

LUIS BARDAJÍ MUÑOZ*Abogado
Profesor del CEF***Extracto:**

UNA de las novedades más importantes introducidas en el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, consiste en la regulación del derecho de la minoría a solicitar la inclusión de nuevos asuntos en el orden del día de una Junta ya convocada.

El antecedente inmediato de este derecho (que ya aparecía regulado en otros ordenamientos, como el alemán, francés y portugués), lo encontramos en el Reglamento Comunitario 2157/2001, de 8 de octubre, por el que se aprobaba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, en cuyo artículo 56 establecía el derecho de la minoría a solicitar la inclusión de uno o más nuevos puntos en el orden del día de una Junta General.

Lógicamente, el carácter vinculante del Reglamento Comunitario ha obligado al legislador español a incluir en su ordenamiento interno el derecho que comentaremos en este artículo.

Sumario:

1. Regulación legal.
 - 1.1. Artículo 97.3 y 4 de la Ley de Sociedades Anónimas.
 - 1.2. Clases de Juntas a las que afecta el precepto.
 - 1.3. Accionistas que pueden solicitar el complemento.
 - 1.4. Plazo y forma de la solicitud.
 - 1.5. Contenido de la solicitud.
 - 1.6. Publicación del complemento a la convocatoria.
2. Modelo de solicitud de complemento de convocatoria.
3. Modelo de anuncio de complemento de convocatoria.

1. REGULACIÓN LEGAL

1.1. Artículo 97.3 y 4 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La disposición final primera de la Ley 19/2005 ha incorporado un apartado 3 al artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) del siguiente tenor:

«Los accionistas que representen, al menos, el 5 por 100 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.»

Por su parte, el apartado 4 de este mismo artículo concluye que «la falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la Junta».

1.2. Clases de Juntas a las que afecta el precepto.

Aunque el artículo 97 de la LSA regula la convocatoria de las Juntas ordinarias, consideramos indiscutible que este derecho es ejercitable tanto en las Juntas ordinarias como extraordinarias, pues es doctrina reiterada que los requisitos exigidos por la ley en el artículo 97 para la convocatoria de las Juntas ordinarias son de aplicación a las Juntas extraordinarias.

Cuestión distinta es si lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 97 es de aplicación, también, a las Juntas convocadas por el Juez (art. 101 LSA).

A juicio de Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS (*Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 26, Aranzadi), el tenor literal del artículo 97.3 de la LSA y el hecho de que la convocatoria judicial está prevista como remedio extraordinario sólo para suplir la falta de convocatoria de la Junta ordinaria o extraor-

dinaria con unos determinados puntos del orden del día, le hace inclinarse por la respuesta negativa, excluyendo el derecho del complemento de las convocatorias en los casos de convocatoria judicial.

A nuestro juicio, dado que la convocatoria judicial debe hacerse con los mismos requisitos formales que la llevada a cabo por los Administradores, no vemos inconveniente para que, una vez publicados los anuncios, los socios minoritarios que ostenten el porcentaje de capital establecido en el número 3 del artículo 97, puedan solicitar al Juez la inclusión de nuevos puntos en el orden del día de la Junta.

1.3. Accionistas que pueden solicitar el complemento.

El artículo 97.3 permite el ejercicio de este derecho a «los accionistas que representen, al menos, el 5 por 100 del capital social».

El porcentaje de capital exigido está en línea con el establecido en otros preceptos, como el artículo 100 (solicitud de convocatoria de Junta extraordinaria) y el artículo 205.2 (solicitud de nombramiento de Auditor de Cuentas).

El porcentaje exigido (5%) puede corresponder a un solo accionista o a varios de ellos que agrupen sus acciones para tal fin. Igualmente, es posible que se presenten varias solicitudes de diversos accionistas que ostenten el porcentaje requerido por la ley, y que en sus distintos escritos soliciten la inclusión en el orden del día de los puntos que interesen a cada uno.

En este último caso, la sociedad deberá publicar un solo anuncio incluyendo todos los asuntos que han solicitado los diversos accionistas firmantes de las solicitudes.

Finalmente indicar que, aunque quizás hubiese sido deseable, el derecho que analizamos sólo se reconoce a los accionistas de las Sociedades Anónimas, por lo que no puede ser ejercitado por los socios de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

1.4. Plazo y forma de la solicitud.

A) Plazo.

Conforme al apartado 3 del artículo 97, «La solicitud habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria».

La brevedad del plazo se justifica por la perentoriedad del nuevo plazo que se abre para que los Administradores publiquen el complemento de la convocatoria, que, como luego comentaremos, es de 15 días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la Junta.

Tratándose de un plazo señalado por días, se aplica lo previsto en el artículo 5 del Código Civil, debiendo concluirse que se trata de días naturales, y que el cómputo del plazo se inicia el día siguiente de la última publicación de la convocatoria.

B) Forma.

En cuanto a la forma de ejercicio de este derecho, el artículo 97 de la LSA establece que «deberá hacerse mediante notificación fehaciente».

Esta expresión nos sitúa ante un clásico problema, no sólo de la LSA, sino de otras muchas leyes de nuestro ordenamiento, cual es el de precisar qué se entiende por notificación fehaciente.

En el presente caso, y conforme a las últimas manifestaciones jurisprudenciales, nos inclinamos a pensar que la notificación puede llevarse a cabo por cualquier procedimiento que permita asegurar que su contenido sea conocido debidamente por su destinatario.

Este procedimiento no tiene que ser forzosamente la vía notarial, pudiendo utilizarse el burofax, el correo electrónico, el telegrama o, en general, cualquier otro medio que garantice su recepción por los Administradores de la sociedad.

Este criterio se refuerza si se compara el texto que comentamos (art. 97 LSA), con lo dispuesto en el artículo 100 de la misma ley, cuando al regular el derecho de la minoría a solicitar la convocatoria de una Junta extraordinaria, exige que la solicitud se haga mediante requerimiento notarial.

Parece razonable que si el legislador pretendiese que el conducto notarial fuese el único cauce para exigir el complemento de convocatoria lo habría indicado de forma expresa, tal y como se recoge en el citado artículo 100 de la LSA.

1.5. Contenido de la solicitud.

El artículo 97 se limita a establecer que «los accionistas podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una Junta General *incluyendo uno o más puntos en el orden del día*».

Parece claro, pues, que lo que los accionistas tienen derecho a exigir es que se incluyan en la convocatoria otro u otros puntos del orden del día distintos de los que aparecían en la convocatoria publicada por los Administradores, y no propuestas o alternativas sobre los puntos del orden del día publicados en la convocatoria.

Una cuestión discutida es si los socios minoritarios pueden solicitar la inclusión en la convocatoria de asuntos que no corresponden al tipo de Junta convocada. Por ejemplo, si se convoca una

Junta ordinaria, en la que sólo figura en el orden del día la aprobación de las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado, ¿podrán los socios minoritarios exigir que se incluya en la convocatoria un asunto ajeno al contenido de la Junta ordinaria, como sería un cambio de domicilio, la separación de algún Administrador o, incluso, la disolución de la compañía?

La cuestión no ofrece duda en aquellas Juntas que, aunque convocadas como ordinarias, incluyen otros puntos distintos del de aprobación de las cuentas anuales, en las que, obviamente, la minoría sí puede solicitar la inclusión de cualquier tipo de asuntos al pedir el complemento de la convocatoria.

Sin embargo, entiendo que tal respuesta afirmativa no puede darse en el caso antes aludido de Junta ordinaria convocada exclusivamente para aprobar las cuentas, ya que la inclusión de otros asuntos en el orden del día pueden impedir la aprobación de las cuentas (por ejemplo, por falta de quórum).

Por último, indicar que si los accionistas minoritarios solicitan la inclusión en el orden del día de algún acuerdo que implique modificación estatutaria, deberá acompañar a su solicitud el informe escrito justificativo de la modificación propuesta para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 144.1 a) de la LSA.

1.6. Publicación del complemento a la convocatoria.

El artículo 97, en la redacción dada por la Ley 19/2005, establece en su párrafo segundo del apartado 3, que «El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la Junta».

Este precepto nos permite formular las siguientes precisiones:

- a) Que si bien la publicación del complemento de la convocatoria tiene carácter obligatorio para los Administradores (de hecho la ley sanciona con la nulidad de la Junta si se incumple), hay que entender que si lo solicitado por los accionistas minoritarios es absurdo o abusivo, como pretende la inclusión de asuntos que no son competencia de la Junta (por ejemplo, formular las cuentas anuales o nombrar a un Consejero-Delegado), los Administradores pueden negarse a incluir en el orden del día lo solicitado por el accionista, sin perjuicio del derecho que asiste al socio de impugnar la decisión del órgano de administración y de solicitar la nulidad de la Junta.
- b) En cuanto al plazo de la publicación, el artículo 97 señala que «el complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la Junta».

Este plazo nos parece oportuno pues en realidad los Administradores, una vez que reciben la solicitud del complemento de convocatoria, sólo dispondrán de un breve plazo para que el anuncio se publique en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) y al menos

en un diario de gran circulación en la provincia, por lo que acortar este plazo puede poner en peligro que la publicación se haga con la antelación exigida por la ley.

- c) La sociedad no está obligada a publicar una nueva convocatoria completa de la Junta general, sino que sólo habrá de publicar un anuncio en el que se hagan constar los nuevos puntos del orden del día de la Junta incorporados a solicitud de los accionistas que ejerciten este derecho.

Lógicamente, deberán además incluirse en la publicación todos aquellos requisitos complementarios que se exijan para el acuerdo incluido en el orden del día.

Por ejemplo, si lo que se solicita se incluya en la convocatoria es una propuesta de modificación de estatutos, deberá indicarse, expresamente, que está a disposición de los accionistas el texto íntegro de la modificación propuesta y el informe justificativo de la misma.

Asimismo, al tratarse de un complemento de una convocatoria anterior, habrá de indicarse cuál es la convocatoria que se complementa, con expresión de la fecha de publicación, tipo de Junta, lugar y fecha de celebración, etc.

Al final de este trabajo incorporo un modelo de anuncio de «complemento de convocatoria de una Junta General».

- d) En cuanto a la forma en que ha de realizarse la publicación nada dice el artículo 97 de la ley, aunque debe entenderse que ha de llevarse a cabo en la forma prevista para la convocatoria inicial, es decir, mediante anuncios en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia donde la sociedad tenga su domicilio, diario que habrá de ser el mismo en que se anunció la primera convocatoria.

2. MODELO DE SOLICITUD DE COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA

D. _____

Administrador único de la sociedad

FERTEL, S.A.

28000 – Madrid

Madrid, a 15 de octubre de 2006

Muy señor mío:

En ejercicio del derecho reconocido en el párrafo 3 del artículo 97 de la LSA y en mi condición de accionista titular de un 7 por 100 del capital social de la compañía FERTEL, S.A., por la presente solicito la publicación de un complemento a la convocatoria de la Junta

.../...

.../...

General extraordinaria (u ordinaria) de la sociedad, publicada en el número __ del BORME de 13 de octubre y en el diario _____ de Madrid de fecha 11 de octubre, que se celebrará en el domicilio social, a la 16 horas del día 20 de noviembre de 2006 en 1.ª convocatoria, o, en su caso, en el mismo lugar y hora el día 21 de noviembre en 2.ª convocatoria.

Los nuevos puntos del orden del día que solicito se incluyan en el complemento a la convocatoria son:

1. _____
2. _____

Atentamente,

Fdo. _____

3. MODELO DE ANUNCIO DE COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA

FERTEL, S.A.

COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA

En relación con la Junta general extraordinaria de la sociedad que se celebrará en el domicilio social el próximo día 20 de noviembre a las 16 horas, en primera convocatoria, o en su caso, en el mismo lugar y hora, el día 21 de noviembre en segunda convocatoria, se ha recibido la solicitud de un accionista, titular del 7 por 100 del capital social, de la publicación de un complemento a la convocatoria de la Junta General, con el fin de que se incorporen nuevos puntos al orden del día de la reunión.

En consecuencia, el Administrador único, conforme al procedimiento establecido en el artículo 97.3 de la LSA., ha decidido incluir en el orden del día de la citada Junta los siguientes puntos:

1. _____
2. _____

Madrid, a 26 de octubre de 2006

Fdo. El Administrador único