

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL ORDINARIA

PATRICIA ORTIZ SEIJAS
Licenciada en Derecho

Palabras clave: sociedades anónimas, junta general, convocatoria, impugnación.

ENUNCIADO

Don Fulano, socio de la mercantil XXX, S.A., se dirige a nuestro despacho con la intención de impugnar una convocatoria de una Junta General Ordinaria de la citada sociedad, por cuanto la misma se ha realizado, aparte de en el BORME de la provincia, en un diario de deportes, que ni se edita en la provincia, ni es de mayor circulación.

Asimismo, Don Fulano nos explica que la realidad, cierta, acreditada y probada donde fuera necesario, es que las convocatorias de todas las Juntas Generales Ordinarias realizadas desde la constitución de la sociedad hasta esta han sido Juntas Universales, previa notificación de su celebración a los socios por escrito, siendo este año el primero en que no recibe una carta de los Administradores convocándole a la misma. Por eso, y teniendo en cuenta que este último año ha tenido serias dudas de la gestión realizada por los Administradores (y así lo ha dejado de manifiesto mediante varias comunicaciones formales dirigidas a la sociedad), considera que los Administradores han actuado de este modo.

Téngase en cuenta que, como consecuencia de todo lo anteriormente relatado, Don Fulano no asistió a la citada Junta por cuanto ha tenido conocimiento de su celebración una vez recibida la notificación de los acuerdos en ella adoptados.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Don Fulano, como se ha dicho, nos solicita un informe sobre las posibilidades de éxito o de fracaso, en caso de proceder a la impugnación de la convocatoria de la citada Junta General Ordinaria de la citada sociedad, de obtener la nulidad de la convocatoria social.

SOLUCIÓN

1. Convocatoria de la Junta. Requisitos legales.

El artículo 97 («Convocatoria de la junta») del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), establece lo siguiente:

«1. La junta general ordinaria deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos un mes antes de la fecha fijada para su celebración.

2. El anuncio expresará la fecha de la reunión en primera convocatoria y todos los asuntos que han de tratarse.

3. Los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria.

El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta.

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

5. Si los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, 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 particular, podrá determinarse por los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta Ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta. Las contestaciones a aquellos de estos accionistas que ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán, por escrito, durante los siete días siguientes a la junta.»

En definitiva, lo que hace este artículo es regular los requisitos formales de la convocatoria aplicable, tanto a las Juntas Ordinarias como a las Extraordinarias de las Sociedades anónimas. Lo cierto es que lo deseable sería que la ley hubiera previsto una forma más personalizada de convocatoria, pero la realidad es que, conforme a la ley, se puede realizar la convocatoria únicamente mediante las publicaciones indicadas.

2. Requisitos del diario sujeto de publicación de la convocatoria.

Diario de mayor circulación:

En cuanto a la acusación que se realiza por Don Fulano, en el sentido de que la convocatoria adolece de vicio de nulidad por cuanto el diario en el que se publica la convocatoria no es de los de mayor circulación en la provincia, cabe concluir, conforme a la Jurisprudencia y doctrina dictada en la materia, que esta calificación es una cuestión de hecho y debe valorarse caso por caso y, en caso de discusión o controversia, debe ser apreciada por los Tribunales. Por lo tanto, habrá que acudir al Juzgador para concluir si se trata de un diario de los de mayor circulación de la provincia.

En cualquier caso, este requisito, tal y como viene entendiendo la doctrina, no debe ser apreciado con demasiado rigor.

Hay ciertos indicios que nos pueden llevar a concluir sobre si se cumple tal extremo o no; por ejemplo, que el diario correspondiente pueda ser calificado como diario a tenor de lo establecido en el Real Decreto 2089/1984, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 29/1984, de 2 de agosto, de ayudas a empresas periodísticas y agencias informativas. (En efecto, el artículo 3.º establece que se considerarán publicaciones diarias las que se difundan más de tres días a la semana).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz número 80/2000 (Sección 2.ª), de 22 febrero, establece la nulidad de una convocatoria por publicar el anuncio en un periódico de escasa difusión:

«El recurso no puede prosperar, habida cuenta de que la convocatoria para las Juntas Generales Extraordinarias, que se celebraron los días 2 de junio de 1997 y 9 de febrero de 1998, no se adaptaron a lo previsto en el artículo 97 de la LSA, que exige que dicha convocatoria se publique mediante anuncio en uno de los Diarios de mayor circulación de la provincia (donde radique la sede Social y en cuyo domicilio se hubiera de celebrar la Junta); y está suficientemente acreditado que la publicación en el Diario *Ya* no respondía a aquellas exigencias, habida cuenta de la escasísima, por no decir nula, difusión de dicho periódico en esta provincia.»

Obsérvese cómo los interesados prueban en un pleito con pruebas materiales la «circulación» de los diarios sujetos de convocatoria [Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares número. 98/2000 (Sección 5.ª), de 7 febrero]:

«Resulta también adecuado precisar, antes de iniciar el estudio de la cuestión suscitada ante este Tribunal, que ambas partes han introducido en el curso del debate litigioso determinados temas que son irrelevantes para resolver el pleito. Así, la parte demandante acompañó con el escrito inicial del litigio una relación de audiencia de los diarios a escala estatal, sosteniendo en la demanda que el periódico *Baleares* ocupa el número 95 de un «ranking» de 97, a la altura de la difusión de periódicos como *El diario de Soria* y *El día de Cuenca*, postura que supone desenfocar la óptica desde la que debe ser examinada la cuestión discutida, porque a tenor del artículo 97.1 de la LSA ninguna

importancia tiene la difusión de un determinado diario en toda España, pues solo se ha de comprobar su circulación dentro de los límites provinciales. Por otro lado, tanto en el escrito de contestación como en el informe emitido en este segundo grado jurisdiccional, la dirección letrada de la entidad accionada se ha referido a las desavenencias acaecidas desde años atrás entre el socio demandante y la compañía demandada, acaso para atribuir a esas divergencias la impugnación de una junta general por razones puramente formales, lo cual es inane por completo en cuanto al objeto de este proceso; por cuanto, sean cuales hayan sido las circunstancias en que se hayan desarrollado las relaciones, entre el socio señor. L.A. y la entidad Contratistas Mallorquines Asociados, S.A., el primero tiene derecho a que las juntas generales ordinarias se convoquen cumpliendo con los requisitos legalmente establecidos y los administradores de la sociedad demandada deben observar esas exigencias normativas en cualquier caso.

Es necesario abordar también, como última de las precisiones previas al análisis de la cuestión de fondo a dilucidar, la alegación vertida por la parte recurrente en lo que concierne al irregular modo en que la actora apelada efectuó la aportación documental en período probatorio durante la primera instancia, toda vez que la parte demandante solicitó en el escrito de proposición de prueba sendas certificaciones a emitir respectivamente por la Gerencia Balear de Medios y por la denominada «O.I.B.», sobre «la Audiencia en los Diarios de esta Provincia o que se distribuyan en la misma, del E.G.M. acumulado del año 1997, con expresa indicación del lugar que ocupa en el ranking el *Diario de Baleares* y expresivo de los miles de lectores y % vertical, tanto en el supuesto de los que alcanzan difusión en esta Provincia como de los en la misma publicados» (folio 357), probanza que fue admitida por el Magistrado *a quo* y que dio como resultado la aportación del documento obrante al folio 365, presentado con escrito en el que se afirmaba que se acompañaba «debidamente cumplimentado interesando su unión a los autos Oficio dirigido a la Gerencia Balear de Medios» (folio 364), si bien el documento que se aportó fue una simple fotocopia en la que no consta firma ni sello alguno y en la que no se certifica ninguno de los extremos que habían sido propuestos en su momento, pues solo constan en ella una relación de publicaciones escritas de diversa periodicidad, ordenadas según el número de lectores en Baleares. En principio, resultaría de aplicación a esa documental la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en el sentido de que «esta Sala tiene declarado, entre otras, en Sentencias de 23 de mayo de 1985, 13 de octubre de 1987, 20 de abril de 1993 y 23 de septiembre de 1997, que las fotocopias no adveradas, ni cotejadas con sus originales, carecen de fuerza probatoria respecto a su contenido» (Sentencia de 18 de diciembre de 1997), pero también debe tenerse en consideración que el propio Alto Tribunal ha afirmado que «se concede, por aceptación de ambas partes y adveración de las mismas, la eficacia probatoria en este caso de una fotocopia; a diferencia de los supuestos reiteradamente contemplados por la jurisprudencia (Sentencias, entre, otras, de 30 de mayo de 1982, 15 de octubre, de 1984, 13 de octubre de 1987, y otras), en que se declaró que las fotocopias no adveradas ni cotejadas con sus originales carecen de fuerza probatoria y, en cambio, sí la tienen las convenientemente adveradas y reconocidas. A más de estas consideraciones, la fotocopia cuestionada no ha sido tachada de falsa ni que se obtuviera fraudulentamente, ni que haya sido ilícitamente obtenida» (Sentencia de 20 de abril de 1993), doctrina esta última que ha de ser observada en el supuesto que se analiza, porque la parte demandada no formuló petición ni alegación alguna cuando se unió a los autos la fotocopia antedicha, la cual contiene, por lo demás, datos análogos al documento acompañado también mediante fotocopia por la propia parte accionada con el escrito de contestación, para acreditar la audiencia de los diarios en Baleares

con referencia al año 1998 (folio 166), por lo cual no parece que haya razones para cuestionar la veracidad de los datos que constan en la fotocopia unida al folio 365.»

Y de igual forma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.^a) de 6 de septiembre de 2002:

«SEGUNDO. El fundamento de derecho segundo de la sentencia rechaza el argumento de la demandante por el que se alega la infracción en la convocatoria de los requisitos exigidos en el artículo 97 de la LSA.

La parte apelante alega que la convocatoria no cumplió con las exigencias exigidas en el expresado artículo.

En interpretación de tal artículo es jurisprudencia del Tribunal Supremo manifestada en la sentencia de 23 de diciembre de 1997, con referencia a la sentencia de 9 de abril de 1995, que «la publicación y contenido de los anuncios, así como los plazos de antelación son requisitos que gozan de la naturaleza de *ius cogens*, y su cumplimiento produce la nulidad absoluta e insubsanable de la Junta y de los acuerdos tomados en ella. Esta terminante doctrina jurisprudencial es reiterada y constante, extendiéndose la causa de nulidad a las condiciones fijadas en los Estatutos, como norma obligatoria de carácter supletorio; características que en definitiva vienen a proteger el derecho de los socios, garantizándoles una publicidad que les permita conocer con antelación el contenido de las Juntas, con vistas a su derecho al voto...».

Analizado el caso de autos sostiene este Tribunal que no se dan los requisitos exigidos, pues no puede decirse que la publicación del diario *El Punt*, cumpla con tales exigencias legales:

Tomando como referencia los datos de difusión del periódico en el año inmediatamente anterior a la publicación de la convocatoria, se comprueba que la difusión de dicha publicación representa un 4,77 por 100 del total de los periódicos publicados en la provincia de Tarragona (sin contar todas aquellas publicaciones diarias que no alcanzaron en su venta los 200 ejemplares), en términos porcentuales resulta que al de mayor difusión publicó un 26,56 por 100, el de menor difusión un 0,49 por 100, lo que situaría en el medio a los periódicos que hubieran alcanzado un porcentaje del 13,52 por 100; hallándose el diario escogido por debajo de la mitad al haber alcanzado una difusión del 4,77 por 100 no puede predicarse de dicha publicación que sea una de las de mayor tirada en la provincia, habiéndose por lo tanto infringido en la convocatoria de la Junta el requisito de publicidad exigido.

Si valoramos que la publicación en el diario referido incumple el requisito de publicidad pues no permite que la convocatoria alcance la difusión necesaria, y la norma es de derecho necesario la infracción del precepto obliga a declarar la nulidad de la convocatoria y de la consecuente junta celebrada, procediendo por tanto la estimación del recurso de apelación y revocación de la sentencia recurrida.»

Obsérvese cómo concluye la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia número 533/1999 (Sección 4.^a), de 19 mayo:

«Que la convocatoria se anunció en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y el «Boletín de Bolsa, Economía y Finanzas», lo que garantiza suficientemente la difusión y publicidad de aquella, habiéndose pronunciado ya esta Sala en la Resolución antes aludida y respecto a la última publicación citada, que es cauce hábil para hacer llegar el anuncio de las convocatorias a los accionistas y administradores, tanto por su gratuidad como por el número de ejemplares que se editan, siendo así considerado tanto por los Notarios que autorizan la celebración de las juntas como por los Registradores Mercantiles que inscriben sus resultados (folios 277, 392 y 419); asimismo, se respetó el plazo de quince días que es preceptivo entre el anuncio de la convocatoria y la celebración de la junta.»

Diario que se edita fuera de la provincia:

En cuanto al hecho de que el diario no se edite en la provincia, el mismo carece de relevancia, por cuanto lo importante es que el diario sea uno de los de mayor difusión en la provincia del domicilio social, con independencia de que el mismo se edite, o no, en la provincia.

La antes citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares número 98/2000 (Sección 5.ª), de 7 febrero se pronuncia en tal sentido:

«Dados los términos en que se ha planteado la controversia en el presente pleito, conviene recordar que el artículo 97.1 de la vigente LSA establece que «la junta general ordinaria deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración», redacción que supuso un cambio con respecto a la norma vigente con anterioridad, pues el primer párrafo del artículo 53 de la LSA de 17 de julio de 1951 disponía que «la Junta general ordinaria deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración», con lo cual es indiscutible que, a tenor de la normativa que rige actualmente el diario en que se debe anunciar la general ordinaria ha de ser uno de los de mayor circulación en la provincia con independencia de que haya sido editado en la misma o fuera de ella. Esta clarificación parece oportuna porque en el hecho quinto de la demanda se afirmó que la junta general impugnada «se celebró sin haberse cumplido la disposición del artículo 97 del Texto Refundido de la vigente LSA que exige la publicación de su convocatoria en uno de los diarios de mayor circulación de la Provincia» y en el escrito de resumen de pruebas presentado por la parte actora se volvió a incluir la expresión «uno de los diarios de mayor circulación de la Provincia», alterando así el tenor de la exigencia legal actualmente en vigor, al sustituir la preposición «en» por la «de», inexactitud en la que ha vuelto a incurrir la dirección letrada de la parte recurrente al aseverar en el informe emitido ante esta Sala que el diario Balears es el último de los diarios de esta provincia, circunscribiendo, por lo tanto, el objeto de su análisis a los periódicos que a diario se editan en Baleares, sin computar los que se difunden en esta provincia aunque procedan de fuera de ella.»

En igual sentido se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 marzo 1991:

«SEGUNDO. En cuanto al segundo de los defectos de la nota recurrida utilizarse la preposición «de» en la previsión estatutaria relativa a la determinación de los periódicos en que han de publicarse las convocatorias de las Juntas Generales, en contra del criterio del art. 97 de la LSA, nóminas que emplea la preposición «en», procede, igualmente, su confirmación.

No es indiferente el empleo de una u otra preposición y así lo evidencia el cambio gramatical introducido en el artículo 97 del Texto Refundido de la LSA respecto de su precedente el art. 53 de la LSA de 17 de julio de 1951. Se pretende asegurar que la publicación de las convocatorias de las Juntas Generales se haga en los periódicos de mayor difusión en la provincia en que se halla domiciliada la sociedad, con independencia de si han sido o no editados en ella, y este resultado solo queda garantizado de modo indubitado con la preposición «en».)»

Visto todo lo anterior, podemos concluir que, efectivamente, habría que cerciorarse de la realidad de la difusión del diario para poder impugnar la convocatoria y que el hecho de que el mismo se edite fuera de la provincia, si el mismo se difunde en la provincia, no es óbice para declarar la nulidad de la convocatoria.

3. Fraude de ley:

En cuanto a la acusación que realiza Don Fulano sobre el hecho de que la convocatoria se haya realizado de esta forma con la finalidad de conseguir que él no tuviera conocimiento de la misma, podemos concluir que, conforme establece la jurisprudencia y la doctrina, la normativa establecida para la convocatoria de las Juntas de las Sociedades Anónimas tiene carácter de *ius cogens*. La Jurisprudencia dictada a propósito del apartado cuarto del artículo 6.º del Código Civil viene exigiendo, para su operatividad, que se actúe bajo el amparo de una norma legal –la llamada «ley de cobertura»– y la finalidad de obtener un resultado antijurídico, por ser contrario a otra norma de carácter imperativo o prohibido por el ordenamiento jurídico –norma «eludida» o «soslayable»–.

En un caso similar al que nos ocupa, la Audiencia Provincial de Badajoz dictó Sentencia número 80/2000 (Sección 2.ª), de 22 febrero (antes citada), en la que dictamina lo siguiente:

«Se advierte ya, entonces, que esta maniobra –de publicar el anuncio de convocatoria, en el diario *Ya*– se revela como un verdadero supuesto de fraude de ley, que debe generar la consecuencia pretendida por la parte actora, máxime cuando resulta que la celebración de la Junta en la que habría de tratarse de la posible disolución de la Sociedad por concurrir la causa del art. 260.1.3 de la LSA, fue instada por los propios demandantes/apelados, mediante requerimiento notarial de fecha 9 de diciembre de 1997, de donde resulta que los primeros interesados en que la misma se celebre y, por tanto, en asistir a ella, eran los hoy apelados, lo que demuestra que su inasistencia se debió, precisamente, a las maniobras torticeras del Consejero Delegado don E... F., que publicó el anuncio de convocatoria, para tal junta, en un diario de escasísima difusión, dificultando de esa forma que los apelados llegaran a tener conocimiento de su celebración.

Al mismo tiempo, debe resaltarse, como una muestra más de la actuación en fraude de ley de que hablan los hoy apelados, la circunstancia de que todas, absolutamente todas las convo-

catorias para las Juntas Generales, celebradas en las fechas anteriores a la del 26 de junio de 1997 y a la del 9 de febrero de 1998, según se refleja en el Libro de Actas, tuvieron lugar de forma personal, notificando su celebración, en persona, a cada accionista, procediéndose así a la constitución y celebración de Junta General Universal como sucedió, en concreto, con las Juntas de los días 20 de diciembre de 1992; 21 de mayo de 1984; 29 de abril de 1985; 3 de mayo de 1985; 7 de agosto de 1990; 15 de mayo de 1992; 30 de junio de 1992 y 30 de junio de 1993 de donde se desprende que, si todas las Juntas celebradas con anterioridad a las conflictivas, se convocaron de manera personal, precisamente debida a tratarse de una sociedad familiar, en que todos los socios están ligados entre sí por vínculos parentales, el hecho de que para la convocatoria de las litigiosas, se cambiara la forma de anunciarlas revela un ánimo desviado en la persona del Consejero Delegado convocante.

Por otro lado, tampoco aparece demostrado que los hoy apelados hubieran llegado a tener conocimiento de la convocatoria a través de otros medios y, no obstante ello, hubieran inasistido voluntariamente, no pasando ello de ser una mera manifestación verbal del hoy recurrente.

TERCERO. Consecuentemente, al haberse incumplido las exigencias del artículo 97 de la LSA (y art. 11 de los Estatutos de la misma Sociedad), debe decretarse la nulidad absoluta e insubsanable de las Juntas –según reiterada jurisprudencia, de la que pueden citarse, como muestras, las SSTs de 21 de octubre de 1994; 9 de abril de 1995 y 23 de diciembre 1997–, y de los acuerdos en ellas tomados; pues la finalidad de aquellas exigencias es salvaguardar, de un lado, la validez de los acuerdos adoptados por la Junta, y, de otro, el ejercicio del derecho de información, que corresponde al accionista con carácter fundamental, según lo preceptuado en los artículos 48 y 112 del Texto Refundido de la LSA de modo que estén íntimamente relacionados los requisitos de convocatoria y el derecho de información.

CUARTO. La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas causadas al apelante por mor de lo preceptuado en el artículo 710 de la LEC.»

Por todo ello, y teniendo en cuenta que Don Fulano ha manifestado su desaprobación a la gestión realizada por los Administradores, parece que podría solicitar ante el Juez la nulidad de la convocatoria y, en consecuencia, la de los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria, por cuanto la actuación de los Administradores podría calificarse en de fraude de ley.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, art. 53.
- RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 48, 97, 112 y 260.1.3.
- SSAP de Bizkaia núm. 533/1999, Sección 4.^a, de 19 de mayo; Badajoz núm. 80/2000, Sección 2.^a, de 22 de febrero; Baleares núm. 98/2000, Sección 5.^a, de 7 de febrero; Tarragona, Sección 1.^a, de 6 de septiembre de 2002.
- Resolución de la DGRN de 5 de marzo de 1991.