir, sin voluntad, simplemente recepticia de unos informes sobre cuyo contenido nos ocupamos seguidamente (...).*

En efecto, con ocasión de la celebración de la junta ordinaria, la parte actora representada por una letrada solicitó verbalmente informes y aclaraciones recibiendo respuesta extensa e intensa incluso tras la junta. Siendo esto así, podemos afirmar que no se advierte la opacidad advertida por la actora ya que ha sido ilustrada sobre hechos y circunstancias relativas a la gestión ordinaria del ejercicio (...)

El orden del día propuesto por la parte actora se compone de una simple yuxtaposición de informes sin nexo de unión solicitados sobre distintas cuestiones relativas, entre otras, a inversiones financieras de la sociedad demandas en otras sociedades, a operaciones vinculadas y, en fin, a la política en materia de personal y retribuciones. Como se observa, no se advierte en modo alguno una tácita solicitud de adopción de acuerdo alguno (...)».

2.4. Forma de la convocatoria.

Actualmente el sistema general por el que opta la Ley (art. 173.1 LSC)¹⁴ tanto en SA como en SRL es que el de anuncio de convocatoria debe ser publicado en la **web corporativa**, siempre que la misma «hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el art. 11 bis LSC».

¹⁴ En cuanto a la convocatoria de la asamblea de obligacionistas el art. 423.1 dice: «1. La convocatoria de la asamblea general se hará en forma que asegure su conocimiento por los obligacionistas.

2. Cuando la asamblea haya de tratar o resolver asuntos relativos a la modificación de las condiciones del préstamo u otros de trascendencia análoga, a juicio del comisario, deberá ser convocada en la forma establecida en esta ley para la junta general de accionistas».

En la SLNE, art. 446 LSC: «La junta general de la sociedad nueva empresa podrá convocarse también mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado a tal efecto por los socios y por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio. En estos supuestos, no será necesario el anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil ni en ningún diario».

En ausencia de web, la convocatoria debe publicarse en el **BORME** y en **un diario de mayor circulación en la provincia** –que no «de» la provincia,- en el que esté situado el domicilio social.

Ahora bien, esta es una de las materias en las que prima la **libertad de pacto estatutario**, como expresamente establece el art. 173, apartados 2 y 3:

«2. En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. En el caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones.

*3. Los estatutos podrán establecer **mecanismos adicionales de publicidad** a los previstos en la ley e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad».*

Nuestros tribunales han sido en algunos casos muy exigentes con la diligencia exigida a los administradores, por ejemplo, si se devolvió por Correos el envío por remitirse a un domicilio erróneo o incompleto, sancionando la nulidad por defectos de convocatoria, (incluso siendo el que constaba en el Libro Registro de Socios, tesis de la que discrepamos, pues actualizar el domicilio es una carga o deber del socio).

En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) núm 246/2011, de 9 de junio. (Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch. EDJ 2011/183268; Id Cendoj: 08019370152011100160 Rec. núm 45/2011):

« (...) La sociedad envió la carta por correo certificado con acuse de recibo para la convocatoria de la junta impugnada, y lo hizo al domicilio que con anterioridad había efectuado las notificaciones al actor. La carta no fue entregada y según el impreso del acuse de recibo el motivo fue porque la dirección era incompleta (se debe suponer al faltar tanto la numeración completa de la calle como el número del rellano y el del piso).

Devuelta la carta sin entregar, la parte demandada no intentó una siguiente notificación para la convocatoria, ni llevó a cabo las actuaciones pertinentes para que la notificación resultara adecuada. Diversamente, se mantuvo la convocatoria al actor, a pesar de constar su resultado negativo (...).

Lo anterior acredita la falta de una debida convocatoria a la junta impugnada, efectuada sin cumplir los mínimos requisitos para que el actor tuviera el conocimiento oportuno de la convocatoria y pudiera asistir a la misma en expresión del derecho inalienable del socio de acudir a la junta. Esa irregularidad llevó a que el socio desconociera su existencia hasta prácticamente horas antes de su celebración, plazo a todas luces insuficiente, atendido lo que establece el art. 46. 3 de la LSRL. En el presente caso, no basta con que la convocatoria se efectuara en el domicilio indicado en el libro de registro de socios,

cuando la convocatoria efectuada en esa dirección es devuelta por el servicio de correos por incompleta, pues las normas mínimas de diligencia debían de haber llevado a la sociedad a efectuar las gestiones oportunas para intentar una nueva convocatoria solventando la falta de corrección de la anterior. La apreciación de esa defectuosa convocatoria al actor, conlleva a la nulidad de pleno derecho de la Junta impugnada y, por ende, debe estimarse la demanda, sin que sea preciso entrar en el análisis de la segunda de las cuestiones sobre la que pivota el recurso del actor, en la que se alegaba error en la interpretación del art. 46.3 de la LSRL(...).».

Si bien existió clara falta de prueba por la sociedad, es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 4ª) núm. 302/2012, de 9 de julio. (Ponente: Mª Elena Corral Losada). [EDJ 2012/208441; Id Cendoj: 35016370042012100335]. Rec. núm 500/2011):

« (...) En el supuesto que examinamos el plazo estatutario para la convocatoria evidentemente no ha sido cumplido, sin que desde que el precepto mismo acoge la teoría de la emisión de la convocatoria y no la de su recepción, pueda estimarse que concurra mala fe alguna del socio convocado cuya actuación no puede, por tanto, provocar la ineficacia de la convocatoria si ésta fue correctamente emitida. De lo actuado en autos resulta que sólo se ha acreditado la emisión de una convocatoria al demandante por el administrador social el día 4 de diciembre de 2009 (folios 27 y 28). Pero es que es más, no sólo no se ha unido a autos ni presentado por la demandada documentación alguna acreditativa de que en efecto se le hubiera remitido alguna convocatoria de la Junta al aquí actor, lo que por tanto constituye una mera alegación no acreditada por medios de prueba por quien tenía la carga de probarlo, la sociedad. Es que de haberse emitido el 1 de diciembre de

*2009 alguna convocatoria dirigida al socio demandante **la misma fue remitida a un domicilio incorrecto**, como el propio administrador de la sociedad demandada reconoce (folio 200) al reconocer que el envío 'fue reiterado nuevamente, tres días más tarde (4-12-2009) por constar aquel otro con domicilio incorrecto'. Y es claro que de haberse hecho la convocatoria el 1 de diciembre: 1) podría acreditarlo la sociedad documentalmente, lo que no hace; 2) **si se hizo a un domicilio incorrecto sin que en el ínterin el actor facilitara otro domicilio, no puede entenderse como emitida la convocatoria en forma, siendo exclusivamente imputable a la sociedad el que no se hubiere hecho correctamente.***

*En virtud de todo lo expuesto debe estimarse el recurso de apelación, declarando la **nulidad de la Junta** celebrada el 22 de diciembre de 2009 **y todos los acuerdos** adoptados en ella por infracción de las normas que rigen la convocatoria (...).*».

En cuanto al **contenido de la convocatoria**,¹⁵ además del orden del día, redactado de forma precisa («con la debida claridad», como exige el art.

¹⁵ En las sociedades cotizadas el art. 517 LSC, regula el contenido de la convocatoria: «1. El anuncio de la convocatoria de junta general de sociedad cotizada, además de las menciones legalmente exigibles con carácter general, expresará la fecha en la que el accionista deberá tener registradas a su nombre las acciones para poder participar y votar en la junta general, el lugar y la forma en que puede obtenerse el texto completo de los documentos y propuestas de acuerdo, y la dirección de la pagina web de la sociedad en que estará disponible la información.

2. Además, el anuncio deberá contener una información clara y exacta de los trámites que los accionistas deberán seguir para participar y emitir su voto en la junta general, incluyendo, en particular, los siguientes extremos:

a) El derecho a solicitar información, a incluir puntos en el orden del día y a presentar propuestas de acuerdo, así como el plazo de ejercicio. Cuando se haga constar que en la pagina web de la sociedad se

287 LSC, en el caso de modificación de Estatutos), debe incluirse **nombre de la sociedad, fecha y hora de la reunión y el cargo de quien efectúe la convocatoria.**

Como ya hemos señalado, el orden del día cumple una función informativa para el socio que es fundamental, tanto a efectos del ejercicio de sus derechos societarios, (voto, información, etc.), como a efectos de que no pueda verse sorprendido en su buena fe en cuanto a los asuntos que van a ser objeto de debate. En especial, en modo alguno puede alterarse el orden del día durante la junta o debatirse cuestiones no comprendidas en el mismo, salvo aquellas que la Ley lo permite (cese administradores, acción de responsabilidad,..).

Así lo recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 95/2006, de 13 de febrero. (Ponente: José Ramón Ferrándiz. [Roj: STS 834/2006; Id Cendoj: 28079110012006100159]. Rec. núm. 2 155/1999):

«(...) La Ley 2/1.995 exige que la *convocatoria cumpla una serie de formalidades con la función empírica de posibilitar información al socio*

puede obtener información más detallada sobre tales derechos, el anuncio podrá limitarse a indicar el plazo de ejercicio.

b) El sistema para la emisión de voto por representación, con especial indicación de los formularios que deban utilizarse para la delegación de voto y de los medios que deban emplearse para que la sociedad pueda aceptar una notificación por vía electrónica de las representaciones conferidas.

c) Los procedimientos establecidos para la emisión del voto a distancia, sea por correo o por medios electrónicos».

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

*y, al fin, servir de medio de defensa de su derecho a asistir a las juntas generales, **votar de modo consciente y reflexivo** en ellas, solicitar asesoramiento e información para valorar la trascendencia de los temas y, al fin, **permitir al ausente ejercer un control de la legalidad de los acuerdos** que se adopten mediante la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria, derechos que son de difícil ejercicio en caso de convocatorias incompletas, ambiguas o indeterminadas.*

*2ª) En concreto, **la convocatoria debe contener el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar**, como se ha dicho con el doble fin de que la emisión del voto vaya precedida de la necesaria reflexión y de que la **buena fe de los socios que decidieron no asistir no se vea sorprendida por la inclusión de cuestiones no anunciadas** (sentencias de 17 de mayo de 1.995 y 12 de julio de 2.005).*

*3ª) La antes referida exigencia, contenida con carácter general en el artículo 46.4 de la Ley 2/1.995, se refuerza para robustecer el **derecho de información de los socios en el caso de que se proponga a la junta la modificación de estatutos**, al mandar el artículo 71.1 que se exprese en la convocatoria, con la debida claridad, no incompatible con la sencillez y la brevedad, los extremos que hayan de modificarse.*

*4ª) Si la junta tiene por objeto la aprobación de las cuentas anuales, el artículo 86.1 de la Ley 2/1.995 exige la mención en la **convocatoria del derecho de los socios a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que van a ser sometidos a la aprobación, así como el informe de gestión y, en su caso, el de los auditores de cuentas**. Se trata de una mención exigida también con fines funcionales, en la medida en que está destinada a informar al socio de un derecho que la*

norma le concede y a expresar la disposición de la sociedad a facilitar su ejercicio.(...)

*En particular, la **falta de precisión y claridad del orden del día relativo a modificaciones estatutarias determina la nulidad de los acuerdos e, incluso, de la propia constitución de la junta**».*

Ello no obstante, la «claridad» no puede ser interpretada de forma tan estricta que en el orden del día deban incluirse todos los elementos del acuerdo, como ya tuvo ocasión de recordar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 545/2005, de 12 de julio. (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. [Roj: STS 4687/2005; Id Cendoj: 28079110012005100602]. Rec. núm. 145/1999):

*«De otro lado, el orden del día constituye un instrumento de información, pero **no, necesariamente, una especie de propuesta u oferta de acuerdo que no deje nunca otra alternativa que la aceptación o el rechazo, sin posibilidad de modificación alguna.**»*

En cualquier caso, no puede olvidarse que el Orden del día viene constreñido por **las materias que son competencia de la junta**, según resulta del art. 160 LSC.¹⁶

¹⁶ «Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.

b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.

c) La modificación de los estatutos sociales.

d) El aumento y la reducción del capital social.

Esta es una cuestión que se vulnera en muchos órdenes del día y la junta no puede decidir válidamente sobre cuestiones fuera de su competencia, en especial, actos de gestión.

Sólo en el caso de SL, y salvo que se haya excluido o limitado en los ET, el art. 161 LSC, prevé que la *«junta general de la sociedad de responsabilidad limitada podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234»*.

Uno de los problemas recurrentes en la práctica societaria es **la omisión en la convocatoria de menciones exigidas por la Ley y relacionadas con el derecho de información u otros derechos de los socios**.

Hemos señalado ya que a lo largo de la Ley (arts. 72.2, 182, 287 etc. LSC), y también en otras normas societarias, (LME), encontramos preceptos en los que se imponen determinadas menciones en la convocatoria, fundamentalmente, relacionadas con el derecho de información de los socios.

e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.

f) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.

g) La disolución de la sociedad.

h) La aprobación del balance final de liquidación.

i) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos».

Uno de los supuestos paradigmáticos es el del art. 272 LSC, referente a la junta de **aprobación de cuentas**:

«1. Las cuentas anuales se aprobarán por la junta general.

*2. A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los **documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma**, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.*

En la convocatoria se hará mención de este derecho.

*3. Salvo disposición contraria de los estatutos, durante ese mismo plazo, el socio o socios de la **sociedad de responsabilidad limitada** que representen al menos el cinco por ciento del capital podrán **examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable**, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales.*

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide ni limita el derecho de la minoría a que se nombre un auditor de cuentas con cargo a la sociedad.»

Obsérvese que sólo respecto de las menciones de párrafo 2, se exige referencia en la convocatoria. Aunque no es exigible, nosotros solemos incluir una mención genérica a «*ejercitar cualesquiera otros derechos reconocidos en los Estatutos sociales y en la legislación aplicable*».

El art. 287 LSC, en sede de **modificación de ET**, (cualquiera que sea la modificación), exige que en la convocatoria, se haga constar «*el derecho*

que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta», tanto en el caso SRL como de SA y, además, en este último tipo societario el informe sobre la misma.

Debe recordarse que cuando son los **socios los que solicitan la convocatoria** de una junta que incluya la modificación de estatutos, (sea mediante requerimiento notarial a los administradores, pero también si por no atenderse por éstos, se solicita la convocatoria judicial), deben **acompañar los mencionados documentos**: propuesta de redacción e informe, en la SA. En otro caso, a nuestro juicio, está defectuosamente solicitada y no puede convocarse, porque no son los administradores, ni obviamente, tampoco el Juez, quienes deben elaborar estos documentos, que deben estar disponibles *«al tiempo de la convocatoria»*.

Adicionalmente, el art. 293 LSC, para el supuesto de modificaciones estatutarias en una SA que puedan afectar a los **derechos de determinadas clases de acciones**, exige que en la convocatoria se haga mención al derecho de que el acuerdo se vote en junta especial o por votación separada por los accionistas afectados.

El art. 300 LSC, que regula la **ampliación de capital con aportaciones no dinerarias**, exige que la convocatoria se haga mención expresa al derecho de los socios de examinar o solicitar el informe de los administradores sobre las aportaciones, valoración, personas que las realizarán, etc.

En idénticos términos para el caso de **ampliaciones por compensación de créditos** se pronuncia el art. 301.4 LSC, (añadiendo la certificación de los auditores en el caso de SA).

En alguna ocasión, nuestros tribunales han matizado la relevancia y los posibles efectos en la **validez o nulidad de la junta y los acuerdos** de la omisión de determinadas menciones en la convocatoria o en el orden del día, en especial, **en función de la actitud del socio al respecto**. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 451/2011, de 8 de julio. (Ponente: Antonio Luis Pastor Oliver. [Roj: SAP Z 1832/2011. Id Cendoj: 50297370052011100354]. Rec. núm. 391/2011):

*«(...) Esta convocatoria tiene un contenido y alcance especial cuando lo que se pretende es la ampliación del capital social, en tanto en cuanto ello va a suponer una modificación de los estatutos sociales. (...) Es decir, **los administradores o, en su caso, los accionistas** autores de la propuesta, habrán de formular un **escrito con la justificación de la misma**, con los extremos que se pretenden modificar y **anunciando el derecho a informarse** sobre estos extremos, así como de la posibilidad de obtener dichos documentos. Por ello, reitera la jurisprudencia que el contenido del art 144 forma parte del derecho de información (Ss. T. s. 9-10-2000 y 29-6-1995).*

*Sin embargo, **no hace falta que exista coincidencia plena entre el orden del día y el acuerdo**, si de la lectura del aquél se desprende por las propias reglas del criterio humano lo que se está proponiendo para debate y -en su caso- aprobación (S.T.S. 28-11-1991), pues el "orden del día" es un elemento de "información", pero no necesariamente una especie de propuesta u oferta de acuerdo que no deje nunca otra*

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

alternativa que la aceptación o el rechazo, sin posibilidad de modificación alguna (S.T.S. 19 -julio- 2005 y Secc. 5ª, A. P. Zaragoza, 11 -julio- 2008, num. 423). En el supuesto enjuiciado existe el informe exigido por el art 144 T.R.S.A..

*(...) es cierto que **no se hace constar ni en la convocatoria ni en el informe si el aumento del capital social debía de hacerse por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal de las ya existentes.***
(...)

La S.T.S. 29 -diciembre- 1999 y posteriormente la de 24 -enero- 2008, que la cita, consideran que la ausencia de ese requisito (modo de realizarse el aumento) infringía el art 144 reseñado y, por ende, las normas de la convocatoria y -en esa medida- las de la pertinente información previa. Pero esa infracción no siempre supone la nulidad del acuerdo. Primero, porque la jurisprudencia al respecto no ha tenido siempre la misma sensibilidad o línea interpretativa. Para algunas sentencias bastaba con una referencia a los preceptos estatutarios a modificar (Ss. T.S. 30-4-1988); para otras era suficiente con enunciar la materia y señalar que se trataba de modificar los artículos relativos a ella (S. TS 14 -junio- 1994).

*En segundo lugar, aun con déficits informativos, **la nulidad del acuerdo no se decretaba si los defectos hubieran sido subsanables o imputables al propio impugnante o a su pasividad, tanto antes como durante la celebración de la junta** (art 112 T.R.s.A.). Con mayor motivo si ese socio impugnante, tiene además un derecho privilegiado de información en atención a su participación en el capital social (art 112 -4 T.R.S.A.), como en el caso presente.*

(...) Pues bien, en el caso enjuiciado, el Sr, Adolfo ostentaba el 35,375% del capital social y desde al menos el 19 -febrero- 2010 (un mes antes de

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

*la fecha de la Junta) -doc.2 contestación-, **tenía conocimiento del contenido de la convocatoria y de la existencia del informe** de los administradores sociales. De hecho se le ofrece en el correo electrónico de 19-2-2010 la posibilidad de ofrecer otras opciones de actuación (doc. 2-2)- El 22 -febrero se le remiten las cuentas de 2007 y 2008.*

*Por lo tanto, hasta la fecha de la junta (19-3-2010) tuvo prácticamente un mes para realizar las averiguaciones pertinentes (...). Y **no consta al respecto actividad alguna ni -por lo tanto- negativa alguna de los representantes de la sociedad.** Pero tampoco durante la junta se solicitó explicación contable alguna (...).*».

Encontramos también supuestos en la Ley en los que las menciones en la convocatoria se refieren al ejercicio de derechos, como es el caso del art. 182 LSC *in fine*, aplicable a la SA en la que se puede asistir a la Junta por medios telemáticos, en cuyo caso: «(...) **en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta**».

En igual sentido, el art. 308.2.b) LSC referente a la **supresión del derecho de suscripción preferente**, establece el requisito de que en la convocatoria: «(...) **se haya hecho constar la propuesta de supresión del derecho de preferencia, el tipo de creación de las nuevas participaciones sociales o de emisión de las nuevas acciones y el derecho de los socios a examinar en el domicilio social el informe o los informes a que se refiere**

el número anterior así como pedir la entrega o el envío gratuito de estos documentos.»¹⁷

Un supuesto que suele generar problemas en la práctica es el del art. 506.2. LSC referente asimismo a la supresión del derecho de suscripción preferente,¹⁸ a cuyo tenor:

*«En el **anuncio de convocatoria** de la junta general en el que figure la propuesta de delegar en los administradores la facultad de aumentar el capital social también deberá constar expresamente la propuesta de exclusión del derecho de suscripción preferente. Desde la convocatoria de junta general se pondrá a disposición de los accionistas un informe de los administradores en el que se justifique la propuesta de delegación de esa facultad».*

2.5. Breve mención al complemento de la convocatoria.

Sólo para el caso de SA,¹⁹ el art. 172 LSC regula el complemento a la convocatoria en los siguientes términos:

¹⁷ En el caso de emisión de obligaciones convertibles el art. 417 c) LSC: «c) Que en la convocatoria de la junta se hayan hecho constar la propuesta de supresión del derecho de preferencia».

¹⁸ En idénticos términos el art. 511.2 LSC en el caso de delegación para la emisión de obligaciones convertibles con supresión del derecho de suscripción preferente.

¹⁹ En el caso de sociedades cotizadas se regula en el art. 519 LSC: «1. Los accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de la junta general ordinaria, incluyendo uno o más puntos en el orden del día, siempre que los nuevos puntos vayan acompañados de una justificación o, en su caso, de una propuesta de acuerdo justificada. En ningún caso podrá ejercitarse dicho derecho respecto a la convocatoria de juntas generales extraordinarias.

2. *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.»

El ejercicio de este derecho deberá efectuarse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. El complemento deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta. La falta de publicación en plazo del complemento será causa de nulidad de la junta.

2. *Los accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social podrán, en el mismo plazo señalado en el apartado anterior, presentar propuestas fundamentadas de acuerdo sobre asuntos ya incluidos o que deban incluirse en el orden del día de la junta convocada. La sociedad asegurará la difusión de estas propuestas de acuerdo y de la documentación que en su caso se adjunte, entre el resto de los accionistas, de conformidad con lo dispuesto en la letra d) del artículo anterior.»*

En cuanto a la convocatoria de la asamblea de obligacionistas el art. 423.1 dice: «1. *La convocatoria de la asamblea general se hará en forma que asegure su conocimiento por los obligacionistas.*

2. *Cuando la asamblea haya de tratar o resolver asuntos relativos a la modificación de las condiciones del préstamo u otros de trascendencia análoga, a juicio del comisario, deberá ser convocada en la forma establecida en esta ley para la junta general de accionistas».*

En la SLNE, art. 446 LSC: «*La junta general de la sociedad nueva empresa podrá convocarse también mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado a tal efecto por los socios y por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio. En estos supuestos, no será necesario el anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil ni en ningún diario».*

Esta regulación, que supuso una novedad en nuestro derecho societario introducida por la Ley 19/2005, para incorporar la normativa europea,²⁰ es un mecanismo más de **protección de las minorías societarias** a las que les concede la oportunidad de diseñar el orden del día de la junta ya convocada, introduciendo nuevas cuestiones a debatir.²¹

²⁰ Se introduce por primera vez en el artículo 97.3 LSA según redacción por la disposición final primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España a fin de cumplir con las exigencias derivadas de los artículos 56 y 68 del Reglamento (CE) 2157/2001, del Consejo, de 8 de octubre de 2001.

²¹ Artículo 104.- Anotación preventiva de la solicitud de acta notarial y de la publicación de un complemento a la convocatoria de una Junta.

1. A instancia de algún interesado deberá anotarse preventivamente la solicitud de levantamiento de acta notarial de la Junta por la minoría prevista por la Ley y de la publicación de un complemento a la convocatoria con inclusión de uno o más puntos del orden del día, que se regula en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La anotación se practicará, en el primer caso, en virtud del requerimiento notarial dirigido a los administradores y efectuado dentro del plazo legalmente establecido para dicha solicitud.

La anotación preventiva de la publicación de un complemento a la convocatoria de una Junta se practicará en virtud de la notificación fehaciente a que se refiere el párrafo 3 del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas.

2. Practicada la anotación preventiva, no podrán inscribirse en el Registro Mercantil los acuerdos adoptados por la Junta a que se refiera el asiento si no constan en acta notarial, o no se justifica la publicación del correspondiente complemento a la convocatoria, en su caso.

3. La anotación preventiva de la **solicitud de acta notarial se cancelará por nota marginal cuando se acredite debidamente la intervención del Notario en la Junta, o cuando hayan transcurrido tres meses desde la fecha de la anotación.**

Es de reseñar la clara **sanción de nulidad** que regula el precepto transcrito, como medida de la importancia que el Legislador ha querido dar a este derecho.

Sobre la configuración y los límites de este derecho, ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en su Sentencia de 13 de junio de 2012, núm. 377/2012. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos. [Roj: STS 4749/2012; Id Cendoj: 28079110012012100408]. Rec. núm. 2003/2009):

«La exégesis de la norma permite concluir que introduce un mecanismo de tutela de las minorías cualificadas por la titularidad de un porcentaje determinado -a diferencia de otros sistemas en los que este varía en función del capital- de accionistas de las sociedades anónimas -como pone de relieve la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de julio de 2010, reiterada por la de 10 octubre 2011, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no reconoce el derecho de la minoría a solicitar la publicación de complemento de convocatoria, lo que corrobora el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio -, a las que atribuye el derecho político inderogable consistente en incluir en el orden del día uno o más puntos.

La anotación preventiva de solicitud de un complemento a la convocatoria de una Junta se cancelará por nota marginal cuando se acredite debidamente la publicación de dicho complemento de convocatoria, o hubieran transcurrido tres meses desde la fecha de la anotación.

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

*Correlativamente, 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)-. (...)*

Constreñido por el artículo 112.1 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 197.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital- el derecho de información de los socios a "los asuntos comprendidos en el orden del día", la pretensión de limitar los derechos de la minoría cualificada a proponer la adopción de acuerdos, vetando aquellos que tengan por objeto obtener información sobre asuntos sociales que no están relacionados con asuntos consignados en el orden del día confeccionado por los administradores, al socaire de que la junta es un órgano decisorio sobre materias de su competencia, cercenaría de forma inadmisibile el derecho autónomo de información de los socios -por más que habitualmente tenga finalidad instrumental en relación con la formación de la decisión de voto-, y permitiría a los administradores una opacidad sobre aquellas materias que decidieran no someter a la junta, extremos incompatible con el deber de transparencia de quien gestiona bienes ajenos. (...)

31. 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. (...)

*33. En definitiva, **el complemento de convocatoria puede tener por objeto las materias que la minoría decida**, por lo que el segundo de los alegatos del recurso debe desestimarse, máxime teniendo en cuenta que la información solicitada razonablemente podía incidir en la aprobación de cuentas, afirmando la sentencia recurrida EDJ 2009/380300 en razonamiento no desvirtuado, que "no cabe considerar irracional, caprichoso o abusivo que la minoría pretendiera complementar el orden del día en los aspectos indicados, dado que guardaban relación con el orden del día inicial, al menos con lo relativo al examen de la gestión social, sobre todo si se considera, al menos también, que constituye parte importante de la actividad de la demandada el alquiler de inmuebles con lo que el rendimiento que aquélla obtiene podía quedar afectado por las resoluciones mencionadas".(...)*

***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 (...).*».

2.6. Lugar de celebración de la junta.

Para cerrar la cuestión del contenido de la convocatoria, hay que referirse al **lugar de celebración de la junta**, que la Ley contempla como un contenido no obligatorio del anuncio, limitándose a establecer en el art. 175 LSC que, salvo que los ET dispongan otra cosa, debe ser en el término municipal del domicilio.

De no mencionarse el lugar de celebración se entiende que es en el domicilio social, entendido como **domicilio social inscrito**, si bien no hay que olvidar que el art. 10 LSC, en caso de discordancia entre domicilio registral y el real (*«sede efectiva de los negocios»*), permite a los terceros considerar cualquiera de ellos. (El socio es a mi juicio un tercero y cabe imaginar supuestos prácticos en los que tenga plena constancia de que el domicilio registral no es el real).

2.7. Plazo de antelación con el que debe convocarse la junta. Plazo de celebración de la junta de aprobación de cuentas.

El art.176 LSC establece que el plazo mínimo es de un mes en las SA y de quince días en las SRL.²² En concreto dice:

²² El art. 515 LSC, en el caso de sociedades cotizadas, prevé la posible reducción del plazo de convocatoria de las juntas generales extraordinarias, a 15 días: «1. Cuando la sociedad ofrezca a los accionistas la posibilidad efectiva de votar por medios electrónicos accesibles a todos ellos, las juntas generales extraordinarias podrán ser convocadas con una antelación mínima de quince días.

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

1. Entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir **un plazo de, al menos, un mes en las sociedades anónimas y quince días en las sociedades de responsabilidad limitada.** Queda a salvo lo establecido para el complemento de convocatoria.

2. En los casos de convocatoria individual a cada socio, el plazo se computará a partir de la fecha en que hubiere sido remitido el anuncio al último de ellos.

Es importante recordar que son plazos mercantiles ex art. 2 del Código de Comercio («CCom»). En consecuencia, además de por aplicación de lo dispuesto en los arts. 60²³ y ss. CCom, conforme a lo dispuesto en el art. 5 del Código Civil («CC»), en el caso de SA el plazo se computa de fecha a fecha y en el caso de SRL, el plazo de quince días se debe contar

2. La reducción del plazo de convocatoria requerirá un acuerdo expreso adoptado en junta general ordinaria por, al menos, dos tercios del capital suscrito con derecho a voto, y cuya vigencia no podrá superar la fecha de celebración de la siguiente.»

²³ Artículo 60 CCom «En todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día, de veinticuatro horas; los meses, según estén designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días».

Artículo 5 CC «1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.

2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles».

excluyendo del cómputo el de celebración. (Recuérdese que los plazos sobre el complemento de la convocatoria se establecen en días).

Esta es una cuestión que dio lugar a múltiples conflictos judiciales, existiendo ya doctrina unánime.

Por su claridad sobre la evolución de la doctrina al respecto, citamos la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de junio de 2000, publicada en el BOE 156/2000, de 30 de junio de 2000 [EDD 2000/13670]:

*«(...) SEGUNDO.- Tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al regular la antelación de la convocatoria de la Junta general, fijan un margen temporal que tienen como justificación la de procurar que el socio pueda obtener la información pertinente acerca de las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexione detenidamente sobre el contenido del voto por emitir. Atendiendo a este fundamento, **según la doctrina inicialmente sentada por esta Dirección General** al interpretar el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas (cuyas previsiones en lo relativo a la regulación de la Junta general eran de aplicación subsidiaria a la sociedad de responsabilidad limitada conforme al artículo 15 de la Ley de 17 de julio de 1953, modificado por la Ley 19/1989, de 25 de julio, y por ello dicha doctrina era aplicable a la hora de computar el plazo de antelación de la convocatoria determinado en la escritura social), **no debía aplicarse el artículo 5 del Código Civil**, pues lo que había de lograrse era que existiera un plazo de quince días, al menos, entre los momentos de publicación del anuncio y la reunión de la Junta, por lo que ninguna de las fechas (día inicial y día final) debían formar parte del cómputo (vid.,*

en el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1968 y 5 de marzo de 1987).

Posteriormente, la postura del Tribunal Supremo cambió y en dos Sentencias (29 de marzo y 21 de noviembre de 1994), entendió que el cómputo del plazo se ha de llevar a cabo teniendo en cuenta como día inicial el correspondiente al de publicación de la convocatoria social, excluyéndose el de la celebración de la junta, (...).

Esta postura jurisprudencial ha sido posteriormente adoptada por este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995, que rectifican la interpretación que oficialmente se sostenía) y es la interpretación que, como se estimó en la Resolución de 15 de julio de 1998, debe mantenerse también en la aplicación del artículo 46.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, toda vez que la diferencia entre el tenor de tal precepto y el del homólogo de la Ley de Sociedades Anónimas carece de suficiente entidad para enervar los argumentos del Tribunal Supremo antes referidos, (...)».

Las resoluciones del Tribunal Supremo que dieron origen a esta interpretación, respecto de la redacción inicial del art. 97 LSA, son las siguientes:

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), núm. 268/1994, de 29 de marzo.
(Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. [EDJ 1994/2866]. Rec. núm. 853/1991):

« (...) La controversia se presenta claramente delimitada en cuanto se precisa determinar cuando debe de empezar a contarse el día inicial y,

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

consecuentemente, cuando finaliza el plazo de los quince días que establece el precepto societario (...).

*Se trata de una norma de derecho necesario, no susceptible de ser derogada por vía estatutaria, al establecer requisitos mínimos (SS 28 abril 1960, 25 noviembre 1970, 3 abril 1986, 15 marzo 1987 y 17 febrero 1991). Conviene decir pronto que la fecha de la celebración de la Junta no procede ser incluida en el cómputo de los quince días, por lo que se acota en forma más precisada el objeto del debate, en relación a la motivación que integra los recursos presentados. En este sentido **toda la problemática gira en determinar cual es el día inicial que ha de tenerse en cuenta, es decir, si es el de la fecha de la publicación de la convocatoria o el día siguiente a la misma, (...).***

No hay aportación de legalidad con suficiente carga de influencia que motive e imponga necesariamente que el cómputo debe ser desde el día siguiente a la publicación. La normativa cuando quiere que este efecto se produzca, así lo declara expresamente, tal como sucede con el art. 303 LEC, referente a la comunicación de actos procesales y que contienen una respuesta del interesado, en el art. 1130 CC, sobre el plazo de las obligaciones, el art. 452 CCOM. (derogado por L 16 julio 1985) para el pago de las letras de cambio, entre otros supuestos. (...).

Por lo que se deja analizado, la conclusión que se impone es que la prorrogación del cómputo del plazo al día siguiente de la inserción en las publicaciones que establece el referido art. 97.1º LSA, carece del debido amparo legal expreso y de lógica jurídica (...).».

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), núm 1038/1994, de 21 de noviembre. (Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. [EDJ 1994/8835]. Rec. núm. 3585/1991):

«(...) el cómputo del plazo se ha de llevar a cabo teniendo en cuenta como día inicial del mismo el correspondiente al de la publicación de la convocatoria social, excluyéndose el de la celebración de la junta, que hay que referir al fijado para la primera convocatoria.

Al efecto, el plazo de los 15 días surge desde la publicación, pues desde esta misma fecha los socios pueden ejercitar los derechos que le concede la ley, tratándose de un plazo legal cuya cuenta debe efectuarse hacia atrás, para cumplir las previsiones del adverbio "antes" que refiere el referido precepto 53,1 y no contradice el art. 5,1 CC que se refiere a los plazos señalados por días, pero a contar de uno determinado, como ratifica también su art. 1130 (...).».

Como regla especial, en el caso de **convocatoria personal**, si así lo prevén los estatutos, el plazo cuenta **desde la remisión de la convocatoria** por los administradores. Con esta redacción, se dota de seguridad al cómputo del plazo –común para todos los socios,- ya que la fecha de recepción podría dar lugar a múltiples problemas, dependiendo de terceros y del propio socio, (que en ocasiones, con el fin de crear un determinado escenario, puede evitar la recepción de la notificación). Dado que como hemos visto, la convocatoria debe remitirse por un medio que permita acreditar la recepción (notificación notarial o burofax), necesariamente existirá certeza de fecha sobre el momento de la remisión.

En las SA cabe incluir mención a la **segunda convocatoria** (art. 177. 3 LSC), en cuyo caso, deben mediar, por lo menos, 24 horas, entre una y otra.

«3. Si la junta general debidamente convocada, cualquiera que sea su clase, no pudiera celebrarse en primera convocatoria ni se hubiere previsto en el anuncio la fecha de la segunda, la celebración de ésta deberá ser anunciada, con el mismo orden del día y los mismos requisitos de publicidad que la primera, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la junta no celebrada y con al menos diez días de antelación a la fecha fijada para la reunión.»

En relación con esta cuestión de los plazos, consideramos oportuno hacer una mención a la cuestión de la **celebración fuera del plazo de seis meses de la junta de aprobación de cuentas** (u ordinaria), ya que dio lugar a numerosas resoluciones judiciales.

La Ley 19/2005, que modificó el art. 95 LSA, zanjó la cuestión que, de forma definitiva para todos los tipos societarios, ha incorporado el art. 164.2 LSC al establecer «2. La junta general ordinaria **será válida** aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo».

Por todas, citamos la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 588/2012, de 17 de octubre. (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo. [EDJ: 2012/232595; Id Cendoj: 28079110012012100606]. Rec.

núm. 818/2010), que resume muy bien la evolución del tratamiento de esta cuestión por nuestros tribunales:

*«Esta normativa fue interpretada por la Sentencia 361/2003, de 3 de abril, en el sentido de que la junta ordinaria necesariamente debía celebrarse dentro de los seis primeros meses, sin que lo que es objeto de ella pudiera ser tratado y decidido en una junta extraordinaria. Consiguientemente **entendió nula la junta ordinaria celebrada fuera del plazo de los seis primeros meses de cada ejercicio.***

*Ante esta interpretación, la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, introdujo un apartado 2 del **art. 95 TRLSA**, y declaró que la junta general ordinaria convocada o celebrada fuera de plazo es válida.*

Por su parte, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pese a que formalmente no distingue entre junta ordinaria y extraordinaria, sino que genéricamente habla de junta general, disponía en su art. 45.2, párrafo 1 º, que cuando su objeto fuera la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado, así como la censura de la gestión social, debía convocarse dentro los seis primeros meses del ejercicio siguiente. También disponía en el párrafo siguiente que cuando estas juntas generales no fueran convocadas dentro del plazo legal, podrían serlo por el juez de primera instancia (léase el juez de lo mercantil) del domicilio social, a solicitud de cualquier socio y previa audiencia de los administradores.

Como es sabido, con posterioridad, el RDLeg 1/2010, de 2 de julio, aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que contiene una regulación conjunta de las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas, sin perjuicio de mantener un distinto tratamiento

*respecto de sus respectivas singularidades. **La ley extiende a toda clase de sociedades de capital, también a las de responsabilidad limitada, la distinción formal ente junta general ordinaria y extraordinaria (art. 163 LSC).** Y el art. 164.1 LSC dispone que la junta ordinaria, previamente convocada al efecto, se celebre necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. **El apartado 2 de este art. 164 LSC reproduce la previsión que ya contenía el art. 95.2 TRLSA , de que « la junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo».** Con ello, ahora queda claro que bajo la vigencia de la actual Ley de Sociedades de Capital la junta ordinaria de una sociedad de responsabilidad limitada celebrada fuera de plazo sería válida.»*

También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 466/2012, de 12 de septiembre. (Ponente: Antonio Luis Pastor Oliver, [Roj: SAP Z 2157/2012; Id Cendoj: 50297370052012100351]. Rec. núm. 402/2012):

«(...) resulta cierto que la convocatoria se hizo más allá del mes que marcaba el antiguo art. 45-3 L.S.R.L. y la primera redacción del art. 168 L.S. Capital (reformado por ley 25/11, 1 de agosto), (...).

*Esta demora otorgaba a los convocantes el derecho a **solicitar la convocatoria judicial**, como así hicieron (artículos 169 L.S.C.). Pero, el argumento de la parte actora y apelante no discurre en ese sentido, sino en la sorpresa e irregularidad temporal de la convocatoria tardía, que obligaba de forma excesiva e inexigible a los convocantes a permanecer en un permanente control de la prensa diaria más allá del período marcado por la legislación societaria. Sorpresa buscada*

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

intencionadamente por los administradores sociales a fin de impedir -por desconocimiento- la presencia en la junta de los convocantes.

Ni del anterior artículo 45-3 L.S.R.L. ni del actual 168 L.S.C. se desprende la nulidad de los acuerdos tomados en la junta convocada extemporáneamente. Habrá que acudir a las reglas generales que configuran la sanción anulatoria derivada de vicios en la convocatoria. Como señala la S.T.S. de 13 de febrero de 2006, la nulidad de los acuerdos sociales por vicio de la convocatoria requiere de una interpretación finalista de las normas que la regulan. Es decir, si aquélla, por el modo en que se realizó, pudiera suponer indefensión para los socios que no pudieran acudir a la misma.

Y para concretar si hubo o no tal indefensión, la jurisprudencia ha elaborado ciertos parámetros como elementos de contemplación y comparación. Así la S.A.P. Barcelona sección 15, de 11 de febrero de 2004 y la de esta sección 347/2007, de 7 de junio se refieren a los principios de "normalidad" y "auto-responsabilidad". De esta forma, dice esta última, se ha llegado a la equiparación -en situaciones normales- entre "conocimiento" y "posibilidad de conocer", lo que requiere valorar también la conducta del destinatario.

Aplicando estos principios al caso que nos ocupa, habrá que tener en cuenta el contexto societario ya descrito y los datos cronológicos concretos.

Hemos de partir de la general doctrina según la cual no estamos ante un plazo preclusivo o letal. La convocatoria extemporánea no es nula radicalmente ni ope legis, pues -por ejemplo- produciría todos sus efectos en una junta universal.

*Por ello hay que valorar **las circunstancias del caso, de cada caso.** (...) no se puede afirmar que -dentro de la "normalidad" y de las posibilidades reales de conocer la convocatoria- la actuación de los administradores sociales haya buscado maliciosamente la sorpresa, dificultando notoriamente el conocimiento de la citación de la junta. De hecho, de la prueba practicada **no se deduce que durante la vida societaria los miembros del consejo de administración hubieran comunicado verbalmente a los socios actores la convocatoria de las juntas.** (...) Sin que exista prueba por parte de los demandantes de que ese "aviso personal" fuera costumbre que les compeliere a esperar tal comportamiento (...)».*

2.8. Mención a la convocatoria en el acta de la junta. Control notarial de la convocatoria.

La convocatoria es un elemento importante del acta de la junta (y también de los certificados que se emitan de los acuerdos adoptados en la misma). Así, el art. 97 RRM – texto aún no adaptado a la LSC,- exige, entre otras, que en el acta de la junta se incluyan las siguientes menciones:

*«(...) 2.^a **Fecha y modo en que se hubiere efectuado la convocatoria, salvo que se trate de Junta o Asamblea universal. Si se tratara de Junta General o Especial de una sociedad anónima, se indicarán el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y el diario o diarios en que se hubiere publicado el anuncio de convocatoria.***

*3.^a **Texto íntegro de la convocatoria o, si se tratase de Junta o Asamblea universal, los puntos aceptados como orden del día de la sesión.** (...)».*

En el caso de **asistencia de notario a la junta**, éste debe hacer un primer análisis de la regularidad de la convocatoria. Así resulta del art. 101.1 RRM, a cuyo tenor:

«El Notario que hubiese sido requerido por los administradores para asistir a la celebración de la Junta y levantar acta de la reunión, juzgará la capacidad del requirente y, salvo que se trate de Junta o Asamblea Universal, verificará si la reunión ha sido convocada con los requisitos legales y estatutarios, denegando en otro caso su ministerio. (...)»

2.9. La posible subsanación de una junta defectuosamente convocada.

Una cuestión que se plantea con frecuencia en la práctica es si en el momento de celebración de la junta que adolece de defectos de convocatoria, (o de válida constitución), cabe subsanar tales defectos mediante la celebración de **una junta universal**.

Obviamente la respuesta sólo puede ser positiva, pero no porque tenga efecto subsanatorio, sino porque, de hecho, **se deja sin efecto la convocatoria y se celebra una nueva junta con carácter de universal**.

Por ello, porque es una junta distinta, nada impediría por ejemplo, que se modificase el orden del día, modificación o definición del orden del día que tras la redacción del art. 178.1 LSC, ya no exige acuerdo unánime, siendo sólo necesario acuerdo de todos los socios sobre la constitución en junta universal.

Otro supuesto es el de celebración de la junta y posterior subsanación o sustitución por otro acuerdo en una junta posterior válidamente convocada.

A ello se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 589/2012, de 18 de octubre. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos. [Roj: STS 6901/2012; Id Cendoj: 28079110012012100614]. Rec. Casación núm. 311/2009):

*«(...) En definitiva declarada la nulidad de acuerdos por **defectos en la convocatoria** o en el desarrollo de la junta -incluida la vulneración del derecho de información- **nada impide que el acuerdo sea sustituido por otro**. En este sentido la sentencia 914/2008, de 3 de octubre, mantiene la validez de un acuerdo al que la Audiencia "no le atribuye ningún efecto sanatorio o convalidante de los vicios de que pudiera adolecer el anterior (...), que ya constaba impugnado. Ocurre que la Audiencia, aunque no lo diga expresamente, concibe este segundo acuerdo como un acuerdo con idéntico objeto que el primero, e independiente de aquel, cuya razón de ser no se encuentra en la necesidad de dotar de eficacia al anterior sino que busca plasmar -ahora válidamente, cumplidas las exigencias de información que impone el artículo 112 de la LSA - la voluntad del máximo órgano social..."; y la sentencia 760/2011, de 4 de noviembre, declara "la válida adopción ex novo de un acuerdo con idéntico contenido decisorio que el anulado, en junta convocada observando los requisitos exigidos por la norma y con escrupuloso respeto a los derechos de los socios".*

28. Tampoco obliga a la sociedad a mantener inmutable después de producida la litispendencia y hasta la firmeza de la sentencia, un acuerdo

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

de validez cuestionada ante los tribunales, cualquiera que sea el grado interno de certidumbre sobre su regularidad, cuando sea posible, alternativamente, su sustitución mediante la adopción de otro de contenido idéntico o dejando sin efecto, bien mediante su revocación nuda, bien mediante la adopción de otro en el mismo sentido pero de contenido diverso cuando existen irregularidades en su contenido -como en el caso de aprobación de cuentas rectificadas que deja sin efecto el anterior-, alternativa a la que se refiere la sentencia 1196/2008, de 18 de diciembre -.

29. En conclusión, la sociedad puede ratificar, rectificar, sustituir o revocar ad nutum acuerdos anteriores, antes de ser objeto de impugnación, durante la pendencia del proceso de impugnación o concluido el mismo por sentencia definitiva.

30. Otra cosa es la eficacia "ex nunc" o "ex tunc" de los acuerdos de convalidación ya que, como sostiene la sentencia de 17 de marzo de 1992, "la intención de la convocatoria no es en ningún sentido vinculante para el Juzgador a la hora de calificarlos en cuanto a sus efectos".

*31. También es cuestión diferente a la expuesta la incidencia de tales acuerdos en el proceso de impugnación en trámite por la vía del artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que sea obstáculo una eventual discrepancia sobre costas, ya que el artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no impide la reducción del objeto del proceso por **satisfacción extraprocesal** de parte de las pretensiones deducidas en la demanda o en la reconvención, de modo que permite proseguir el litigio exclusivamente a efectos de las costas, - extremo que constituye una cuestión procesal que la recurrente ha pretendido introducir en la casación mediante la cita del artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.*»

3.- LA CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA.

La constitución es, sin duda, uno de los momentos cruciales en la junta general porque es cuando se deben poner de manifiesto todas aquellas cuestiones que puedan afectar a su correcta constitución y, por tanto, a los acuerdos que se adopten en su seno.

Una junta defectuosamente constituida, en principio, **no puede adoptar acuerdos válidos y eficaces en derecho**, sin perjuicio de que en derecho societario, como excepción, en aras de la primacía del principio de seguridad del tráfico mercantil, se permita la convalidación en algunos casos, por transcurso de los plazos de impugnación previstos en la Ley, (arts. 204 y ss. LSC).

3.1. Marco normativo. Análisis del régimen legal.

La Ley dedica a la constitución de la junta los arts. 191 a 201, integrantes de la Sección Primera del Capítulo IV («Constitución de la junta y adopción de acuerdos»).

3.2. Cuestión previa: momento en el que deben alegarse los defectos de convocatoria.

La primera cuestión que surge es cuándo deben advertirse los posibles defectos que afecten a la constitución de la junta general.

Es ya doctrina consolidada que, en el caso de que el impugnante fuera un socio asistente a la junta, los defectos de convocatoria, así como cualesquiera otros que afecten a la válida constitución de la misma, y, por tanto, también la advertencia sobre la posible nulidad de la misma, (según proceda en atención al supuesto concreto), **deben alegarse necesariamente en el momento de la constitución de la junta**, siendo ineficaz –salvo excepciones– la denuncia posterior, una vez celebrada la misma.

Esta tesis, además de encontrar fundamento en el principio de «conservación de los actos societarios», encuentra apoyo en el la doctrina de los «actos propios» y también, en ocasiones, en la interdicción del abuso de derecho, pues en algunos supuestos se alegaban estos defectos en el procedimiento de impugnación en función del resultado favorable o adverso de determinados acuerdos o votaciones, sin que constase la más mínima mención a ello durante la celebración de la junta.

Esta cuestión es objeto, entre otras, de la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) núm. 13/2013, de 21 de enero.

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

(Ponente: Gregorio Plaza González. [EDJ: 2013/16150; Id Cendoj: 28079370282013100023]. Rec. núm. 698/2011):

«(...) Partiendo por lo tanto que nos encontramos ante una junta a la que no puede atribuirse el carácter de junta universal, aunque estén presentes todos los socios convocados (...) si observamos el acta de la Junta, **al declarar el presidente de la junta la válida constitución** únicamente se plantearon dos cuestiones previas ajenas a la cuestión aquí controvertida, es decir, **ninguna objeción se efectuó en orden a la válida constitución por quienes ahora impugnan los acuerdos en virtud del defecto mencionado.**

Tal y como se formuló en la demanda la impugnación de los acuerdos, ésta se basa en la existencia de un defecto de convocatoria. **Es constante la jurisprudencia al afirmar que la concurrencia de defectos de convocatoria o constitución debe hacerse constar al comienzo de la sesión**, lo que deriva de la aplicación del principio de buena fe (SSTS de 30 de diciembre de 1992 , 13 de abril de 1993 , 22 de noviembre de 1994 , 30 de octubre de 1995 y 30 de septiembre de 1996 , entre otras).

La ausencia de cualquier manifestación al respecto al inicio de la Junta cuyos acuerdos se impugnan impide apreciar la nulidad invocada.»

Aunque el art. 202 LSC al referirse al acta de la junta nada dice al respecto, debe dejarse constancia en acta de cuantas manifestaciones realicen los socios sobre la válida constitución, (siendo muy recomendable que si es posible las alegaciones se presenten por escrito).²⁴

²⁴ El art. 102 RRM, en el supuesto de acta notarial establece: «5.ª De las manifestaciones de oposición a los acuerdos y otras intervenciones cuando así se solicite, consignando el hecho de la manifestación, la

Obviamente, en dicho momento los administradores y/o el presidente podrán rebatir las alegaciones formuladas al efecto si lo consideran oportuno o bien aceptar las mismas, procediendo el presidente a dejar sin efecto, (no suspender), la convocatoria para la celebración de la junta y proceder a su convocatoria posterior, salvo que en dicho momento se acuerde la celebración de otra junta con carácter de universal.

Cuando el art. 102 RRM regula el acta notarial,²⁵ exige al notario que deje constancia en acta:

«(...) 2.^a De la declaración del Presidente de estar válidamente constituida la Junta y del número de socios con derecho a voto que concurren personalmente o representados y de su participación en el capital social.

identificación del autor y el sentido general de aquella o su tenor literal si se entregase al Notario texto escrito, que quedará unido a la matriz».

²⁵ Sobre otras actas notariales el Artículo 105.- Otras actas notariales.

1. Lo dispuesto en esta sección se entiende sin perjuicio de las actas notariales autorizadas para la constatación de determinados hechos acaecidos en las Juntas o Asambleas de socios, que se regirán por las normas generales contenidas en la legislación notarial. 2. No obstante, cuando hubiese sido requerida la presencia de Notario para levantar acta de la Junta o de la Asamblea de socios, no podrá ningún otro Notario prestar sus servicios para constatar los hechos a que se refiere el apartado anterior. 3. Cualquier acta notarial que no sea la regulada en los artículos anteriores no tendrá la consideración de acta de la Junta

*3.ª De que no se han formulado por los socios **reservas o protestas** sobre las anteriores manifestaciones del Presidente y, en caso contrario, del contenido de las formuladas, con indicación de su autor(...).».*

En la práctica, cuando se ha denunciado un defecto de válida constitución, es conveniente que siempre que se intervenga o vote en la junta, en aras de evitar que se considere un acto propio, se manifieste que se interviene o vota, sin perjuicio de la alegación de inválida constitución de la junta y, por tanto, sin que pueda entenderse que el socio renuncia a las acciones que puedan corresponderle por tal motivo.

Parece pacífico que a los socios no asistentes no se les exige este plus, (denuncia previa de los defectos de válida constitución), pudiendo ampararse en dichos defectos en una posible impugnación posterior (art. 206 LSC), aunque nada se haya advertido al efecto antes de la celebración de la junta, piense asistir el socio o no. En algunos supuestos, puede constituir un claro trato de favor respecto de la conducta exigible a los socios sí asistentes. En nuestra opinión, en determinadas circunstancias, no sería excesivo exigir al socio, como manifestación de su diligencia y buena fe societarias que, aunque no pueda asistir, advierta a los administradores de los defectos de convocatoria que puedan provocar la nulidad.

3.3. Mesa de la Junta. Presidente y secretario.

La primera cuestión a la que se refiere la Ley (art. 191) es al nombramiento de **presidente y secretario de la junta** como personas especialmente relevantes en el desarrollo de la junta, tanto al iniciarse la misma a efectos

de determinar la concurrencia o no de los requisitos legales (representaciones, quórum, etc.), como en el curso de la misma tanto a efectos de ordenar su desarrollo, como para dejar constancia de los acuerdos e intervenciones que se produzcan durante su celebración.

Ambos son cargos de extraordinaria relevancia y posible responsabilidad de quienes los ocupan, luego debe valorarse bien la aceptación (y no debe olvidarse, el art. 293 del Código Penal).²⁶

El art. 191 LSC confiere el cargo de presidente y secretario **a quienes lo sean del Consejo de administración «y, en su defecto los designados por los socios concurrentes al comienzo de la reunión»**, todo ello salvo que los ET dispongan otra cosa.

En el caso concreto, de nuevo es fundamental el estudio previo de los ET porque una vulneración de la norma estatutaria, aunque el nombramiento se adecuase a la Ley, supondría una vulneración constitutiva de la defectuosa constitución de la junta.

Las opciones estatutarias son muy variadas, (socios de mayor y menor edad, mayoritario y minoritario, etc.). Es una cuestión que en determinadas estructuras es conveniente regular bien en los ET, porque tanto el presidente como el secretario tienen mucho «poder» en la junta.

²⁶ Art. 293 CP.- *Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.*

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

Los cargos como tales, no son delegables, pero es práctica habitual el remitir la redacción material del acta, por ejemplo al letrado de la sociedad, sin que ello suponga que asume el cargo de Secretario, como tampoco lo asume el notario a quien la Ley le confiere la facultad exclusiva y excluyente de redactar el acta (art. 203 LSC).

En caso de que el órgano de administración sea distinto al consejo de administración o, simplemente, no se encuentre en la Junta el Presidente y/o el Secretario o Vicesecretario, en su caso, del órgano de administración, serán *«los designados por los socios»*.

La primera cuestión que debemos mencionar, porque en la práctica en ocasiones suscita polémica, es que, a falta de previsión estatutaria, **la Ley no exige que los designados sean socios, miembros del órgano de administración o cualquier otro requisito**, pudiendo ser cualquier tercero, (letrado, empleado, etc.).

En los ET es frecuente (y común en las sociedades muy cerradas), limitar las personas que pueden ser designadas como presidente y/o secretario, por ejemplo, exigiendo que sean necesariamente socios, estableciendo mayorías cualificadas para la designación, etc. (De nuevo, no debe olvidarse que los ET son normas de aplicación preferente a la LSC.)

La norma no lo dice, pero esa elección **exige a los socios votar**, ya que como órgano deliberante, en caso de discrepancia, no hay otra forma de

formar la voluntad societaria que por mayoría. Pero, **cómo se computa esta mayoría**, ¿por porcentaje de capital?, ¿por cabezas o socios asistentes?. Salvo regulación expresa en los estatutos, entendemos que la más razonable es la primera opción, es decir, mayoría del capital (que en la SRL será del capital total y en la SA del capital presente en la junta, en coherencia con la regulación establecida para la adopción de acuerdos en uno y otro tipo societario).

Repárese que en dicho momento, técnicamente, no se ha formado la lista de los asistentes, no se han examinado las representaciones, etc., luego dicha votación exigirá una constatación mínima al efecto.

El art. 101 RRM cuando regula el acta notarial establece que *«(...) aceptado el requerimiento, el Notario se personará en el lugar, fecha y hora indicados en el anuncio, y procederá a **asegurarse de la identidad y de los cargos de Presidente y Secretario de la reunión**»*.

3.4. Lista de asistentes.

El segundo momento crucial a efectos de la constitución de la junta es la elaboración de la lista de asistentes regulada en el art. 192 LSC que establece:

*«1. Antes de entrar en el orden del día se formará la **lista de los asistentes, expresando el carácter o representación de cada uno y el número de participaciones o de acciones propias o ajenas con que concurran.***

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

*2. Al final de la lista se determinará el **número de socios presentes o representados, así como el importe del capital del que sean titulares, especificando el que corresponde a los socios con derecho de voto.***

3. En las sociedades de responsabilidad limitada la lista de asistentes se incluirá necesariamente en el acta».

Es este un documento de extraordinaria relevancia jurídica, -y también probatoria,- que debe elaborarse y firmarse al inicio de la reunión.²⁷

En efecto, en el caso de juntas universales, si algún socio abandona la junta ya constituida durante su celebración, su firma en la lista de asistentes es la forma de acreditar su asistencia a la misma en el momento constitutivo, único momento en el que se exige la concurrencia del cien por cien del capital social (art. 178 LSC).

Al referirse al acta de la junta, el art. 98 RRM, establece:

«1. La lista de asistentes figurará al comienzo de la propia acta o se adjuntará a ella por medio de anejo firmado por el Secretario, con el Visto Bueno del Presidente.

²⁷ Es mención obligatoria del acta conforme al art. 97 RRM (recordemos, no adaptado a la LSC), cuando dice que se consignará, «4.ª En caso de Junta o Asamblea, el número de socios concurrentes con derecho a voto, indicando cuántos lo hacen personalmente y cuántos asisten por representación, así como el porcentaje de capital social que unos y otros representan. Si la Junta o Asamblea es universal, se hará constar, a continuación de la fecha y lugar y del orden del día, el nombre de los asistentes, que deberá ir seguido de la firma de cada uno de ellos».

*2. La lista de asistentes podrá formarse también mediante **fichero o incorporarse a soporte informático**. En estos casos se extenderá en la cubierta precintada del fichero o del soporte la oportuna diligencia de identificación firmada por el Secretario, con el Visto Bueno del Presidente».*

Obviamente, no es necesaria su elaboración por el presidente y secretario en el caso de asistencia de notario a la junta ya que, en tal caso, de hecho, la **elabora el notario**, identificando a todos los asistentes conforme a la normativa notarial, (arts. 203 LSC y 101 RRM).

La lista de asistentes es también fundamental si se exige un **quórum de válida constitución estatutario o legal**, a efectos de poder acreditar la concurrencia de socios que ostenten dicho quórum.

Es el caso de las SA que, conforme al art. 193 LSC, «(...) *quedará validamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto. (...)»* y «*en segunda convocatoria, será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma (...)»*.

Todo ello salvo que los estatutos establezcan un quórum superior para la primera convocatoria o en segunda convocatoria, «*fijen un quórum determinado, el cual, necesariamente, habrá de ser inferior al que aquellos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria*» (art. 193 LSC).

No puede obviarse, además que en las SA, el art. 194 LSC establece de quórum reforzados para determinados acuerdos:

«1. En las sociedades anónimas, para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto.

2. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital.

3. Los estatutos sociales podrán elevar los quórum previstos en los apartados anteriores».

3.5. Asistencia a la junta mediante representantes.

En relación con la lista de asistentes, consideramos oportuno mencionar un problema que suscita muchos problemas prácticos: **la asistencia de representantes en nombre de los socios y la suficiencia del poder de representación.**

Con carácter previo es necesario recordar, (pues con frecuencia se olvida en la práctica societaria), que en esta materia los ET de cada sociedad son «lex» societaria de aplicación preferente a la LSC. Y ello es así porque tanto en uno como en otro tipo societario, la Ley permite modificaciones de régimen legal, aunque en sentido contrario, como pasamos a analizar.

Por lo que se refiere a **las SRL**, el art. 183 LSC establece un régimen legal muy limitado de representación, coherente con el carácter de sociedad familiar y cerrada, (permitiendo que se amplíe por pacto estatutario), exigiendo, incluso, en el caso de terceros poder para administrar todo el patrimonio en territorio nacional, (como manifestación de plena confianza del poderdante en el apoderado), lo cual genera muchos problemas prácticos.²⁸

²⁸ La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 450/2011 de 26 octubre. (Ponente: Fuentes Candelas. Carlos. [EDJ 2011/262637]. Rec. núm. 392/2011).

*«(...)El artículo 49 reformó la materia de la Ley anterior sobre representación voluntaria del socio en las juntas de este tipo de sociedades, reconociéndoles el derecho inderogable a poder asistir representados a través de otro socio y de terceros si bien que en determinadas condiciones, **pudiendo los estatutos ampliar el círculo, pero no restringirlo**. Por ello el artículo 186.3 RRM dice que el socio podrá hacerse representar en las reuniones de la junta general por cualquiera de las personas previstas en la ley y, en su caso, en los estatutos. Las peculiaridades derivan, además de las propias normas, del carácter híbrido y cerrado de estas sociedades, una de cuyas manifestaciones es precisamente el sentido restrictivo de la representación: "una sociedad esencialmente cerrada, en la que las participaciones sociales tienen restringida la transmisión (...) Este carácter cerrado se manifiesta igualmente en que, **salvo disposición en contrario de los estatutos, la representación en las reuniones de la Junta General tiene un carácter restrictivo**».*

En concreto el citado precepto establece:

«1. El socio sólo podrá hacerse representar en la junta general por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional.

Los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas.

2. La representación deberá conferirse por escrito. Si no constare en documento público, deberá ser especial para cada junta.

3. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado».

En el caso de SA, por el contrario, se establece de forma muy amplia el derecho de todo accionista a ser representado por un tercero, salvo que los ET limiten esta facultad. El art. 184 LSC establece:

«1. Todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta general por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. Los estatutos podrán limitar esta facultad.

2. La representación deberá conferirse por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada junta».

La valoración de la **suficiencia o no de la representación** de un socio corresponde al **presidente de la junta**, asumiendo la correspondiente responsabilidad.

A ello se refiere expresamente el art. 102.1.2ª RRM cuando contempla como contenido específico del acta notarial, *«la declaración del presidente de estar válidamente constituida la junta y del número de socios con derecho a voto que concurren personalmente o representados y de su participación en el capital social»*.

En el caso de **asistencia de notario a la junta, no le corresponde a éste tal examen de suficiencia**, -aunque suceda en alguna ocasión. -Así resulta de los arts. 101 y ss. RRM que limitan su control a la regularidad de la convocatoria, sin que en ningún caso debe calificar la legalidad de los hechos, salvo que aprecie *«la concurrencia de circunstancias o hechos que pudieran ser constitutivos de delito»* en cuyo caso, *«podrá interrumpir su actuación haciéndolo constar en acta»*. (Debe recordarse que el art. 293 CP tipifica impedir el ejercicio de los derechos de socio, entre los que conforme a los preceptos citados se encuentra la asistencia a la junta por medio de representante).

El notario deberá consignar en el acta *«(...) si existen reservas o protestas sobre las manifestaciones del Presidente relativas al número de socios concurrentes y al capital presente»* (art. 101.3 RRM).

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

En la práctica, hay una **tendencia a entender que, si nadie se opone a que se asista con poder defectuoso, éste queda convalidado**. En mi opinión, es una tesis incorrecta y peligrosa y no se debe generalizar.

En todo caso, tal tesis sólo sería defendible si está presente el cien del capital social, todos los socios aceptan la asistencia con poder defectuoso y, además, todos ellos renuncian expresamente a ejercitar cualquier acción por tal motivo y, en especial, la de nulidad por defectuosa constitución de la junta. Obviamente, si existe oposición de algún socio, resulta inviable.

Ahora bien, según nuestro criterio, tal «convalidación» del poder no es posible si no está presente todo el capital, porque en tal caso, si la asistencia del representante con un poder incurriéndose en vulneración legal o estatutaria, la junta ineludiblemente estaría defectuosamente constituida y también serían defectuosos los acuerdos adoptados tomando en consideración el voto de un socio que no estaba legitimado para votar. En tal caso, el socio o socios no asistentes podrían impugnar la junta y, en su caso, los acuerdos. (No es una cuestión de ser excesivamente legalista, sino de aplicación de las normas societarias con el rigor que exigen).

Nuestros tribunales, han establecido una doctrina, dependiendo si se trata de SRL y SA, como pasamos a exponer:

*** Resoluciones referentes a sociedades limitadas.**

Acepta la válida constitución de junta universal estando los socios presentes o representados, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) núm 113/2010, de 16 de marzo. (Ponente: Francisco Marín Castán. [EDJ 2010/19160; Id Cendoj: 28079110012010100128]. Rec. núm. 2044/2005), pero declara la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en **Junta universal** por no estar representados en debida forma todos los socios y al no ser válida la constitución de la misma con la oposición del demandante:

*«(...) Fundamentos que integran la razón causal del fallo recurrido son, en esencia, los siguientes: 1) **No se ha probado que una de las socias, Dª Estibaliz, estuviera debidamente representada en la Junta General Extraordinaria y Universal** que tuvo lugar en fecha 30 de diciembre de 1992 en el domicilio social de la mercantil demandada; 2) por lo tanto **no estaban presentes ni representados en debida forma todos los socios**; 3) el acta correspondiente acredita que **el representante del socio demandante se opuso a la constitución de la Junta como universal** alegando que D. Demetrio no ostentaba la representación de Dª Estibaliz, y pese a ello no se le exhibió ningún documento acreditativo de tal representación ni se formuló observación alguna; 4) se infringieron por tanto el art. 48 LSRL, el art. 12 de los estatutos sociales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues **no sólo dejó de acreditarse dicha representación sino que, además, el propio socio luego demandante se opuso expresamente a la constitución de la Junta**; 5) tampoco cabe la validez de los acuerdos como adoptados en Junta General Extraordinaria, es decir no universal, pues lo cierto es que **la Junta se constituyó como universal y por ello "era nula de inicio"**; (...)*

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

7) la demanda no vulneraba la doctrina de los actos propios ni entrañaba abuso de derecho, porque no se había probado que el representante del socio demandante mostrara su conformidad con la celebración de la Junta Universal ni el ejercicio legítimo del derecho a impugnar los acuerdos sociales puede considerarse abusivo cuando concurre una causa tan manifiesta de nulidad. (...)

*El motivo único del recurso de casación, en principio formulado por interés casacional, se funda en interpretación errónea del art. 108 LSA, del art. 49 LSRL y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de esta Sala de 8 de mayo de 1961, 5 de julio de 1986 EDJ 1986/4721 , 20 de abril de 1987 EDJ 1987/3101 y 22 de mayo de 2002 EDJ 2002/14760 en cuanto a la **improcedencia de declarar nula una Junta por falta de representación escrita cuando en Juntas anteriores se hubiera aceptado esa representación.** (...)*

*De otro lado, en el motivo se hace supuesto de la cuestión al dar por sentado sin más que **el art. 13.5 de los estatutos sólo exigía representación por escrito cuando el representante no fuera otro socio o un cónyuge, ascendiente o descendiente del socio representado, sin detenerse la recurrente en si ello era o no compatible con el art. 49 LSRL;** y se eluden los razonamientos de la sentencia recurrida sobre la falta de expresión en el acta de la desestimación de la oposición de luego demandante a la celebración de la Junta.*

Por todo ello, dada la situación de grave conflicto en que se encontraba la sociedad recurrente, (...) carece verdaderamente de sentido plantearse siquiera la posible validez de los acuerdos adoptados la posible ratificación de lo acordado por la declaración de una de las socias ausentes nada menos que en el propio acto del juicio del presente litigio. Y es que, en realidad, como con acierto razona la sentencia recurrida,

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

bastó la constitución de la Junta como universal contra la manifiesta oposición del luego demandante para viciar de raíz todo su desarrollo, pues el art. 48 LSRL exige inequívocamente unanimidad y es doctrina reiterada de esta Sala que tal unanimidad es requisito imprescindible para la válida constitución de la Junta (SSTS 29-12-99 EDJ 1999/43931 y 31-5-99 EDJ 1999/11616 entre otras).».

En un supuesto de junta convocada, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, (sección 4ª) núm 341/2003 de 12 de junio. (Ponente: Eduardo Navarro Peña. [EDJ 2003/70313; Id Cendoj: 50297370042003100247]. Rec. núm. 381/2002.), la Sala no se refiere al defecto de constitución de la junta, pero declara la nulidad de los acuerdos de los acuerdos adoptados:

*«(...) Aduce la parte apelante como segundo motivo de su recurso la infracción, por interpretación errónea, del artículo 49 de la L.S.R.L. en que incide, a su juicio, la sentencia de primer grado, que le lleva a considerar válida la representación conferida por el socio Sr.a favor del Letrado D.para intervenir en su nombre en la referida Junta General, y ello pese a que dicho representante **no ostentaba poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio** que el representado tuviere en territorio nacional, como exige dicho artículo en su apartado 2. (...)»*

*Como destaca la propia Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, **el carácter esencialmente cerrada de las mismas se manifiesta también en la regulación del régimen de representación de los socios en las reuniones de la Junta General, regulación de carácter restrictivo, salvo disposición contraria de los Estatutos**, que se contiene en su artículo 49.2 , a diferencia de lo que acontece al respecto en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 106 de la*

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

misma), al disponer aquel taxativamente que el socio podrá hacerse representar en tales reuniones por medio de otro socio, su cónyuge, ascendientes, descendientes o persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional, si bien los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas. Por tanto, sólo está facultado para ser representante del socio en tales actos quien legal o estatutariamente pueda serlo.(...)

*Según resulta acreditado por el contenido del acta notarial de la referida Junta General Extraordinaria, (...)la **autorización representativa otorgada por el socio Sr.a favor de D.no cumplía los requisitos legales, al haberse efectuado a favor de quien legalmente no podía serlo conforme a lo dispuesto en el artículo 49.2 de la L.S.R.L., resultando nula de pleno derecho** (artículo 6.3 del Código Civil), por lo que dicho socio ha de reputarse ausente de dicha Junta, **no pudiendo computarse los votos emitidos por su representante (...)**».*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 450/2011 de 26 octubre. ([EDJ 2011/262637; Id Cendoj: 15030370042011100459]. Rec. núm. 392/2011), con apoyo en diversas resoluciones de audiencias, determina que:

*«(...) La exigencia legal para tener por válidamente constituida la **facultad representativa** en una Junta societaria pasa necesariamente por la concurrencia de **tres requisitos que aparecen como absolutos**, 1), de **naturaleza subjetiva**, porque recaiga en **determinadas personas**, bien de las señaladas en la Ley, bien en los Estatutos societarios; 2) **de naturaleza formal**, porque el poder cumplimente la formalidad imperativa, ad solemnitaten, de escritura, **bien en documento privado**, en*

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

*cuyo caso debe ser especial para la Junta de que se trate, **bien en instrumento público**, en cuyo caso puede ser para cualquier Junta y; 3) **de naturaleza sustantiva o material**, porque el poder de representación esté conferido en el más amplio ámbito de representación de facultades de gestión y administración patrimonial, esto es, con **facultades para administrar todo el patrimonio** que el representado tuviere en territorio nacional, **exigencia que tanto lo es cuando el poder está otorgado en documento público como privado**. Es al sentido que debe dársele a estas exigencias lo que constituye el *thema decidendi*, juicio que encamina, como bien señala el Magistrado de Instancia, la propia Exposición de Motivos de la LSRL que en su apartado II, párrafo 2, señala que la representación en las reuniones de la Junta General tiene un carácter restrictivo, criterio que se abunda cuando se efectúa un examen comparado respecto de esta misma facultad **en el seno de las sociedades anónimas** en cuya regulación -art.106 LSA-, a diferencia de lo que hemos visto para la sociedad limitada, **se obvia desde luego la exigencia de que la representación esté incurso en un mandato más amplio de gestión y administración general del patrimonio del poderdante**.*

*Es cierto que la DGRN ha venido señalando en diversas resoluciones (10 de mayo de 1994 EDD 1994/6545, 20 de octubre de 1992 EDD 1992/10198) el juego del instituto de la representación voluntaria en el ámbito patrimonial (vid., arts. 1712 del Código Civil y 281 del Código de Comercio), señalando que **toda restricción o exclusión de su aplicación en dicho ámbito reclama una interpretación estricta a fin de garantizar que tales restricciones o exclusiones no se extiendan a hipótesis distintas y a objetivos diferentes de los que determinaron su formulación**. Así por ejemplo ha entendido que un poder general para administrar todos los bienes del representado es apto para asistir a Juntas de Sociedades de Responsabilidad limitada aunque la asistencia a las mismas no fuera expresa facultad del poder conferido, acogiendo el*

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

principio de que quien puede lo más puede lo menos. Sin embargo el caso que nos ocupa es inverso al supuesto descrito y no estamos ante una restricción relativa a una hipótesis no contemplada en la regulación de la representación. Al contrario, aquí está ausente del poder conferido al Letrado el presupuesto general, el magma donde debería ubicarse o del que derivaría su capacidad representativa tal y como resulta, precisamente, de aquellas resoluciones de la DGRN ya que el poder de quien compareció a la Junta no solo no lo es de gestión patrimonial general sino que tan siquiera otorga esta facultad respecto parte de los bienes y derechos del poderdante, no es general, no solo desde un punto de vista geográfico sino tampoco por el contenido de las facultades que confiere.

*En conclusión, no cabe más interpretación que la que resulta del propio texto legal, en relación a la naturaleza de la forma societaria de que se trata -art.3 CC- y por tanto, que **unos poderes especiales, exclusivos y excluyentes en sus facultades que las propias para asistir a Junta, padecen de insuficiencia legal, son inadecuados e inhábiles en el otorgamiento de la representación que se pretende** y, por tanto, no cabe más aquí que confirmar por sus propios y acertados fundamentos, la Sentencia de instancia."*

*(...) examinados los documentos aportados al efecto, consisten en un apoderamiento especial, faltando el requisito del "poder general", perfectamente comprensible en la dicción del precepto legal artículo 49 de la Ley 2/1995, es claro que no se cumple el claro mandato legal, que se reitera, exige un poder general de administración del representado para todos sus bienes en territorio nacional. Interpretación que es además la seguida en sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 junio de 2003 o de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha de 11 junio de 1999 dictadas en casos muy similares. (...) Por lo que **siendo***

ajustada a derecho la decisión adoptada por el presidente de la junta al rechazar la representación conferida por el actor en cuanto que no ajustada a lo prevenido en el artículo 49.2 de la LSRL, precepto en el que se limita, de forma taxativa, el círculo de personas a quienes puede ser conferida. Siendo así que en la representación designada, por los socios recurrentes, no concurría ninguna de las condiciones establecidas por la norma, al no resultar atribuible la condición ni socio, ni cónyuge, ascendiente o descendiente de los actores, ni tampoco administrador general, circunstancia esta última que debiera, en su caso, haberse acreditado, presentando al efecto el correspondiente poder general, otorgado en documento público, con facultades para administrar todo el patrimonio que tuviere en territorio nacional, lo que no se hizo, por lo que resulta palmario que la representación pretendida no podía ser reconocida, como así se hizo con razón y de conformidad con lo legalmente establecido, por lo que procede rechazar, el motivo de apelación, debiendo desestimarse el recurso interpuesto por el actor y confirmarse la Sentencia recurrida (...).».

Encontramos resoluciones en las que la negación de asistencia a un socio, aduciendo indebidamente defecto de poder, da lugar a la nulidad de la junta por vulneración de los derechos de asistencia y voto. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª) núm 441/2010 de 19 de octubre. (Ponente: Luis Antonio Soler Pascual. [EDJ 2010/285235; Id Cendoj: 03014370082010100444]. Rec. núm 352/2010.):

«(...) los poderes cuestionados en su momento por la presidencia de la Junta, entendemos que en efecto, existe error en la valoración de la correlación de dichos poderes con las exigencias del artículo 49 LSRL e infracción de los derechos políticos de asistencia, deliberación y votación

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

que a los socios corresponde por sí o por terceros, a través de representante.

*En efecto, el poder que se confiere a los representantes rechazados en su momento, impidiéndoles actuar en la Junta, lo es explícitamente, general, tan amplio y bastante como en derecho se requiera y sea menester, extendiéndose dicha generalidad, sin restricción alguna, a los actos de administración distribuidos en múltiples categorías, incluidas las de constituir, transformar, adaptar, modificar, prorrogar, disolver, liquidar, extinguir y cancelar toda clase de sociedades, facultad que por sí sola implica concesión de poderes en relación a la disponibilidad tanto sobre bienes muebles como inmuebles -piénsese en el caso de la sociedad civil universal-. Ningún reproche legítimo puede, por tanto, hacerse a los apoderamientos, lo que enlaza, precisamente, con la doctrina de los actos propios que defiende el apelante en relación a este caso ya que, aun cuando la doctrina de los actos propios no es ni constituye un principio absoluto en tanto que debe estar formada por actos que sean jurídicamente eficaces pues no tiene la facultad de crear derechos contra legem - es de imposible estimación cuando lo realizado trasciende de la esfera voluntarista negocial u obligacional para afectar, o incidir en la aplicación de una norma positiva de carácter imperativo, dado que dichos actos suponen en tales supuestos un apartarse o un desconocer las reglas de derecho positivo que las partes debieron tener en cuenta, dice la STS 10 de febrero de 1993 [EDJ 1993/1211](#) -, ni puede entenderse que hay abuso de derecho -art.7-1 CC - cuando se trata de la aplicación de una norma legal de naturaleza imperativa en cuanto al ámbito material de la representación conferida, la generalidad descrita, admitida en su momento, cuestiona el aspecto subjetivo del comportamiento contradictorio de la sociedad en relación a estos poderes, afianza la legalidad de los mismos y **sustenta a la postre, por razón de la falta de patente o evidente ilegalidad, la infracción denunciada que debe***

implicar la nulidad -art.56 y concordantes LSRL y 115 y siguientes LSA- de la Junta celebrada el día 24 de julio de 2008 y de cuantos acuerdos se adoptaron en la misma».

*** Resoluciones referentes a SA.**

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) núm. 250/2008 de 1 de abril. (Ponente: Vicente Luis Montes Penadés. [EDJ 2008/124052; Id Cendoj: 28079110012008100579]. Rec. núm 397/2001.), parece señalar que la consecuencia de una indebida representación es la mala formación de la voluntad social:

*«(...)Se tuvo por accionista al mencionado asistente sobre la base, exclusivamente, de que estaba identificado como hijo de un accionista difunto. No acreditó su condición de accionista en el momento de la Junta por ninguno de los sistemas que previene el artículo 104 LSA, ni cabe estimar que una escritura de partición hereditaria posterior pueda convalidar esa omisión. Es claro que la condición de hijo, sin más, no le atribuye la sucesión en las acciones de su padre, que bien pueden haber sido adjudicadas en partición a otra persona. Tampoco hay reflejo en el acta de que actúe en beneficio de la herencia yacente o de la comunidad hereditaria. Y, además, **actúa en representación de tres hermanos, sin que conste por escrito y con carácter especial tal representación, contra lo que dispone el artículo 106. 2 LSA**, restricción de la que no dispensa el artículo 108 LSA, que matiza lo dispuesto en los anteriores artículos 106 y 107 LSA, respecto de los hermanos (STS 14 de marzo de 1998 [EDJ 1998/1132](#)). No se formuló adecuadamente, pues, la lista de asistentes (artículo 111.1 LSA), ni, en consecuencia, se formó correctamente la voluntad social. El motivo, por ello, ha de prosperar y se*

ha de valorar la incidencia respecto de la nulidad de la Junta que se postula (...)».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, (sección 5ª) núm. 553/2011 de 6 de octubre. (Ponente: Javier Seoane Prado. [EDJ 2011/238759; Id Cendoj: 50297370052011100464]. Rec. núm. 546/2011.):

*«(...) los **motivos** que el recurrente hizo valer en su demanda pedir la nulidad de los acuerdos impugnados son los tres que actor indica en su fundamento de derecho B VI:*

*1) **Que la junta, que afirma se constituyó como universal** el indicado día 8-7-2009, fue celebrada sin previa convocatoria en la forma legal y estatutariamente prevista, y **sin la asistencia del socio demandante**, con lo que se contravenía la exigencia legal de la presencia de todo el capital social desembolsado y que los asistentes aceptaran por unanimidad la celebración de la junta dándole el carácter de universal. (art. 93 LSA)*

2) Que se privó al actor de la posibilidad de obtener información respecto al objeto de la junta, siendo ello igualmente causa de nulidad por infracción de ley (art. 155 LSA); y

*3) **Que el poder de representación** utilizado por el socio D. Antonio **no era de carácter especial** para la junta en la cual se adoptaron los acuerdos impugnados, **con infracción del art. 106 LSA.***

*Con independencia del mayor o menor fundamento o razón de los primeros motivos de impugnación, **lo cierto es que las infracciones que señalan son determinantes de la nulidad establecida en el art. 115.2 LSA, pues tal consecuencia ha sido señalada para los defectos de***

convocatoria (STS 1-3-2006), válida constitución de la junta (STS 6-7-2006) o indebida admisión a junta de un asistente por representación (STS 14-4-1988 y 14-4-1992 [EDJ 1992/3699](#)). Es cierto que ambos motivos son deudores del tercero, en el que sostiene la infracción de las normas reguladoras del ejercicio del derecho de asistencia a junta mediante representante, y de que la afirmación de que la junta en que los acuerdos impugnados han sido acordados tuvo lugar el día 8-7- 2009, pero el estudio tales cuestiones es de fondo y no puede ser anticipado al momento del examen de la caducidad de la acción ejercitada, por lo que la cuestión es si ha transcurrido el plazo de caducidad para la impugnación de actos nulos, que es la pretensión ejercitada. (...)

(...)la junta es nula porque fue constituida indebidamente al haber sido admitido en ella D. Antonio como representante de D. Carlos Jesús pese a que carecía de poder de representación para ello. (...)».

Como cuestión conexa, respecto de la **dobles representación en junta**, compareciendo tanto el accionista representado como su representante, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) núm 1002/2004 de 20 de octubre. (Ponente: Sierra Gil de la Cuesta. [EDJ 2004/152674; Id Cendoj: 28079110012004100962]. Rec. 3836/1999), entiende que no ha lugar la nulidad de los acuerdos, porque la revocación del poder representativo, por la doble participación, no ha afectado al quórum de las mayorías.

«Pues bien, la parte recurrida y antes demandante, que por cierto ni se personó en la apelación ni en este recurso, pretende la nulidad de los acuerdos sociales conseguidos en la antedicha junta, en razón a que la representación que ostentaba Luis Andrés del socio Serafín viciaba la constitución de la referida junta y de ahí la necesidad de proclamar la nulidad de sus acuerdos.

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

La razón de tal vicio de representación, según la tesis de dicha parte recurrida, se basaba en que la comparecencia antedicha de Luis Andrés representando al socio Serafín, a pesar de estar éste actuando personalmente en dicha Junta; lo que en base a lo preceptuado en el artículo 106-3-2 de la Ley de Sociedades Anónimas, hacía que la referida junta fuera nula de pleno derecho y por ende los acuerdos que se llevaran a cabo en la misma.

Pues bien, esta tesis de anulación radical no puede sostenerse.

*Y así es, pues el hecho de comparecer en la junta el socio representado y el representante, no puede llevar como consecuencia la nulidad de la junta, y ello por dos razones: una, derivada del **principio general de conservación de los acuerdos sociales** de la que se hablará más tarde, y, otra, porque **la consecuencia de esa sobre-intervención social** está resuelta por esta Sala, y así en concreto, en la sentencia de 25 de febrero de 1992 [EDJ 1992/1783](#) , que ha sido utilizada en la sentencia recurrida de una manera no lógica, en la que se establece tajantemente que "la asistencia de una parte a la misma junta general de accionistas, para la que había conferido además delegación por una cuantía determinada a otras personas, revoca, de hecho y de derecho, el poder o mandato conferido, a asumir el accionista titular asistente todas sus acciones con facultad inherente de ejercitar el derecho de voto correspondiente a todas ellas".*

Todo lo cual se incentiva, y a mayor abundamiento porque en el presente caso existe la concurrencia de dos socios distintos - Serafín y "Josilac, S.L."- representados por personas distintas.

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

Y por ello, dicha sentencia se debe interpretar en el sentido único y exclusivo de decir que esa "doble intervención" solo puede afectar al negocio representativo, y dejar fuera de juego al 0'347 por ciento del capital representado por Luis Andrés, lo que no puede afectar a los acuerdos de la junta en cuanto a su validez y eficacia.

Sobre todo cuando el capital asistente a la junta alcanzaba el montante de 97'999 por ciento y el capital de "Josilac, S.L." era el 51'304 por ciento; lo que significa que la mayoría podía perfectamente prescindir del 0'347 por ciento representado por Luis Andrés.

SEGUNDO.- Es ahora el momento de proclamar y con arreglo al principio de conservación de los acuerdos sociales, que ya se mencionó como uno de los datos estimatorios del recurso.

En efecto, la revocación "ope legis" del poder representativo acaecido en la junta cuya nulidad se pretende con todas sus consecuencias, no puede tener unos efectos más dañinos que la propia revocación y las consecuencias lógicas de la misma -en este caso inane dado el juego de mayorías y "quorum" especificados-.

Ya que el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas no deja entrever consecuencia alguna de ineficacia por la "doble participación", lo que por otra parte sería absolutamente ilógico e indicación una disciplina normativa impropia de una agilidad racional en relación al área socio-económico en que se desenvuelve la sociedad mercantil.»

3.6. Asistencia a la junta de terceros no socios: administradores, asesores y terceros.

*** Administradores.**

Conforme a lo dispuesto en el art. 180 LSC, **los administradores deben asistir** a la junta general.

A pesar de esta redacción la ausencia de los administradores **no supone una causa de nulidad de la junta** ni de suspensión de la misma, no obstante las posibles responsabilidades que pudieran incurrir los administradores. Generalmente se vincula a una posible lesión del derecho de información.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) núm 192/2011 de 31 de marzo, (Ponente: Iñigo Madaria Azkoitia. [EDJ 2011/162439; Id Cendoj: 01059370012011100263]. Rec. Núm. 631/2010) hace referencia expresa al derecho de información que podría verse afectado por la ausencia de los administradores (si bien, se concluye que no se ha visto vulnerado). En este caso, el administrador sólo asiste en condición de representante del socio:

*«(...) Por tanto lo relevante no es tanto la remisión a la constitución de una junta universal, cual no es el supuesto de autos, como la consideración de que **unanimemente los asistentes admitieron la válida constitución de la Junta General Ordinaria, con una expresa mención a la inasistencia personal del administrador (folio 33) sin que conste***

*protesta u observación alguna sobre éste particular hasta después de aprobado el acuerdo, cuando sí se hace una observación a esa ausencia personal, lo cual evidencia que en el momento de la constitución se aceptó la representación del administrador por el Sr. Leon, quien a su vez era apoderado de la mercantil y por ello con capacidad para facilitar la información a la que los socios pudieran tener derecho. En consecuencia, debemos entender cumplida la formalidad y asumida la asistencia del administrador por medio del representante. Además, en cuanto a la posibilidad de información y aclaraciones, es de destacar **la presencia en la Junta del (...) asesor de la mercantil.***

*Sobre esa base ninguna cuestión formal deducida de la inasistencia personal del administrador permite deducir la posible nulidad de la Junta o de alguno de los acuerdos en ella adoptados. Sin embargo, **por la remisión al ejercicio del derecho de información de los socios y la eventual infracción del mismo, causada por tal ausencia personal, sí podría determinar la nulidad,** pero lo será sobre la base de esa infracción, pues si el representante del administrador suministra o satisface ese derecho indudablemente no cabrá deducir motivo de nulidad».*

En igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, (sección 3ª) núm 155/2006 de 17 de noviembre. (Ponente: Eduardo Valpuesta Gastaminza, [EDJ 2006/400303; Id Cendoj: 31201370032006100196]. Rec. Núm. 298/2005.):

«En cuanto a la falta de asistencia del administrador que ahora actúa como apelante, el art. 104.2 LSA establece el deber de los administradores de acudir a la Junta. Pero lo fija como un deber de los administradores, no como un requisito de válida celebración de la junta.

Por lo tanto la no asistencia podrá tener otras consecuencias, pero no invalida los acuerdos adoptados».

*** Otros asistentes.**

Sobre esta cuestión, el art. 181 LSC establece:

«1. Los estatutos podrán autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales.

2. El presidente de la junta general podrá autorizar la asistencia de cualquier otra persona que juzgue conveniente. La junta, no obstante, podrá revocar dicha autorización.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada, salvo que los estatutos dispusieran otra cosa».

*** Asistencia de letrados de socios.**

Salvo mención en los ET, el régimen es el mismo que para otros terceros, ya mencionado. La autorización queda en manos del presidente, pero la junta puede denegarla.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 185/2011, de 28 de marzo. (Ponente: Jesús Corbal Fernandez. [Roj: STS

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

1813/2011; Id Cendoj: 28079110012011100181]. Rec. Casación núm. 333/2007):

*«(...) En el motivo primero se denuncia, en síntesis, que no se permitió al actor estar representado en la Junta por medio de su Letrado, (...) finalmente, se le **impidió la comunicación vía móvil con su propio abogado**. Por todo ello, -resume-, concurre la causa de nulidad de los acuerdos "por existir por coacción, indefensión forzada del demandante, máxime si tenemos en cuenta que los puntos del Orden del Día que había propuesto el Sr. Rubén eran de vital importancia para él y sus intereses económicos (...).*

*El motivo se desestima. En primer lugar debe ponerse de relieve que en la argumentación del motivo se incurre en incoherencia porque, por un lado, se alude a que lo que se recurre fue la negativa de la representación por el Letrado y no el estar acompañado en la Junta por el mismo, y por otro, se **hace especial hincapié en la falta de asesoramiento**, dada la trascendencia de los temas, que le produjo indefensión.*

*En segundo lugar, centrado el tema del recurso en la negativa de la representación, el planteamiento del motivo resulta infundado porque según señala la sentencia recurrida, sin que tal apreciación fáctica haya sido desvirtuada, no fue esa la cuestión suscitada en el acto de la Junta sino la de **estar dirigido y asistido por abogado**, y, además, resulta inconsistente porque el Sr. Rubén **estuvo presente personalmente**, lo que tiene valor de **revocación de la representación** (art. 106.3 LSA), sin que el hecho (dialécticamente) de que se le pudiera discutir su sustitución por el Letrado suponga "coacción", tanto más que no cabe simultanear la presencia personal y la representación por otro.*

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

En tercer lugar, y en lo que atañe a la asistencia asesora de Letrado, no se ha producido en la sentencia recurrida ninguna infracción legal, porque el art. 104.3 LSA faculta, pero no obliga, al Presidente para autorizar la asistencia de "cualquier otra persona que juzgue conveniente", sin perjuicio de que "la junta pueda revocar dicha autorización"(...).

La falta de oposición o protesta alguna a la válida constitución de la Junta enerva cualquier posibilidad de impugnación, porque la omisión equivale a conformidad (...)» .

*** Asistencia de notario.**

Es un derecho de los administradores y de los socios que ostentan un 1% en SA y un 5 % en SRL. El art. 203 LSC establece:

«1. 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 sólo serán eficaces si constan en acta notarial.

2. El acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre.

3. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad».

La inasistencia de notario habiendo sido solicitada la misma, ha sido abordada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en su Sentencia núm. 54/2002, de 5 de febrero. (Ponente: Román García Varela. [Roj: STS 709/2002; Id Cendoj: 28079110012002101671]. Rec. Casación núm. 2563/1996):

«(...) la inasistencia del Notario implica una grave infracción legal por parte de los administradores- se desestima por la argumentación que se expone acto continuo.

La sentencia recurrida, desde la prueba practicada, entiende que se comunicó a los administradores el requerimiento realizado por los actores para la presencia del Notario en la Junta en 15 de junio de 1994, y aunque hicieron las oportunas gestiones a dicho fin, resultaron negativas, de modo que si se inicia el cómputo el día 16 de junio y se parte de lo que dispone el artículo 5 del Código Civil, habrá de entenderse que la petición recogida en el artículo 114 se hizo en tiempo hábil, pues el cómputo civil de los plazos no excluye los días inhábiles, sin embargo considera que la ausencia del Notario no tiene efectos invalidantes sobre los acuerdos adoptados, pues el acta de la Junta no es elemento constitutivo del acuerdo, sino medio de prueba del mismo, de aquí que tenga un carácter "ad probationem" y no "ab solemnitatem", sin perjuicio de que al acceder los acuerdos al Registro Mercantil hayan de instrumentarse en documento público, bien con la legalización del acta de la Junta o la concurrencia el Notario a ésta, de forma que el incumplimiento de los administradores no tiñe de antijuricidad el acuerdo, sino a su documentación, al afectar, no al mismo, sino al acta de la Junta que lo contiene y sí puede tener incidencia en su prueba, pero no cabe impugnar, como contrario a la Ley (artículo 115), un acuerdo sólo porque los administradores hayan quebrantado lo dispuesto

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

en el artículo 114, toda vez que no puede anudarse a la falta de presencia del Notario la nulidad del acuerdo o acuerdos adoptados en la referida Junta, dejando a salvo la responsabilidad que, en su caso, pudiera ser atribuida a los administradores, máxime cuando no se petitionó ni obtuvo anotación preventiva de su petición en los términos establecidos en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil; toda cuya argumentación es aceptada por esta Sala.

El acta notarial de la Junta posee idéntica eficacia que otra autorizada por la misma y firmada por el presidente y el secretario, según determinan los artículos 114.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 103 del Reglamento del Registro Mercantil.

Los acuerdos recogidos en el acta notarial son ejecutivos de inmediato, según se desprende de artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual la elevación de aquellos a instrumento público "también podrá realizarse tomando como base la copia autorizada del acta, cuando los acuerdos consten en acta notarial".

En verdad, el acta notarial es prueba privilegiada de los hechos observados por el Notario y de que han tenido lugar las manifestaciones hechas ante él, pero no garantiza la veracidad de esas manifestaciones, tampoco la legalidad de los hechos consignados, ni, singularmente, la validez intrínseca de los acuerdos.

Sí los accionistas requieren a los administradores, y estos no obedecen y no requieren al Notario, o sí, tras el requerimiento a éste, los administradores no consiguen, pese la realización de las gestiones correspondientes, que acuda a la Junta, y se levanta acta ordinaria, no notarial, el efecto es que los acuerdos podrán sufrir un retraso por cierre del Registro Mercantil (artículo 104 del Reglamento del Registro

*Mercantil) y, ni que decir tiene, **cabe que sean impugnados, pero cuando transcurre el plazo de cierre registral y los acuerdos no se impugnan, llegarán a ser eficaces, ejecutivos e inscribibles sin acta notarial.***

Además, el artículo 114 de la Ley de Sociedades Anónimas no contiene la afirmación efectuada en el artículo 55 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el cual dispone que en el caso de requerimiento de los socios a los administradores, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial, de manera que, si se trata de esta clase de sociedades, toda la actuación de la Junta sería ineficaz si no interviene el Notario, lo que no ocurre respecto a aquellas(...)».

En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 113/2010, de 16 de marzo ya citada.

3.7. Prórroga de la junta.

Una vez constituida la junta, aunque se prorrogue, cualquiera que sea el número de sesiones, «*la junta se considerará única, levantándose una sólo acta para todas ellas*» art. 195.3 LSC. En el caso de acta notarial, «*si las sesiones se prolongan durante dos o más días consecutivos, la reunión de cada día se consignará como diligencia distinta en el mismo instrumento y por orden cronológico (...)*». (art. 102.2 RRM).

Pueden solicitar la prórroga los administradores o los socios que representen el 25% del capital social, pero debe «acordarse», es decir, obtener el voto favorable de la mayoría presente en la junta en el caso de SA y del capital social en el caso de SRL.

4.- EL DERECHO DE INFORMACIÓN EN LA JUNTA GENERAL.

Con ocasión de la Reforma societaria del 89, podríamos decir que el derecho de información se eleva a la categoría de **derecho societario «fundamental»**, concibiéndose –e interpretándose, por los tribunales en una primera etapa,- de forma amplísima. Ello tuvo un efecto muy pernicioso en la práctica societaria, dando lugar a supuestos de claro abuso de derecho, (en ocasiones como auténtica arma de presión societaria), que pronto fueron detectados por los tribunales, aplicando una línea correctora, en especial, en cuanto a sus límites.

4.1. Límites al derecho de información.

Como cualquier otro, el derecho de información encuentra **sus límites en un ejercicio conforme a las normas establecidas en la Ley y en los ET** de cada sociedad, **respetando el interés social**, pero también, porque debe ejercitarse conforme a **la buena fe y, en modo alguno, en forma abusiva**, (o como suelo decir, sin que encuentre cobertura en nuestro derecho un ejercicio «antisocietario»).

Así lo vienen reconociendo nuestros tribunales y, entre otras, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 741/2012, de 13 de diciembre. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos.

Roj: STS 8061/2012; Id Cendoj: 28079110012012100712, Rec. Casación núm. 1097/2010):

«(...) Tenemos declarado que el derecho de información, integrado como mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista, (...) -hoy 93.d) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, además TRLSC)-, constituye un **derecho autónomo** -incluso si carece de derecho de voto o no tiene intención de ejercitarlo, sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental- **inderogable e irrenunciable**, que atribuye al socio la facultad de dirigirse a la sociedad en los términos previstos en el artículo (...) -hoy 197 TRLSC-.

(...) Lo expuesto no significa que el derecho de información carezca de **limitaciones**, ya que el regular desarrollo de la actividad societaria impone que el accionista no pueda demandar cualquier información sobre cualquier extremo y en cualquier momento, de tal forma que:

a) Es necesario que las informaciones o aclaraciones que **estime precisas y pertinentes** -juicio de valor que corresponde en exclusiva al accionista- estén comprendidas en el **orden del día o conexas con él** -lo que debe ser examinado por los administradores sin, perjuicio del control judicial de la decisión y de la eventual responsabilidad en que pudieren incurrir en supuestos de arbitraria denegación-.

2) Las informaciones o aclaraciones deben requerirse y las preguntas formularse en el **momento adecuado** -si es por escrito, en el espacio temporal que va desde la convocatoria de la junta hasta el séptimo día anterior al previsto para su celebración y si es verbalmente, durante el desarrollo de la misma-.

3) Además, el **interés de la sociedad** supone una limitación a los accionistas cuando no se solicita por quienes no representen, al menos, la cuarta parte del capital.

(...) A las limitaciones societarias, incluso cuando el derecho de información se ejercita por una minoría cualificada, se superpone el **límite genérico o inmanente, común al ejercicio de todos los derechos subjetivos, de no incurrir en abuso de derecho.**

(...) Además, aunque la eficacia de la información queda condicionada a su recepción por el accionista, sobre el que pesa el **deber de colaboración en la efectividad de la comunicación**, recae sobre el órgano de administración la **responsabilidad de elegir el medio adecuado para que la misma llegue temporáneamente a la esfera del destinatario (...)**».

Aunque esta es una cuestión que sólo puede analizarse en el caso concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 858/2011, de 30 de noviembre. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Roj: STS 8312/2011; Id Cendoj: 28079110012011100825. Rec. Casación núm. 1764/2008), recuerda que:

«(...) El **interés de la sociedad** en no difundir ciertos datos ni siquiera en el limitado ámbito interno de los accionistas -no el de los administradores en ocultarlos- también supone un **límite al derecho de información**, de tal forma que la publicidad limitada a los accionistas de los datos interesados, no debe perjudicar los intereses sociales, sin perjuicio de que en este caso **deba facilitarse** cuando la solicitud esté apoyada por **accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital (...)**».

Sobre el abuso de derecho en el ejercicio del derecho de información, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 204/2011, de 21 de marzo. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Roj: STS 2160/2011. Id Cendoj: 28079110012011100230, Rec. Casación núm. 2173/2007):

*«(...) Además de las limitaciones específicas impuestas por la legislación societaria, como en todos los derechos subjetivos, **constituye un límite genérico su ejercicio abusivo cuando concurren los requisitos precisos para el abuso del derecho** o, dicho en otros términos, como afirma la sentencia 753/2008, de 4 de septiembre "es necesario que el derecho se ejercite con la extralimitación, por causas objetiva o subjetiva - sentencias de 29 de diciembre de 2004 y 28 de enero de 2005 -, en que se asienta dicho concepto - sentencias de 18 de mayo de 2005 y 29 de septiembre de 2007 -, lo que no puede afirmarse ocurra sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso"(...)».*

4.2. Marco normativo. Régimen legal en la LSC.

La Ley, como no podía ser de otro modo dadas las peculiaridades de uno y otro tipo societario, da un tratamiento distinto al derecho de información en la SA y en la SL, siendo en este último caso mucho más amplio, precisamente en atención al principio de mayor participación de los socios en la gestión social y, también, al carácter más cerrado de este tipo societario. (Como luego veremos, el exponente más claro es el derecho de examen directo de los antecedentes contables con un experto, vedado en las SA).

El derecho de información en su acepción genérica se contempla, junto a los demás derechos de socio, en el art. 93 d) LSC:

«En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos: (...) d) El de información».

En virtud del principio de libertad de pacto, en los ET se puede **ampliar o mejorar el ámbito de ejercicio de este derecho, pero no limitarlo o restringirlo**, salvo en el concreto supuesto de examen de antecedentes contables en la SRL que el art. 272.3 LSC²⁹ permite limitarlo o excluirlo por precepto estatutario.

Concretando el contenido de este derecho a efectos de su ejercicio en la junta general, en el caso de las **SRL el art. 196 LSC**, establece:

«1. Los socios de la sociedad de responsabilidad limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.

2. El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la

²⁹ El precepto es claro: «3. **Salvo disposición contraria de los estatutos**, durante ese mismo plazo, el socio o socios de la sociedad de responsabilidad limitada que representen al menos el cinco por ciento del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales».

*información solicitada, salvo en los casos en que, **a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social.***

*3. **No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social».***

Repárese en que el **juicio sobre el posible perjuicio al interés social se hace recaer en el órgano de administración.**

Se plantea un problema si el sistema de administración es mediante un consejo o dos administradores mancomunados y no están todos presentes en la junta en la que se solicita la información, ya que en tal caso es inviable que el órgano de administración pueda reunirse válidamente si es consejo y, en ambos casos, que pueda adoptar decisiones en la junta.

Y repárese también que en este caso, la Ley **no prevé el supuesto de remisión de la información en los siete días siguientes**, como sucede en el caso de la SA. A nuestro juicio, el sentido común, impone que en tales supuestos se remita a un momento posterior la valoración del posible perjuicio por el órgano de administración, válidamente constituido y la remisión de la información solicitada al socio, pero deberá justificarse oportunamente y dejar constancia de ello en el acta y existe un claro riesgo de que el socio interprete que ha existido lesión a su derecho de información.

La cuestión no es menor porque, como sabemos, con la introducción de los delitos societarios, con los que soy especialmente crítica, se penalizaron determinadas actuaciones societarias y, entre ellas, posibles lesiones del derecho de información. En concreto, el art. 293 CP establece:

*«Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal **negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información**, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos en las leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses».*

Como luego veremos, en la SL hay especialidades en el derecho de información sobre las cuentas anuales.

La regulación del **derecho de información en la SA se encuentra en el art. 197 LSC:**

*«1. Los accionistas podrán solicitar de los administradores, acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, las informaciones o aclaraciones que estimen precisas, o **formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta.***

Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general.

2. Durante la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones

*que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día y, en caso de **no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta.***

*3. Los administradores estarán **obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de la información solicitada perjudique el interés social.***

*4. **No procederá la denegación de información cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social. Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social.***

La Ley contempla también la posibilidad de información previa y en el acto de la junta, pero con límites temporales claros, (frente a lo que hemos visto que sucede en el caso de la SRL).

Además, se observan otras diferencias entre la regulación aplicable a la SRL y a la SA, carentes de toda lógica. Así, mientras en el art. 197 LSC la información se solicita a los administradores, nada se dice al respecto en el art. 196.1 LSC, (aunque así se deduce del párrafo 2º). En el art. 197 LSC se dice «*formular preguntas*», mención que se omite en el art. 196 LSC.

La principal diferencia es que en la SA la información solicitada con carácter previo a la Junta debe realizarse «**hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta**», límite temporal que parece

configurarse como preclusivo, al menos, en cuanto a la obligatoriedad de facilitar dicha información, obviamente, salvo que voluntariamente quieran facilitarla los administradores, aún no siéndoles exigible.

Ya hemos mencionado que en las SRL no se introduce el matiz, - absolutamente factible en la práctica societaria,- de que no se disponga de la información solicitada en dicho momento, debiendo facilitarse en los siete días siguientes (art. 197.2 LSC).

Como ya hemos expuesto, nuestro criterio es que si no se dispone de la información puede y debe aplazarse su entrega, aplicándose por analogía el plazo máximo de siete días en las SRL. (Reiteramos que carece de todo sentido que por una interpretación «literalista» se opte por dar una mala, defectuosa o improcedente información, en el acto de la junta).

Una de las cuestiones más debatidas es el alcance de la «**obligación**» del **órgano de administración de facilitar la información**, que parece deducirse de la redacción de preceptos citados («estarán obligados»).

Efectivamente la Ley quiere que se facilite la información, pero siempre que la petición respete los propios límites legales y los principios generales que deben informar el ejercicio de cualquier derecho.

El primer límite es que el derecho de información no ampara preguntar sobre cualquier cuestión. Las aclaraciones, preguntas, etc., debe versar «**sobre los asuntos comprendidos en el orden del día**» y no sobre otros.

Un caso recurrente en la práctica societaria es preguntar o solicitar información en la junta sobre **datos, resultados, negocios jurídicos u operaciones del ejercicio siguiente a aquél cuyas cuentas se someten a aprobación**, o solicitar información sobre actos concretos de gestión (despidos, aprovisionamientos, contratos de todo tipo, sueldos etc.) del ejercicio en curso.

La **negativa del órgano de administración a facilitar información de un ejercicio distinto al que es objeto de aprobación**, encuentra pleno amparo legal ya que los socios tienen derecho a examinar las cuentas y la gestión del ejercicio cerrado, no del ejercicio en curso (ni tampoco de ejercicios previos ya cerrados que tuvieron su propio trámite de aprobación) y, además, del ejercicio globalmente considerado, no por trimestres, semestres etc. Esto y no otra cosa es lo que la Ley contempla en los arts. 252 y ss. y 272 y ss. LSC.

Obviamente, salvo que los propios administradores convoquen una junta por algún motivo e incluyan cuestiones del ejercicio en curso, (por ejemplo, en previsión de una situación de insolvencia), pues en tal caso, obviamente la información estaría «*comprendida*» en el orden del día.

Es también causa justificada de negación de la solicitud en la información en la SA, (no en la SRL, que salvo limitación o exclusión en los ET, el socio tiene derecho de examen de los antecedentes contables), **la solicitud**

de facturas, listados de clientes, copias de contratos,... en definitiva, los documentos soporte con la que se elaboran las cuentas.

La **protección del «interés social»** actúa como límite en las SRL, (*«salvo en los casos en los que a juicio del propio órgano de administración, la publicidad de éste perjudique el interés social»*) y en la SA, si bien en este caso, como ya hemos señalado, la decisión corresponde al presidente de la junta, no al órgano de administración.

La cuestión no es baladí ya que, como hemos visto, el presidente de la junta, no tiene por qué ser el presidente del consejo de administración, a quien se le supone, debidamente informado, ni siquiera ser administrador o socio.

Lo que debe ser perjudicial **es la publicidad de la información**, luego debe justificarse por quien la deniegue que concurre tal posible perjuicio.

En ambos casos **no se puede denegar** la información, si lo solicitan socios que representen el **25 % del capital social**. Lógicamente siempre que se ajuste a los límites legales ya mencionados, no siendo la tenencia del 25 % del capital una especie de bula para pedir información sobre cualquier cuestión y todo tipo de información.

En este contexto, un supuesto que se plantea con frecuencia en la práctica es el de la **información sobre datos laborales** y su privacidad en conexión con la normativa sobre protección de datos. A ello se refiere la

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 846/2011, de 21 de noviembre. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Roj: STS 8011/2011; Id Cendoj: 28079110012011100794. Rec. Casación núm. 1765/2008):

*«(...) (Sobre) la privacidad de datos laborales (...) el control de eventuales nepotismos y favoritismos en la política de personal seguida por los administradores de la sociedad, y de obtención de beneficios al margen del reparto de dividendos, puede justificar el interés de los accionistas en el conocimiento de los datos requeridos, que **no puede obstaculizarse al amparo de su pretendida "intimidad"**, ya que:*

*1) Como afirma la sentencia 163/2009, de 11 marzo, el derecho a la intimidad personal y familiar como derecho relacionado con la dignidad de la persona, protegido por el artículo 10.1 de la CE "supone la existencia para cada persona de un **ámbito propio y reservado** frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana."*

*2) Su objeto es "garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el **respeto de su dignidad** como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de **resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar** (sentencia 733/2011, de 10 de octubre).*

*3) Como declara la sentencia del Tribunal Constitucional 142/1993, de 22 de abril "La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la **esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas**, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones*

tenga proyección hacia el exterior, por lo que **no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral**".

4) Tratándose de **retribuciones**, la referida sentencia 142/1993 del Tribunal Constitucional precisa que "Las retribuciones que el trabajador obtiene de su trabajo **no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales** que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo".

31. Es cierto que por el mero hecho de que **no afecten a la intimidad de los trabajadores los datos económicos no dejan de ser datos personales**, por lo que su difusión indiscriminada podría atentar contra el derecho a la privacidad de los afectados, pero también afectan a las cuentas de la sociedad y a su control por los accionistas, por lo que, con independencia de su posible disociación cuando ello **no suponga una burla la finalidad perseguida por la información demandada** y de que pesará sobre los cesionarios el deber de reserva, su comunicación a los accionistas:

1) Por un lado, tiene amparo en las previsiones de la Ley de Sociedades Anónimas que regulan el derecho de información.

2) Por otro, está autorizada de forma expresa por el artículo 11.2.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal al permitir la comunicación "...cuando la cesión está autorizada en una Ley".

3) También tiene cobertura en lo dispuesto en el artículo 10.4.a) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, a cuyo tenor " cuando la comunicación responda a la libre y legítima aceptación de una relación

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control comporte la comunicación de los datos".

32. Finalmente, es este sentido -bien que no nos vincula- se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos en los informes jurídicos que seguidamente se indican y que guardan cierta similitud con el caso enjuiciado:

1) Informe 463/2003 en relación con el acceso por los accionistas al libro registro de acciones nominativas de una sociedad anónima;

2) Informe 16/2010 sobre la comunicación a los miembros de un determinado Grupo Municipal de las nóminas de los trabajadores de un Ayuntamiento; y

3) Informe 147/2010 sobre cesión de datos de las nóminas de los trabajadores de un Ayuntamiento a un concejal del mismo.

*33. También la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo de 3 mayo 2011 (Recurso de Casación núm. 168/2010) al tratar de la "intimidad retributiva" a efectos sindicales pero en tesis aplicable al control por los accionistas, apunta que **"el salario o la retribución no es un dato de carácter personal ni íntimo susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad, sino que se trata de un elemento esencial del contrato de trabajo, de naturaleza contractual, laboral y profesional (...)** Ni el derecho fundamental a la intimidad personal, ni el derecho a la protección de datos son absolutos pudiéndose y debiéndose, dentro de la relación jurídico-laboral, modularse e incluso limitarse, **sin que los datos de carácter profesional y laboral se integren, a estos efectos, como datos de carácter personal especialmente protegibles..."**(...)*».

Mención especial merece el **derecho de información con ocasión de la aprobación de las cuentas anuales**.

Además del contenido específico de estos documentos conforme a lo dispuesto en los arts. 253 y ss. LSC, el art. 272 LSC, establece:

«1. Las cuentas anuales se aprobarán por la junta general.

2. A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

En la convocatoria se hará mención de este derecho.

3. Salvo disposición contraria de los estatutos, durante ese mismo plazo, el socio o socios de la sociedad de responsabilidad limitada que representen al menos el cinco por ciento del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide ni limita el derecho de la minoría a que se nombre un auditor de cuentas con cargo a la sociedad».

Como ya hemos indicado, la diferencia fundamental entre SA y SRL radica en la facultad que se concede en estas últimas de **examen de los antecedentes contables**, opción vedada en la SA, como ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente la Audiencia Provincial de Zaragoza

(Sección 5ª) núm. 81/2013, en su sentencia de 8 de febrero. (Ponente: Pedro Antonio Pérez García. [EDJ 2013/34879; Id Cendoj: 50297370052013100101]. Rec. núm. 64/2013):

«(...) El actor, ahora apelante, no ha acreditado en forma que la documentación bancaria sobre la que solicita información tenga **relación con algún tema concreto incluido en el orden del día**, cuya falta de conocimiento determine la nulidad de los acuerdos adoptados, al no haberse podido tratar con profundidad, en una precisa relación de causa a efecto, pues sólo **son nulos los acuerdos cuya adopción tendría que basarse en los datos omitidos por falta de información** o que contribuyan en alguna medida a la suficiente formación de juicio para poder emitir un voto con conocimiento de causa en el extremo del orden del día a que se refiera el dato o datos cuya información se solicita y es sin razón denegada. Además, aquel derecho **no otorga al socio el derecho de examinar en el domicilio social los documentos que sirvan de soporte y antecedente de las cuentas anuales, ni en general la contabilidad social ni la documentación referida a los negocios de la sociedad cuyos resultados reflejan las cuentas anuales, de donde deriva que el derecho de información documental que configura la Ley no alcanza a la exhibición, examen u obtención de dicha documentación por el socio, ni por sí ni en unión de un experto por él designado. Queda excluido, por tanto, el derecho a una investigación, comprobación o verificación contable** o de la documentación interna de la sociedad, labor que se atribuye al auditor de cuentas de acuerdo con las prescripciones legales contenidas en la Ley de Sociedades de Capital y en la Ley de Auditoria de Cuentas, por cuyo medio son verificadas las cuentas a efectos de dictaminar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación. De

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

*ahí que un alcance del derecho de información que comprenda esta facultad de investigación o verificación de los asientos o saldos contables no pueda lograrse al amparo del artículo 112 TRLSA, ya que existe otra norma (el artículo 212.2 TRLSA) que regula el alcance de la información documental a que el socio tiene derecho con ocasión del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2003 indica que "como dicen las Sentencias de 9 de febrero y 11 de mayo de 1989 «el artículo 65 la Ley de Sociedades Anónimas (de similar contenido al vigente artículo 112) **no autoriza en manera alguna al accionista a investigar en la contabilidad y en los libros sociales y menos aún en toda la documentación de la sociedad**, pues el derecho de información queda reducido al respecto a solicitar por escrito con anterioridad a la reunión de la correspondiente junta de accionistas, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimase precisos y a examinar el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la memoria y, en su caso, el informe de los censores de cuentas»". Al Libro Diario se refiere el artículo 28.2 del Código de Comercio, y reseña que en el mismo "se registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa", sin perjuicio de que se admita también "la anotación conjunta de los totales de las operaciones por periodos no superiores al mes, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que se trate", añadiendo el artículo 32 que "1. **La contabilidad de los empresarios es secreta**, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las Leyes....3. En todo caso, fuera de los casos prefijados en el párrafo anterior, podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los empresarios a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. El reconocimiento se **contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate**", sin que se*

entrevea la posible relación de esa posible falta de información con los temas que iban a ser objeto de debate, al no comprenderse en la cuestión interesada(...)).».

Esta materia del derecho de información con ocasión de la **aprobación de cuentas anuales** ha dado lugar a una ingente cantidad de resoluciones judiciales. Aunque existe una doctrina jurisprudencial clara, podríamos decir que en esta materia es siempre necesario un análisis casuístico, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 846/2011, de 21 de noviembre de 2011. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos. [Roj: STS 8011/2011; Id Cendoj: 28079110012011100794]. Rec. Casación núm. 1765/2008) establece unas pautas generales:

*« (...) “2.3. **La información en la aprobación de cuentas**. 27. Tratándose del derecho de información cuando se somete a la junta la aprobación de las cuentas anuales, como apunta la sentencia 204/2011, de 21 de marzo , el artículo 212.2 del repetido texto de la Ley de Sociedades Anónimas - hoy 272 de la Ley de Sociedades de Capital-:*

*i) Impone una **información documental mínima** que debe ponerse a disposición del accionista.*

*2) Esta información **no sustituye ni vacía de contenido el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas**, de tal forma que el derecho del socio no queda limitado al simple examen de los documentos sometidos a la aprobación de la Junta.*

28. En definitiva, el socio, además de tener derecho a examinar y obtener los documentos enumerados en el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, que necesariamente **han de ser claros y ajustados a las exigencias de forma y contenido requeridos por la legislación societaria y contable, podrá solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas para controlar las cuentas y la gestión del órgano de administración** -como afirma la sentencia recurrida, **tiene derecho a requerir detalles de las partidas que han dado lugar, por agregación, a los importes consignados en los diversos apartados del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias-**, y el órgano de administración deberá contestar siempre que concurren los indicados requisitos que operan como límite a la obligación de transparencia -que la información sea oportuna; se requiera en momento adecuado; la limitada publicidad a facilitar no perjudique los intereses sociales; y en su ejercicio no concurren los requisitos precisos para el abuso del derecho (en este sentido, entre otras muchas, sentencia 140/2006 de 17 febrero)-(...)»..

En idénticos términos se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 986/2011, de 16 de enero de 2012. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos., EDJ 2012/2251. Id Cendoj: 28079110012012100003, Rec. núm. 2275/2008):

« (...) Cuando se somete a la junta la aprobación de las cuentas anuales, el artículo (...) 272 de la Ley de Sociedades de Capital- impone una información documental mínima que debe ponerse a disposición del accionista. (...) El socio, además de tener derecho a examinar y obtener los documentos (...) podrá solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas, máxime cuando también se sometió a la junta **el informe**

de gestión a cuya exhaustividad alude el artículo (...) -hoy 262 de la Ley de Sociedades de Capital- que en el cuarto párrafo del apartado 1 dispone que "el informe de gestión incluirá, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales", lo que exige que, además de aquellos datos que posibiliten el voto reflexivo sobre las cuentas, se faciliten los que impone el deber de transparencia en la gestión social y que permitan al socio el control razonable del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas sometidas a la aprobación y en el informe de gestión. (.. .) El órgano de administración deberá contestar siempre que concurran los indicados requisitos que operan como límite a la obligación de transparencia -lo que debe decidirse de forma casuista y no arbitraria por el órgano de administración y está sujeto a control judicial-(...)).».

En materia de cuentas en los **grupos de sociedades**, es interesante la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 830/2011, de 24 de noviembre. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Roj: STS 8279/2011; Id Cendoj: 28079110012011100817, Rec. Casación núm. 1851/2007):

«(...) la normativa sobre consolidación de cuentas en los grupos de sociedades:

1) No releva a las sociedades del grupo de formular sus propias cuentas anuales.

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

2) En modo alguno permite hacer tabla rasa de la normativa contable y, con frontal vulneración de las exigencias de veracidad e imagen fiel, imputar a la "dominante" o a otra sociedad del grupo los gastos de la "subordinada", lo que, además, trasciende a los accionistas de cada una de ellas y a los terceros que con ellas se relacionan, ya que, no hay que olvidarlo, la consolidación contable no tiene nada que ver con la confusión de patrimonios.(...)».

Sobre la **extensión y límites del examen de antecedentes contables en las SRL**, es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sec. 5ª) núm. 347/2011, de 27 de mayo. (Ponente: Alfonso Maria Martinez Areso. [Roj: SAP Z 1664/2011; Id Cendoj: 50297370052011100311]. Rec. núm. 262/2011):

*«(...)Respecto a la infracción del art. 86.2 de la LSRL, (...) se alega la imposibilidad de examinar los antecedentes contables por la actora cuando estuvieron dos expertos por ella enviados durante día y medio verificándolas, cuando lo prudente ante la imposibilidad de realizar el trabajo con las debidas garantías era poner término al mismo y dejar constancia de la imposibilidad de realizarlo. De otra parte, están conformes todas las partes en cómo el trabajo se realizó. Así, D. **preparó los antecedentes** con arreglo a la petición de entrega de documentación formulada por la actora el día 10 de junio de 2009. De tal manera, que, ciertamente **de una forma muy rígida, iba entregando la información solicitada de la cual las expertas de la actora estaban autorizadas a tomar notas, pero no realizar transcripciones a mano de las mismas, pese a que a juicio del perito D. Javier lo hicieron, sin que ante su expresa petición las entregaran al concluir su labor. En definitiva, las pretensiones de la actora fueron atendidas en general, con la única excepción acreditada de los datos de fabricación y producción, y aunque***

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

no les gustase la forma en que se realizó el examen, las personas enviadas por la misma no tuvieron obstáculo material alguno a la documentación de la empresa, aunque sí los óbices formales narrados, entrega de los documentos uno a uno, prohibición de hacer copias, aunque sí se autorizaba a tomar notas.

*Respecto a la negativa a **facilitar los datos sobre producción y fabricación**, esta fue una decisión del administrador de la demandada, sin que la parte actora haya mostrado la relevancia o no de reservar tal dato para la finalidad perseguida, la formación de criterio para votar las cuentas sociales, y tal carga correspondía a la actora (...).*

*Por tanto, han de darse nuevamente por reproducidos los argumentos del juez de la instancia sobre la **falta de infracción por la demandada del derecho a examinar la actora los antecedentes contables**, amén de traer a colación en este extremo la sentencia de fecha 11 de octubre de 2010 en el rollo 551/2010 de esta Sección, en la que se afirmaba, frente a la impugnación de la resolución recurrida por infracción del derecho de información y por quebranto del principio de imagen fiel, que "por lo que atañe al derecho de información; es cierto que según el los arts. 51 LSRL y 86 LSRL corresponde a los socios el derecho a obtener la debida información sobre los asuntos a tratar en la junta para la que es convocado a efecto de poder formarse criterio para ejercer su derecho de voto, de tal modo, que, cuando se trata de la junta general ordinaria para la aprobación de las cuentas anuales le sea facilitada la documentación que las integran así como los documentos así como el informe de gestión, y, en su caso, el informe de los auditores de cuentas, y que, además, los socios que representen al menos el 5% del capital social tienen derecho a examinar en el domicilio social los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas. **Ahora bien, tal examen no puede ser***

confundido con una verificación de las cuentas, pues para tal fin se halla prevenida la auditoria que regulan los arts. 203 LSA y ss., pues la finalidad de ambos es diferente (...)».

4.3. El supuesto especial de socio-administrador.

Para finalizar, haremos mención al supuesto especial del **socio que, a su vez, es miembro del consejo de administración**, si bien se encuentra en situación de minoría en ambos órganos societarios y, generalmente por una situación de conflicto, aislado o marginado de las funciones de gestión. Se plantea el contenido y límites de su derecho de información como socio y, en su caso, si puede éste verse lesionado.

A priori, la respuesta parece sencilla, en su condición de administrador tiene –o debería tener,- pleno acceso a la documentación social y el deber de diligente administración (art. 225 LSC), presupone conocer la «marcha de la Sociedad», es decir, estar informado de todo cuanto afecta a su gestión. Partiendo de tal premisa, parece que no podría «desdoblarse» y en su condición de socio ejercitar el derecho de información, sin incurrir, cuando menos, en abuso del mismo.

Sin embargo, en la práctica hay supuestos en los que existe **una mayoría que, de hecho, domina ambos órganos societarios, siendo la presencia de otros consejeros meramente formal**, situación que es más obvia cuando el mayoritario es además, Consejero Delegado único, con total delegación de facultades salvo las indelegables, de modo que, de hecho, la

efectiva adopción de acuerdos en consejo es absolutamente innecesaria, salvo para la formulación y presentación de cuentas anuales (art. 250.2 LSC).³⁰

A efectos de un posible ejercicio de acciones se exige una actuación coherente como socio y consejero y, en consecuencia, es fundamental poder acreditar la efectiva «obstrucción» en el ejercicio de las obligaciones inherentes al cargo de consejero y la desinformación real, y, sin duda, uno de los momentos de especial importancia es la formulación de las cuentas que, como hemos visto, es indelegable y, por tanto, exige reunión del consejo en sesión, momento éste en el que debe dejarse constancia formal de la situación (haciendo manifestaciones en el consejo, oponiéndose a la firma de las cuentas...Arts. 253.2³¹ LSC y 37.2 CCom).

En este contexto, entendemos, que la condición de consejero –meramente formal,- no es óbice para el ejercicio del derecho de información del socio y así lo entendió ya la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil) núm. 664/2005, de 26 de septiembre. (Ponente: Alfonso

³⁰ En concreto, el citado precepto establece: «2. En ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella».

³¹ El artículo citado señala: «2. Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser firmados por todos los administradores. Si faltare la firma de alguno de ellos se señalará en cada uno de los documentos en que falte, con expresa indicación de la causa».

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

Villagomez Rodil. [Roj: 5565/2005; Id Cendoj: 28079110012005100662].
Rec. núm. 1121/1999):

«(...) Se sostiene en el motivo que el derecho de información que asiste a los socios opera de modo distinto cuando se trata de socios-administradores, ya que éstos tienen limitado dicho derecho al presumirse que cuentan con medios para conocer la marcha de la sociedad y la información que pudieran tener le está vedado suministrarla a los otros accionistas, por la prohibición que contiene el art. 127, el que de modo concreto sólo se refiere a los datos de carácter confidencial y no es extensivo a otros aspectos.

El Tribunal de Instancia tuvo en cuenta y sentó como hechos probados que doña Celestina se negó a firmar las cuentas, en reunión del Consejo de Administración, y (...) se ha visto privada continuamente de información que por razón de su cargo le correspondía acceder por lo que la infracción del art. 127 no aparece por ningún lado.

De esta manera el derecho a obtenerla información que no se le suministró en el momento oportuno, se presenta como derecho legítimo y válido, dada su condición de socio, y en modo alguno limitado. El art. 48 LSA consagra este derecho como individual del accionista, de condición inderogable y sucede que no se estableció como acreditado que hubiera hecho un mal uso de su cargo ni haber utilizado cualquier clase de información para causar algún perjuicio al interés social de la mercantil que recurre. Su integración en el Consejo de Administración resulta más bien nominal que efectiva al no poder ejercer el cargo conforme a la normativa legal correspondiente. (...).

La Sentencia de 15 de octubre de 1992 contempla el supuesto de información solicitada por socios consejeros y declara que cabe suponer que tienen conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la sociedad, tratándose de una presunción que es posible destruir con prueba en contrario, que efectivamente ha tenido lugar en el caso que nos ocupa, atendiendo a que la gestión de la sociedad era llevada realmente por los tres socios consejeros, que representaban la mayoría del capital social(...)».

Respecto a la relevancia de no firmar las cuentas en relación a la desvirtuación de la presunción del conocimiento de los administradores, es clara la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil) núm. 547/1997, de 12 de junio. (Ponente: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa. [Roj: 4161/1997; Id Cendoj: 28079110011997102330]. Rec. núm. 1732/1993):

«(...) resulta indudable que semejante ausencia de esas firmas representa un factor de primordial importancia en orden a desvirtuar la presunción del previo conocimiento a que se hizo alusión, en especial, cuando lo que está en juego es el derecho esencial a la información que concede la Ley Societaria (...)»

Así, nos consta que lo han entendido los Juzgados de lo Mercantil de Zaragoza en un caso similar en el que se ha estimado la demanda de impugnación de acuerdos sociales de aprobación de cuentas anuales por lesión del derecho de información al socio consejero durante varios ejercicios, por entender que la información suministrada

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

siempre fue *«sesgada, parcial e insuficiente»*, *«para tomar conocimiento de la situación de la sociedad»*.³²

Zaragoza, a 15 de mayo de 2013

Carmen Gay Cano
Abogado

³² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza, nº 283/2009 de 24 de setiembre de 2009, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza, nº 169/2010 de 8 de julio de 2010, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza, nº 106/2011 de 18 de abril de 2011, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza, nº 340/2012 de 19 de diciembre de 2012.