

- OBJETO** Acción de impugnación de junta y de acuerdos sociales. Representación. Acuerdo de separación de administradores. Interpretación del artículo 99 LSA sobre junta universal de accionistas.
- PARTES** Don Isidro Moreno Santiago, don Isidro Moreno Lazano, don Alfonso Jurado Cerezo, don Francisco Roncero Martínez y don Luis Adame de la Rosa (recurrentes) *contra* «Almacenes Jurado, S. A.», don Pedro Jurado Fernández y don Alfonso Jurado Borrego.
- PONENTE** Excmo. Sr. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ.
- FALLO** Ha lugar al recurso.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Artículos 95, 96, 97, 98.2, 99, 100, 113.1, 123 y 131 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989; artículos 523, 710, 873, 896, 1.715.1.º.3 y 1.715.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DOCTRINA:

La sentencia del Tribunal Supremo declara que la junta general celebrada el día 12 de enero de 1991 no tiene carácter universal porque no concurre uno de los requisitos exigidos legalmente para ello, cual es el que todos los accionistas asistentes acepten por unanimidad la celebración de la junta. Descartada la consideración de la reunión como universal y considerada como una junta general extraordinaria, el Tribunal Supremo estima que en el orden del día de su convocatoria se han omitido los asuntos relativos a la separación y nombramiento de los miembros del consejo de administración, por lo que tal junta y todos los acuerdos adoptados en ella deben considerarse nulos a la vista del artículo 97.2 LSA.

HECHOS:

Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Guadaíra, fueron vistos los autos, juicio declarativo de menor cuantía, promovidos a instancia de don Isidro Moreno Santiago, don Isidro Moreno Lozano, don Alfonso Jurado Cerezo, don Francisco Roncero Martínez y don Luis Adame

de la Rosa, contra Almacenes Jurado, S. A., don Pedro Jurado Fernández y don Alfonso Jurado Borrego, sobre impugnación de acuerdos sociales.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que: 1) La concurrencia de vicio en la convocatoria de la Junta General Extraordinaria de la entidad mercantil ALJUSA, celebrada los días 11 y 12 de enero de 1991, por no haberse publicado en el periódico correspondiente con el plazo de 15 días de antelación a que se refiere el artículo 97.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. 2) La nulidad de pleno derecho de dicha Junta General. 3) La nulidad de pleno derecho de los acuerdos en ella adoptados por la infracción del mencionado requisito legal. 4) La nulidad del acuerdo de separación de administradores y con nombramiento de nuevo Consejo de Administración, al no haber sido incluido en el orden del día dicho asunto, con infracción del artículo 97.2 del Texto legal mencionado. 5) La responsabilidad de los demandados en las citadas nulidades, como Presidente y Secretario del Consejo de Administración de la sociedad, por grave incumplimiento de la Ley de Sociedades Anónimas. 6) La condena de los demandados a estar y pasar por tales declaraciones, así como el pago de las costas causadas y que se causen con motivo de este procedimiento. 7) La inscripción en el Registro Mercantil de Sevilla de la Sentencia que se dicte declarando la nulidad de tales acuerdos y cancelando sus inscripciones.

Admitida a trámite la demanda la representación procesal de la demandada, contestó a la demanda, oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que se absuelva a la demandada de todos los pedimentos contenidos en la demanda y con cancelación, en su caso, de todas las anotaciones que haya podido causarse en el Registro Mercantil de Sevilla y, finalmente, que se condene a los demandados a las costas del presente procedimiento con expresa declaración de temeridad.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 6 de julio de 1992, cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallo: Que desestimando parcialmente la demanda interpuesta por doña Consolación Cubero Huertas, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Isidro Moreno Santiago, don Isidro Moreno Lozano, don Alfonso Jurado Cerezo, don Francisco Roncero Martínez y don Luis Adame de la Rosa contra la sociedad Almacenes Jurado, S. A., don Pedro Jurado Fernández y don Alfonso Jurado Borrego, representados por doña Isabel Ramírez García de Gomariz, Procurador de los Tribunales, debo declarar y declaro: 1.º Que no procede decretar la nulidad de pleno derecho de la Junta General Extraordinaria de la sociedad ALJUSA de fecha 12 de enero de 1991 por vicios formales en la convocatoria. 2.º Que procede decretar la nulidad de pleno derecho del nombramiento de don Pedro María Jurado Borrego como miembro del Consejo de Administración de la sociedad citada. 3.º Que no procede decretar la nulidad de pleno derecho del acuerdo de separación de la administración social de los señores Moreno Santiago, Jurado Cerezo, Moreno Lozano y Jurado Fernández. 4.º Que procede declarar las costas causadas en el presente juicio a satisfacción por cada parte respecto de las causadas

a su instancia, siendo las comunes por mitad. 5.º Que procede la inscripción de la presente Sentencia una vez firme en el Registro Mercantil de Sevilla».

Segundo: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Apelación por las representaciones procesales del demandante y demandado, que fue admitido, y sustanciada la alzada la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Sexta, dictó sentencia con fecha 13 de octubre de 1993, cuyo fallo es como sigue: «Sin expresa imposición de costas en ninguna de las instancias, dando lugar al recurso formulado por la Sociedad mercantil "Almacenes Jurado, S. A.", don Pedro Jurado Fernández y don Alfonso Jurado Borrego y desestimando el de don Isidro Moreno Santiago, don Isidro Moreno Lozano, don Alfonso Jurado Cerezo, don Francisco Roncero Martínez y don Luis Adame de la Rosa contra sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Guadaíra, fecha de 6 de julio de 1992, la confirmamos en todos sus extremos, salvo en el número segundo del Fallo que revocamos, estimando no procede decretar la nulidad del nombramiento de don Pedro María Jurado Borrego como miembro del Consejo de Administración de la citada Sociedad».

Tercero: El Procurador de los Tribunales, don José Carlos Caballero Ballesteros, en nombre y representación de don Isidro Moreno Santiago, don Isidro Moreno Lozano, don Alfonso Jurado Cerezo, don Francisco Roncero Martínez y don Luis Adame de la Rosa, formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos: Primero: «Infracción de las normas del ordenamiento jurídico. En las presentes actuaciones se ha conculcado lo preceptuado clara y taxativamente en los artículos 97.1 y 2 del Texto Refundido de la LSA (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre)...». Segundo: «Infracción de la Jurisprudencia aplicable. En consonancia con lo anteriormente expuesto y admitiendo la interpretable de la presente temática, en orden a dilucidar si el artículo 131 del Texto Refundido de la LSA, deroga tácitamente lo preceptuado en el artículo 97.2 de la meritada ley, así como la interpretación que del artículo 99 del Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989, hace del Alto Tribunal al que nos dirigimos, glosamos las corrientes principales que estimamos existen en esta materia...».

Cuarto: Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, el Procurador de los Tribunales, don Francisco de Guinea y Guana, en nombre y representación de Almacenes Jurado, S. A., don Pedro Jurado Fernández y don Alfonso Jurado Borrego, impugnó el mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. El Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Guadaíra, resuelve por Sentencia de 6 de julio de 1992, la demanda interpuesta por los actores que constan, contra la Entidad Almacenes Jurado, S. A., y los demás codemandados, en cuya demanda se instaba se declarase la nulidad de la Junta Extraordinaria de esa Sociedad el 12

de enero de 1991, así como los correspondientes acuerdos de nombramiento y separación de los Administradores, demanda que fue objeto de contestación y oposición por los demandados y en cuya sentencia se desestimó parcialmente la misma, al decidirse sólo la nulidad de pleno derecho del nombramiento de don Pedro María Jurado

Borrego, como miembro del Consejo de Administración de la sociedad citada; decisión que fue objeto de recurso de apelación interpuesto por demandantes y demandados, y resuelto por Sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, en 13 de octubre de 1993, por la que se estimó la apelación de los codemandados desestimando de los actores y confirmando la primera sentencia, salvo que también estimó no procedía decretar la nulidad del nombramiento de don Pedro María Jurado Borrego, en los términos que han quedado transcritos en la parte dispositiva antes referenciada; la Audiencia se basa, tras aceptar «en lo esencial» la sentencia recurrida, en que la prestación de la demanda se apoya en que los acuerdos adoptados en la Junta del día 12 de enero de 1991, especialmente en lo relativo a la separación de administradores y nombramiento de nuevo Consejo de Administración, así como la celebración de la misma junta, son radicalmente nulos, ya que dicha Junta no tuvo el carácter de universal; en los fundamentos jurídicos siguientes, se resuelven las excepciones alegadas, materia que queda firme, habida cuenta el contenido del presente recurso de casación, examinándose en el FJ 3.º la naturaleza y carácter de la Junta del 12 de enero de 1991, y teniendo en cuenta, pues, según el FJ 4.º, lo dispuesto en el artículo 99 del Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989, es evidente que dicha Junta tuvo carácter universal, por cuanto se cumplen los dos requisitos, esto es, estuvo presente la totalidad del capital social y se aceptó por unanimidad la celebración de dicha Junta; en el FJ 5.º, en relación con cuanto antecede, según la normativa del citado artículo 99, se insiste en que habida cuenta ese carácter de universal, la Junta puede celebrarse sin la exigencia de las formalidades que exige la Ley precedentemente, ya que respecto a los dos citados requisitos, para que la Junta tenga carácter universal, se reitera estuvo presente la totalidad del capital y hubo conformidad y, en consecuencia, la Junta se entenderá

convocada y quedará válidamente constituida, aunque no se cumplan los requisitos del artículo 97, «por lo que resta por examinar el examen de la falta de inclusión en el orden del día de asuntos a tratar sobre la separación de administradores y nombramientos del nuevo consejo»; en el FJ 6.º se dice que la Sentencia de Primera Instancia, fundamentó que no procede declarar la nulidad del acuerdo de separación de administradores, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 131 de la norma de que «en cualquier momento podrá ser acordada la separación de los Administradores por la Junta General», indicándose al respecto si bien el artículo 97.2 exige que «en el anuncio de la Junta se expresarán los asuntos que han de tratarse, ello no ha de tenerse por exigible en el caso de ser Junta universal», por cuanto que «en este tipo de juntas, por su carácter familiar o el pequeño número de socios que integran la sociedad en la generalidad de los casos en que se celebran, rara vez tienen el carácter de espontáneas al saber los socios el temario a discutir...»; en el FJ 7.º se expone que mayor dificultad entraña el particular, relativo al nombramiento de don Pedro María Jurado Borrego como miembro del Consejo de Administración, cuya nulidad se ha decretado por el Juzgado de Primera Instancia, con base a lo dispuesto en el artículo 97.2, por la falta de previsión en el orden del día, y se agrega: «... ahora bien, conjugando este precepto con el 199 —*sic*— de la Junta Universal y 123, que se limita a decir que el nombramiento de los administradores corresponde a la Junta General, no se allega —*sic*— la conclusión obtenida por la Sentencia de primera instancia sino que, contrariamente, debe entenderse que por el solo hecho de no incluirse entre los asuntos a tratar en el orden del día la designación de administradores, a la vista de los preceptos que conjugamos se dejaron citada —*sic*—, no hay obstáculo para tal designación, a lo que, como colofón, debe sumarse que según aparece del Acta correspondiente a la Junta, la totalidad de los asistentes, sin

protesta alguna respecto a redacción y contenido, la aprueban; a consignar que según el artículo 113.1 el acta de la Junta podrá ser aprobada por la Junta a continuación de haberse celebrado ésta, en ese caso tendrá fuerza ejecutiva a partir de su aprobación», por lo cual procede en ese sentido revocar la decisión del Juzgado de Primera Instancia, estimando no procede decretar dicha nulidad, y por tanto se dicta la resolución indicada, que es objeto del presente recurso de Casación, interpuesto por los codemandantes con base a los motivos que, en su caso, son objeto de examen por la Sala.

2. En el «primer motivo» se denuncia bajo la correspondiente cobertura, que se han conculcado por la decisión de la Audiencia los artículos 97.1 y 2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989, número 1564/1989, y se transcribe lo dispuesto en dicho artículo 97, y se razona, en primer lugar, la nulidad radical de la Junta en base al defecto formal de que adolece el anuncio de convocatoria a Junta General Extraordinaria, ya que no se cumplen los plazos previstos y establecidos en el artículo 97 del citado Texto Refundido de la Ley, pues «es fácil comprobar cómo entre la publicación realizada en “Diario 16” (28 de diciembre de 1989) y la celebración de la misma en segunda convocatoria (12 de enero de 1991) faltan “dos días” para cumplimentar los quince exigidos por Ley, por lo que hay un “vicio de nulidad radical” que afecta a dicha Junta y los acuerdos adoptados en la misma» (sin duda se cita por error la fecha del 18 de diciembre de 1989, cuando debe decir 28 de diciembre de 1990), como así aparecen en la inserción del «Diario 16» de esa fecha, 28 de diciembre de 1990 —f. 50 vto. autos— e, igualmente, se denuncia la «interpretación como Universal que ha dado la Sala, y para ello se aducen las siguientes razones: *formales*, que en el Acta de dicha Junta consta que se convoca y se celebró con carácter de

General Extraordinaria, sin que en ningún momento los socios dieran su consentimiento a que lo fuera Universal —requisito indispensable para que así sea fijada—; igualmente, que la aceptación unánime de los asistentes —según el citado artículo 99— debe referirse también a los asuntos sometidos al conocimiento y deliberación de la Junta (se cita la Sentencia de esta Sala de 30 de octubre de 1985), y en ese sentido haya que remitirse al folio 32 de las actuaciones, en donde consta el Acta redactada, en la cual se considera que el acuerdo de separación de Administradores es ilegal y, por tanto, no hubo una aceptación unánime sobre los asuntos tratados por parte de todos los asistentes; y acerca de los requisitos de *fondo*: «no es posible considerar dicha Junta como Universal; por tanto, no es posible compatibilizar dicho carácter con la representación de los accionistas», reiterando que no se dan los requisitos preceptivos para considerarla como tal, sobre todo en cuanto al consentimiento unánime de los asuntos a tratar, y que el acuerdo se tildó de ilegal, y se añade sobre «el acuerdo de separación de Administradores», que si se considera que la Junta tuvo el carácter de General Extraordinaria, «hemos de afirmar que en el orden del día no figuraba para nada el nombramiento y separación del cargo de Administradores, y que si se estima que tuvo carácter Universal —además de los razonamientos anteriormente expuestos—, se habrían conculcado tanto los derechos de información, determinación y voto de los accionistas representados; que la separación de administradores no anunciada en el orden del día ha producido una evolución doctrinal que se expone seguidamente; *El Motivo* en los términos que se ha planteado merece una *respuesta estimatoria* por las siguientes razones: porque, efectivamente, hay que descalificar la naturaleza jurídica de la citada Junta celebrada el 12 de enero de 1991, que en el sentir de los órganos de instancia tiene carácter de Junta Universal, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 99 del Decreto

Legislativo de 22 de diciembre de 1989, no se dan los presupuestos para que, efectivamente, dicha Junta tenga tal carácter: en primer lugar, por lo que respecta a la exigencia de que está presente todo el capital social, se subraya, lo que aparece expresamente en el Acta suscrita de la celebración de dicha Junta, con respecto a la presencia de ese capital social —y así en el apartado Lista de Asistentes, «don Isidro Moreno Santiago hace constar que don Francisco Roncero Martínez es titular de cinco acciones y que se le deben respetar sus derechos. El señor Villegas Girón (*representante* del accionista don José Borrego Solís) manifiesta que no es procedente tener en cuenta tales acciones, ya que la lista formada contempla la totalidad de las acciones de los accionistas de la sociedad, y que, por otra parte, es evidente que no son exhibidas por el señor Roncero Martínez los títulos correspondientes a las mencionadas acciones...» (lo que también se denuncia en el Hecho Primero de la demanda) en la Sentencia de esta Sala de 30 de octubre de 1985, en esa línea sobre la presencia de todo el capital social se expone: «en cuanto a la concurrencia del capital desembolsado no consta —*sic*— se formulase objeción ni reserva de ningún tipo a la representatividad o apoderamiento conferido a los demás concurrentes, lo que claro es no sucedió en la Junta controvertida»; pero sobre todo sobresale la carencia del requisito de la conformidad de los accionistas presentes para que tuviese ese carácter de Junta Universal, porque según el artículo 99 citado, sobre la referida Junta Universal, se prescribe que no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la Junta se deberá convocar y quedar válidamente constituida para tratar cualquier asunto, siempre que esté presente todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la Junta, esto es, aparte de la comentada presencia del capital social, en cuanto la aceptación por unanimidad es claro que aún cuando pueda entenderse esa aceptación, ceñida a la celebración de la Junta con tal

carácter, resulta que desde luego ello no concurre en el caso de Autos, puesto que no consta en todo lo largo del Acta que por los interesados se aceptase en ese momento que la Junta tuviese carácter Universal, sin que pueda olvidarse que esa aceptación no sólo deba referirse a la celebración de la Junta con tal carácter, sino también a la aceptación por unanimidad de los asuntos a tratar base de los acuerdos que se adopten al respecto, como se razona después, y según se indicaba en la sentencia que se cita en el propio recurso de 30 de octubre de 1985, criterio que puede hasta compartirse en el presente caso, en razón a las anomalías detectadas, aparte, como se dice en el motivo, que en torno al acuerdo de separación de administradores aparece cómo por parte de uno de los presentes se considera esa acuerdo ilegal, y es más, se escribe y así consta en la citada Acta que el Acuerdo sobre separación de los administradores se aprueba por mayoría (f. 32), pero votan en contra cuatro accionistas: don Isidro Moreno Santiago, don Alfonso Jurado Cerezo, don Manuel Jurado Fernández y don Isidro Moreno Lozano; luego inexistente por completo ese consentimiento unánime.

3. Y es que como núcleo de la tesis decisoria que se sustenta, se resalta que el citado artículo 100 de la vigente LSA merece una adecuada e integradora interpretación para que no se desvirtúe su recto sentido, porque si para la válida constitución de la Junta Universal se precisan dos requisitos ineludibles: el uno, la presencia de todo el capital social, y el otro, la aceptación de todos los asistentes a la celebración de la Junta con tal carácter; ambos han de, en efecto, cumplirse, si bien para ello habrán de distinguirse dos situaciones:

1.^a Si esa celebración se verifica sin ninguna precedente convocatoria, sino que ésta acaece, según el repetido artículo 100, *in actu*, en cuyo caso esa suerte de unanimidad duplicada será suficiente, o sea, todos los accionistas

así lo deciden, en cuanto que presentes en el acto así lo acuerdan, por lo que entonces se presume que, de antemano, saben los asuntos de que se va a tratar y están conformes con que así se actúe, pues en otro caso pueden discrepar y no aceptar por ignorar esos asuntos, y ello con independencia de cuál sea el resultado de la posterior votación; es claro que en esta hipótesis, si algún sector del capital social estuviese representado, debía el representante acreditar que está autorizado para aquella conformidad *ex novo*, pues de lo contrario no podría, en nombre del representado, consentir en esa Junta Universal.

2.^a Mas —si como ocurre en autos— ha precedido una convocatoria de Junta Extraordinaria con un anticipado Orden del Día y con una parte de acciones presentes representadas, aquella doble exigencia determina, por un lado, que la conformidad para su conversión en Junta Universal no puede obtenerse sin más, salvo que los representantes demuestren que también se extiende su mandato —sin duda por escrito— [en el Motivo se dice con acierto, aunque sin distinguir estas dos situaciones: «... El propio Alto Tribunal al que nos dirigimos tiene declarado (STS de 8 de mayo de 1962) que la exigencia legal de que la representación en las Juntas se confiere por escrito y con carácter especial “tiene como fundamento lógico la necesidad de que el accionista tenga conocimiento previo de la celebración de aquélla y de los asuntos a tratar, para dar las instrucciones que estime pertinentes a la persona que confiera su representación en relación con el voto a emitir”. Y que por ello, para admitir la validez de la representación en las Juntas Universales “habrá siempre de resultar acreditado que quien otorga la representación tuvo conocimiento previo de la pretensión de constitución de aquélla y de los asuntos a tratar a la misma, y en base a ello, y sólo a ello, confiere su representación para dicho acto con la conformidad escrita”...], a esa conversión, y por otro, que ese previo Orden

del Día, aunque fijado para la original Junta Extraordinaria condiciona en modo, ya que, salvo que todos los accionistas estén conformes en que opere esa Junta Universal y que así expresamente lo manifiesten, en cuanto alguno disienta sobre que se incorpore un asunto o tema que no estuviese prefijado en aquel Orden del Día, no es posible ni la conversión ni la condonación de los requisitos del artículo 97; sencillamente, porque entonces el disidente podría aducir que él venía preparado, en exclusiva, para que se debatieran los asuntos de aquel Orden, y no ningún otro planteado *ex post*; es, se repite, lo que ha ocurrido en el caso del litigio, que determina la acogida del motivo, tanto por lo que antes se ha argumentado como por lo expuesto.

4. Desmontado, pues, el carácter de Junta Universal de la controvertida, resta por destacar si, efectivamente, al haberse convocado la misma como tal Junta General Extraordinaria, se cumplen los requisitos preceptivos, ya que de forma inexcusable marca la Ley de Sociedades Anónimas, y al punto se subraya que ya se decía, entre otras, en Sentencia de esta Sala de 21 de octubre de 1994, que los requisitos que la Ley exige para Junta Ordinaria también deben entenderse aplicados en la Junta Extraordinaria (se expresaba así la Sentencia de 21 de octubre de 1994: «... los requisitos que la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas exige que se cumplan en las convocatorias de las Juntas, aunque referidos a lo largo de su articulado, por modo general, a las que tengan el carácter de extraordinaria»; criterio que puede verse corroborado en orden a la concurrencia de todo el capital desembolsado en las de 30 de octubre de 1985, 6 de junio y 23 de octubre de 1987, así como 15 de diciembre de 1992, argumentalmente y en términos generales») en los términos que se prevé en los artículos 95, 96 y siguientes, por lo que es preciso se cumpla taxativamente la disciplina del artículo 97.1.º sobre la convocatoria de la Junta, la Junta General Ordinaria, que

deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercanti, 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; en segundo lugar, el anuncio expresará la fecha de la reunión en primera convocatoria, y todos los asuntos que han de tratarse; habida, pues, esta normativa y con independencia de como acusa el motivo, que no se cumpliera la disciplina del plazo prevista legalmente, pues entre la publicación realizada en «Diario 16», de 28 de diciembre de 1989 (sin duda se quiere decir 28 de diciembre de 1990), y la celebración de la misma en segunda convocatoria, el 12 de enero de 1990, faltan dos días para cumplimentar los quince exigidos por la Ley, tal y como previene el número 2 del artículo 98, según se constata al f. 50 vto. Autos; al respecto se decía en Sentencia de 21 de noviembre de 1994, sobre el cómputo de esos quince días: «... la cuestión ya ha sido abordada por esta Sala en Sentencia de 29 de marzo de 1994, con apoyo en la de 31 de mayo de 1983, integrando así jurisprudencia interpretadora y vinculante del precepto, pues se vino a declarar que 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...»; mas sobre todo lo que destaca como un vicio insubsanable es que en caso alguno se observó con la exigencia del número 2 del artículo 97, esto es, «el anuncio expresará la fecha de la reunión y todos los asuntos que han de tratarse», lo que no aconteció, pues como expresamente consta en la propia Acta, en el orden del día reflejado y como expresamente consta en la propia Acta, en el orden del día reflejado y como apareció su inserción, el mismo no expresaba que se trataría de la separación o del nombramiento de los miembros del Consejo de Adminis-

tración [en su literalidad, según se expidió en Sevilla el 3 de diciembre de 1990, se reflejaba los siguientes asuntos a tratar —al f. 50 vto.: Orden del Día. 1.º) Estudio y aprobación del último balance de la Sociedad. 2.º) Análisis de la situación actual de la Sociedad. 3.º) Adopción de acuerdos sobre la valoración actual de la sociedad y de las acciones de la misma. 4.º) Análisis y estudio de la situación futura de la Sociedad y adopción de acuerdos sobre ello. 5.º) Ruegos y preguntas. 6.º) Aprobación del Acta—]; por lo cual, habiéndose, pues, vulnerado ese requisito formal de cumplimiento inexcusable (entre otras, en Sentencia de 9 de abril de 1995, se exponía: «... 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 incumplimiento 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...») procede decretar tanto la nulidad de los acuerdos adoptados como la de la misma Junta, al no haberse observado la preceptiva disciplina que queda reseñada; de consiguiente, actuando la Sala a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.715.1.3 de la LEC, se estima el recurso y se accede a lo solicitado en la demanda, declarando la nulidad de la Junta y los correspondientes acuerdos, sin que a tenor del artículo 1.715.2.º LEC se haga imposición de costas en ninguna de las instancias, al hacer uso el tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los artículos 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables en su caso al litigio.

COMENTARIO:

I. INTRODUCCION

Los temas que se suscitan tras la lectura de la presente sentencia son muchos e interesantes. Sin embargo, la brumosa redacción empleada con remisiones inútiles a otras decisiones judiciales que enturbian las conclusiones a las que finalmente llega el Tribunal Supremo al no perfilar con claridad, en múltiples ocasiones, si se trata de reproducciones de otras sentencias o de decisiones aplicables al caso de autos, todo ello unido a una falta de conocimiento adecuado de los extremos debatidos y a la defectuosa apreciación de los datos presentados por las partes, hace que de todos ellos únicamente merezca centrar nuestra atención en dos de las cuestiones que giran en torno al litigio planteado: una consistente en la determinación de la naturaleza y el carácter de la junta general de la sociedad ALJUSA (Almacenes Jurado, S. A.), celebrada el día 12 de enero de 1991, y otra, íntimamente conectada con la anterior, basada en determinar si la propuesta de separación de los administradores debió incluirse dentro del orden del día de la convocatoria a la vista de lo dispuesto en los artículos 97.2 y 131 LSA. De entrada conviene dejar apuntado que aunque compartamos la estimación del recurso planteado, mostremos nuestro rechazo incondicional al modo en que fundamenta el Tribunal su decisión final, que dificulta incluso la tarea de delimitar las conclusiones a las que llega, a la par que impide razonar acerca de las alegaciones de las partes, lo que justifica aún más el comentario de la presente resolución con el designio de procurar nuestra aportación al acervo doctrinal en ocasiones discrepantes.

Por lo que respecta a la primera cuestión apuntada, el Tribunal Supremo estima los fundamentos alegados por los actores (señores Moreno Santiago, Jurado Cerezo, Moreno Lozano y Jurado Fernández) y, consecuentemente, rebate, con contundencia, a lo largo de los fundamentos jurídicos segundo y tercero, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que estimó la apelación de los codemandados y consideró que la junta general objeto de controversia tuvo carácter universal, por cuanto se cumplían los dos requisitos previstos en el artículo 99 LSA, esto es, estuvo presente todo el capital social y se aceptó por unanimidad la celebración de dicha junta, por lo que ésta podía reunirse válidamente sin la exigencia de las formalidades que impone el artículo 97 LSA. A este respecto la sentencia comentada debe permitir en el futuro la clarificación del confuso criterio de los jueces y tribunales a la hora de aplicar los inequívocos requisitos legales a una junta para calificarla como universal, al consagrar, esperemos que de un modo definitivo, las tesis que sobre este tipo de junta sostiene la doctrina más cualificada. No obstante, la cuestión debatida no queda aquí, porque uno de los accionistas (señor Borrego Solís) interviene en la junta por medio de representante, lo que exige conjugar a lo largo del comentario, con el designio de procurar su mayor utilidad, el tratamiento del problema expuesto con los derivados del arduo y complejo tema de la representación en junta universal, aspecto casi soslayado por el Tribunal, creemos que de modo deliberado.

Junto a estas cuestiones, que no son de fácil solución a la vista de los antecedentes de hecho que examinaremos y no tanto por el asunto deba-

tido sino sobre todo por la deficiente redacción empleada por nuestro más alto Tribunal, tendremos que detenernos en el resbaladizo tema de si a la vista del carácter de la junta que origina el litigio, la separación de los administradores de la sociedad (señores Moreno Santiago, Jurado Cerezo, Moreno Lozano y Jurado Fernández) debió incluirse en el orden del día de la convocatoria de la reunión como finalmente concluye el TS.

II. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA VALIDA CELEBRACION DE LA JUNTA UNIVERSAL

La parte actora —impugnante de la sentencia casada— denuncia que la Audiencia en su resolución ha considerado la junta celebrada el día 12 de enero de 1991 como universal cuando en realidad se trata de una junta general extraordinaria, de ahí que defiende la nulidad radical de aquella reunión en base al defecto formal de que adolece el anuncio de convocatoria al no cumplirse los plazos previstos y establecidos en el artículo 97 LSA, porque entre la publicación realizada en «Diario 16» (28 de diciembre de 1990) y su celebración en segunda convocatoria (12 de enero de 1991) faltan dos días para cumplimentar los quince exigidos por Ley. Luego, en primer lugar, tendremos que valorar los distintos extremos relativos a la naturaleza jurídica de la citada junta cuando en el sentir de los órganos de instancia tiene carácter de junta universal. Para el logro de este propósito deberá procederse a una caracterización, siquiera genérica y esencialmente descriptiva, de la mencionada junta, a la que se refiere el artículo 99 LSA.

Dos son los requisitos que exige el artículo 99 LSA para considerar como universal a una junta: que esté presente todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad su celebración (esta junta aparece prevista en otros Ordenamientos extranjeros; cfr., entre otros, art. 2.366 *Codice civile*, art. 159.2 *LSC* francesa, art. 241.1 *AktG* y art. 54 *CSC* portugués).

1. El requisito de la presencia de todo el capital social, a juicio de los actores-impugnantes, no se cumple porque el señor Villegas Girón actúa en representación del accionista don José Borrego Solís, tal y como se recoge expresamente en el acta suscrita de la celebración de dicha junta (apartado Lista de Asistentes) y, por consiguiente, no cabe considerarla como universal por cuanto no es posible compatibilizar dicho carácter con la representación de los accionistas. El TS opta, en principio, por despachar esta cuestión de pasada (FJ 2.º) con la transcripción de la Sentencia de su misma Sala de 30 de octubre de 1985, en la que se declaraba que «en cuanto a la concurrencia del capital desembolsado (en la actual LSA el capital es el social y no el desembolsado) no consta —sic— se formulase objeción ni reserva de ningún tipo, a la representatividad o apoderamiento conferido a los demás concurrentes, lo que claro es, no sucedió en la junta controvertida». A este efecto, parece claro el escaso rigor de la sentencia en la exposición de su razonamiento. Aunque respecto al punto relativo a la presencia de todo el capital social no puedan ofrecerse dudas en méritos a la clara rotundidad sobre la posibilidad de utilizar el mecanismo de la representación; sin embargo, no hay total

unanimidad como lo demuestra la alegación de la parte actora-impugnante a la que nos referimos y a la solución confusa y perturbadora apuntada por el TS.

En un principio la doctrina más autorizada [*vid.* URÍA, en GARRIGUES Y URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, Madrid, 1952, pág. 535] consideró necesaria la presencia física de los accionistas en la reunión, negando la posibilidad de la representación en junta universal, al estar concebida legalmente como espontánea e imprevista, donde no es posible dotar de poder al representante, puesto que la Ley exige que el poder sea especial para cada junta. No obstante, la realidad ha venido mostrando que el carácter de reunión espontánea e imprevista se daba en casos muy excepcionales (cfr. RDGRN de 4 de mayo de 1981), y la convocatoria, aunque informal, existía normalmente y permitía otorgar el poder especial que exige la Ley e incluso dar las instrucciones pertinentes al representante, siempre que en la convocatoria constase el orden del día, como es procedente en cualquier convocatoria, sea o no formal. La STS de 8 de mayo de 1962 vino a consagrar la posibilidad de la representación en las juntas universales, siempre que el poder conste por escrito y con carácter específico para cada junta y que el accionista tenga conocimiento de los asuntos a tratar en ella a fin de poder dar las necesarias instrucciones al representante, reflexionar sobre el partido a tomar y poder solicitar las oportunas aclaraciones, dentro o fuera de ella, sobre los temas propuestos. Luego según esta sentencia parece que la representación en las juntas universales únicamente eran posibles cuando le precedía convocatoria informal. Ello confirmó la existencia de dos tipos de juntas universales con convocatoria informal y sin ella. A nuestro juicio, en ambas es posible la representación, si bien en esta segunda es necesario que el representante goce de un poder no específico para una junta determinada y esté autorizado para ejercer la representación en cualquier junta general, como ocurre en los casos de representación previstos en el artículo 108 LSA (*vid.*, en esta línea, ELÍAS-OSTUA RIPOLL, «La junta universal», *RdS*, año II, núm. 3, 1994, pág. 197). Luego la alegación de los actores-impugnantes respecto a la imposibilidad de considerar la junta celebrada el día 12 de enero de 1991 como junta universal por la concurrencia a ella de accionistas representados debió ser rechazada por nuestro alto Tribunal con contundencia y con un hilo argumental en la línea apuntada capaz de consagrar lo que viene siendo mayoritario por nuestra doctrina [RONCERO SÁNCHEZ, *La representación del accionista en la junta general de la sociedad anónima*, Madrid, 1996, págs. 108-112; ARANGUREN URRIZA, «Los órganos de la sociedad anónima», en AA. VV., *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación* (dir., GARRIDO DE PALMA), Madrid, 1989, págs. 411 y sigs. URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANAS, «La junta general de accionistas (arts. 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en AA.VV., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir., URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA), t. V, Madrid, 1992, págs. 103-104; LÓPEZ CERECEDA, «Comentario STS de 30 de octubre de 1985», *CCJC*, núm. 9, 1985, págs. 3040 y sigs.; GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1991, pág. 463] y por la más reciente jurisprudencia

(*vid.* STS de 14 de marzo de 1998) y no con la simple transcripción de la sentencia de su misma sala de fecha 30 de octubre de 1985, que confunde al lector sobre la postura mantenida. No existe ninguna razón ni de índole político-jurídica ni jurídico-conceptual que impida la representación en junta universal. El problema acerca de la posibilidad de representación en esta clase de juntas subsistiría, si cabe agravados, si pensáramos en la aplicación de la disciplina propia de las solicitudes públicas de representación, porque ello obligaría, respecto a las universales, a la formación previa del orden del día, para su inclusión en el poder junto con las instrucciones o la indicación del sentido del voto por parte del accionista representado. Pero en juntas como la celebrada el 12 de enero de 1991, cuya convocatoria por lo común no se difunde, no es fácil que pueda haber solicitud pública.

2. El segundo requisito que exige el artículo 99 LSA para tildar a una junta como universal, alegado en su defensa por los actores para rebatir ese carácter de la junta objeto de litigio y que es el sentir de los órganos de instancia, es que los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. A juicio de la parte impugnante no existió consentimiento unánime en orden a su celebración. A este respecto hay que comprobar si al levantar acta existió esa unanimidad. Pues bien, parece ser que a lo largo toda ella no se hizo constar esa aceptación unánime, luego con buen criterio el TS estima la alegación de la parte impugnante respecto de la sentencia casada. No obstante, hay que tener presente que la unanimidad según el artículo 97.1.3.º RRM, no viene referida exclusivamente a la celebración de la reunión, sino que abarca los puntos a discutir en ella como apunta la presente resolución. Si algún accionista no estuviere conforme con que se tratase algún tema, deberá ser excluido del orden del día y nada se opone a que éste permanezca abierto, es decir, se proceda a su formación sucesiva, conforme las deliberaciones se van produciendo, siempre que su inclusión sea aceptada unánimemente por la totalidad de los accionistas. Naturalmente, si como en el caso de autos alguno de los accionistas no asiste físicamente sino por representación, la formación sucesiva del orden del día no será posible en principio, ya que la representación debe ser otorgada por escrito con referencia a una junta concreta, con convocatoria previa, aunque informal, y donde debe constar el orden del día, que no podrá ser objeto de modificación, so pena de invalidar el poder. Sin embargo, el TS vuelve a incurrir en un grave error al considerar que la junta objeto de controversia no es universal porque «en torno al *acuerdo* de separación de administradores aparece cómo por parte de uno de los presentes se considera ese *acuerdo* ilegal, y es más, se escribe y así consta en citada Acta, que el acuerdo sobre separación de los administradores se aprueba por mayoría (f. 32), pero votan en contra cuatro accionistas; luego inexistente por completo ese consentimiento unánime» (resaltado mío). El grave error apuntado es que el Tribunal ha estimado que la unanimidad no se ha cumplido en el presente caso porque respecto al acuerdo de separación de los señores Moreno Santiago, Jurado Cerezo, Moreno Lozano y Jurado Fernández únicamente ha existido mayoría, sin tener en cuenta que esa unanimidad se exige para fijar y aceptar el orden del día, pero no para la aprobación final del acuerdo. Es

decir, la determinación del orden del día y su aceptación inicial o sucesiva, no modifica la necesidad de su unánime aprobación aunque no esté exigido concretamente por el precepto reglamentario (art. 97.3.1.º RRM), pero es la lógica consecuencia de constituir un elemento integrable en la aceptación de la celebración de la junta que no podría ser aprobada dejando en blanco y sin previa determinación los asuntos a tratar en ella (la propia jurisprudencia lo reconoce al afirmar que si algún accionista no da su conformidad a debatir un determinado asunto, éste deberá ser excluido del orden del día —cfr. STS de 30 de octubre de 1985—). Pero no parece ser a esto a lo que se refiere nuestro Tribunal a la vista de la mala e insuficiente redacción empleada que parece exigir la unanimidad también para la aprobación del acuerdo cuando indica (últimas líneas del FJ 2.º) que en el acta se escribe y así consta que «el *acuerdo* de separación de los administradores se aprueba por mayoría (f. 32), pero votan en contra cuatro accionistas, don Isidoro Moreno Santiago, don Alfonso Jurado Cerezo, don Manuel Jurado Fernández y don Isidoro Moreno Lozano; luego inexistente por completo ese consentimiento unánime». Pensamos que ha sido la precaria sistemática utilizada y la insuficiente redacción empleada, al utilizar la expresión *acuerdo*, lo que enturbia la cuestión, pero que en el sentir de nuestro Tribunal, con las líneas transcritas, a la vista de la conjunción de los fundamentos jurídicos segundo y tercero, queda claro que el consentimiento unánime se exige para incluir un asunto dentro del orden del día y no para la aprobación definitiva de un acuerdo por la junta. De ahí que la resolución comentada tendría, en este punto, que haber suprimido la expresión *acuerdo* por la de *propuesta* de separación de los administradores.

Ahora bien, la cuestión acerca del requisito de la necesaria unanimidad de la aceptación de los asistentes para considerar válida la celebración de la junta universal no queda aquí, porque como se ha adelantado en una junta de esta naturaleza en la que interviene un accionista por medio de representante cabe una doble posibilidad: que la celebración de la junta se verifique sin ninguna precedente convocatoria, en cuyo caso, como acertadamente expone el TS en la presente resolución (FJ 3.º.1.º), el representante debe acreditar que está autorizado para aquella conformidad *ex novo*, pues de lo contrario no podría, en nombre del representado, consentir en esa junta universal (a esta misma conclusión llega nuestro Alto Tribunal en sentencia de 14 de marzo de 1998); o como ocurre en el caso de autos, que la reunión de la junta venga precedida de una convocatoria de junta extraordinaria (o en su caso ordinaria) con un anticipado orden del día. En este caso el TS entiende que para cumplir el requisito de la unanimidad en la celebración de la junta universal (art. 99 LSA) el representante debe acreditar que su mandato se extiende a la conversión de la junta extraordinaria (convocada en legal forma) en universal. Es decir, que el accionista representado debe tener conocimiento previo de la pretensión de constitución de la junta universal y de los asuntos a tratar en ella, porque sólo en base a ello y sólo a ello, confiere su representación para dicho acto con la conformidad por escrito.

En este sentido la descalificación de universal que el TS hace de la junta objeto de litigio es acertada, aunque de nuevo la brumosa redacción y

técnica empleada (remisoria en este caso a la sentencia de 8 de mayo de 1962 que se transcribe —FJ 3.º.2.º—) hace que mostremos nuestras dudas acerca de la argumentación empleada para llegar a aquella conclusión. Y es que ciertamente (como parece deducirse del FJ 3.º) en los casos de juntas universales en las que intervienen representantes de accionistas, la formación sucesiva del orden del día no es posible en principio, ya que la representación debe ser otorgada por escrito con referencia a una junta concreta (art. 106 LSA), con convocatoria previa, aunque informal, y donde debe constar el orden del día, que no podrá ser objeto de modificación, so pena de invalidar el poder.

Ahora bien, el TS tendría que haber hecho mención a una cuestión, y es si el señor Villegas Girón, representante del accionista señor Borrego Solís, goza de un poder no específico para una junta determinada y está autorizado para ejercer la representación en cualquier junta general, como ocurre en los casos de representación previstos en el artículo 108 LSA, porque en estos supuestos, ante la conversión de la naturaleza de la junta, el representante se encontraría con plenas facultades para asentir a la transformación de una junta convocada en legal forma (ordinaria o extraordinaria) en universal, como para mostrar su conformidad a los asuntos que se vayan planteando a lo largo de la formación sucesiva, si cabe, del orden del día. En cambio, si como parece ser no ha existido ese poder al que se refiere el artículo 108, el TS entiende que el representante no puede prestar su conformidad a la conversión en universal de la junta inicialmente convocada en legal forma (art. 97 LSA). Sin embargo, en este caso concreto entendemos que el Tribunal no ha tenido en cuenta que lo esencial no es que el accionista tenga conocimiento de la transformación de la junta convocada legalmente (en este caso extraordinaria) en universal, sino que lo decisivo, a falta de aquel poder del artículo 108 LSA, es que el señor Borrego Solís (accionista) acredite el conocimiento del orden del día, es decir, de los asuntos que se pretenden abordar en dicha reunión que hayan cambiado a consecuencia de la conversión de la naturaleza de la junta objeto de litigio. Si el orden del día inicial no ha variado y ha sido preventivamente determinado, no vemos necesario que el mandato de representación tenga que extenderse a aquella conversión. Consecuentemente, la junta universal no podrá adoptar acuerdos sobre otras materias desconocidas por el accionista-representante, a salvo los casos excepcionales que en adelante veremos. Supuesto completamente distinto será aquel en que la junta universal se constituye espontáneamente y, a pesar de ello, un accionista confiere poder de representación a otro asistente en ella, en cuyo caso se podrá deliberar sobre cualquier asunto salvo que el accionista representado haya limitado su consentimiento a alguno o algunos asuntos en particular.

En último lugar queda por plantear aquellos supuestos en los que en el seno de una junta universal precedida de convocatoria (aunque informal) y con un orden del día predeterminado, y presuntamente conocido por el accionista-representado, se opta por deliberar acerca de la separación de los administradores que de conformidad con el artículo 131 LSA se trata de un asunto que puede ser acordado «en cualquier momento» por la junta general. En torno a este caso giran una serie de cuestiones desi-

gualmente valoradas por el TS en la resolución comentada y que analizamos a continuación.

III. EL ACUERDO DE SEPARACION DE LOS ADMINISTRADORES. ANÁLISIS DEL ARTICULO 131 LSA

Dentro de la demanda de la parte actora se suplica la nulidad del acuerdo de separación de la administración social (señores Moreno Santiago, Jurado Cerezo, Moreno Lozano y Jurado Fernández), al no haber sido incluido en el orden del día dicho asunto, con infracción del artículo 97.2 LSA. La Audiencia Provincial de Sevilla, confirmando en este extremo la sentencia de instancia recurrida, y tras considerar a la junta celebrada el día 12 de enero de 1991 como universal, entiende que habida cuenta ese carácter de la junta y lo dispuesto en el artículo 131 LSA, que establece que «en cualquier momento podrá ser acordada la separación de los administradores por la junta general», este acuerdo debe ser considerado válido porque lo exigido por el artículo 97.2 LSA no puede tenerse en cuenta en las juntas universales. La actora-impugnante de la sentencia casada tras rechazar el carácter universal de la junta objeto de controversia alega que si se considera que ésta tuvo el carácter de general extraordinaria «hemos de afirmar que en el orden del día no figuraba para nada el nombramiento y separación del cargo de administradores, y que si se estima que tuvo carácter universal —además de los razonamientos anteriormente expuestos—, se habrían conculcado tanto los derechos de información, determinación y voto de los accionistas representados».

El TS, tras desestimar la pretensión de considerar a la junta del día 12 de enero de 1991 como universal y acordar que se trata de una junta extraordinaria convocada en legal forma, al no concurrir los requisitos exigidos legalmente para atribuirle aquel carácter, dispone que es necesario que esa junta cumpla lo dispuesto en el artículo 97.2 LSA. Por tanto, considera como vicio insubsanable que no se haya observado en el presente caso la exigencia impuesta por este precepto, esto es, que el anuncio de convocatoria haya expresado todos los asuntos que han de tratarse y, en concreto, como expresamente consta en acta, que no se haya indicado que en la reunión se trataría de la separación o del nombramiento de los miembros del consejo de administración [en su literalidad, según se expidió en Sevilla el 3 de diciembre de 1990, se refleja los siguientes asuntos a tratar: al folio 50 vto.: Orden del Día: 1.º) Estudio y aprobación del último balance de la sociedad. 2.º) Análisis de la situación actual de la sociedad. 3.º) Adopción de acuerdos sobre la valoración actual de la sociedad y de las acciones de la misma. 4.º) Análisis y estudio de la situación futura de la sociedad y adopción de acuerdos sobre ello. 5.º) Ruegos y preguntas. 6.º) Aprobación del acta].

No podemos olvidar a este respecto que el orden del día delimita la competencia de la junta (así, CABANAS TREJO, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Comentarios de urgencia a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Barcelona, 1995, pág. 263), protege a los socios frente al peligro de que se impongan

acuerdos sorprendidos, es decir, que versen sobre asuntos cuyo tratamiento no estaba previsto inicialmente [GARRIGUES, en GARRIGUES Y URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas* (revisada por MENÉNDEZ Y OLIVENCIA), I, Madrid, 1976, pág. 613] o acuerdos poco claros o elusivos en sus términos que, a la postre, dejarían en manos de los administradores establecer su preciso sentido (*vid.* SÁNCHEZ ALVAREZ, «Orden del día, regularización de convocatoria defectuosa y nulidad de acuerdos sociales», *RdS*, año V, núm. 8, 1997, pág. 292). La exigencia de que exista un orden del día previo parece obedecer al hecho de que la estructura de las sociedades de capital (corporativa y bajo el régimen de mayorías), constituye un terreno propicio para la comisión de tales abusos (en este sentido, *vid.* GUYÓN, *Droit des affaires*, t. I, París, 1988, pág. 287). Para evitarlos se exige que la convocatoria de la junta se vea rodeada de unas formalidades mínimas (señaladas en el art. 97 LSA), entre las que destaca la necesidad de establecer, con la suficiente claridad, los asuntos sobre los que se va a decidir, a fin de que los socios puedan conformar su voluntad de manera reflexiva, evitando en lo posible situaciones que por la precipitación se muestran propicias al error (TRIMARCHI, *Invalità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, pág. 19) o al abuso y que, en última instancia, podrían provocar la nulidad del acuerdo adoptado en esas condiciones (así, GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 310, y GARCÍA LUENGO Y SOTO VÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 459).

Efectivamente, tal y como dispone el TS, si descartada la consideración de universal de la junta general celebrada el día 12 de enero de 1991, el nombramiento de un administrador no aparece en el orden del día de la reunión se estaría incumpliendo la exigencia del artículo 97.2 LSA, que impone unos requisitos que gozan de la naturaleza de *ius cogens*, produciéndose, consecuentemente, la nulidad absoluta e insubsanable de la junta y de los acuerdos tomados en ella.

Ahora bien, ¿qué ocurre en el caso de la separación de los administradores? Conviene atender si, efectivamente, como alega la parte actora en el artículo 131 LSA deroga tácitamente lo dispuesto en el artículo 97.2 LSA, cuestión ésta que el TS no ha resuelto al considerar radicalmente nula la junta celebrada porque no se incluyeron en el orden del día de la convocatoria todos los asuntos que habían de tratarse (art. 97.2 LSA).

El artículo 131 permite que la separación de los administradores pueda ser acordada «en cualquier momento por la junta general» [el *Codice civile* italiano, en el art. 2.383, emplea el mismo término que la Ley española: «en cualquier momento», *vid.* el estudio que sobre este tema realiza en la doctrina italiana SAVI, C. D., «Decadenza e revoca degli amministratori di società per azioni», *Riv. Soc.*, 1969, págs. 110 y sigs., y en especial pág. 121, y MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milán, 1956, págs. 6 y sigs.]. Pero ¿supone ello que no tiene que constar en el orden del día? La doctrina [RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, 3.ª ed., Madrid, 1974, págs. 285-298 y 299, entiende que el extremo de la separación del cargo de administrador no es necesario que conste en el orden del día. Sin embargo, al hablar del artículo 53 LRJSA (art. 97

LSA), afirma que el hecho de no incluir algunos de los asuntos que han de tratarse en el orden del día excluye a los mismos en rigor de la competencia de la junta. GIRÓN, *op. cit.*, pág. 354, dice que la frase «en cualquier momento» del artículo 75 LRJSA (actual art. 131), indica que la separación de los administradores se puede hacer sin necesidad de que se haya observado la exigencia del artículo 53 LRJSA (art. 97 LSA), en el sentido de que tal cese conste en el orden del día; en esta línea, *vid.* GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1976, pág. 483, y en *Dictámenes de Derecho Mercantil*, III, Madrid, 1976, pág. 788. Este mismo tema ha sido tocado ampliamente por CARID FOSSAS, M., «La designación de los administradores en la escritura de constitución y el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. Doble sentido de la temporalidad, delimitación en el cargo —comentario a la Sentencia de 22 de octubre de 1974—», *RJC*, II, 1976, pág. 481, quien tras considerar correcta la postura de los Tribunales que no exigen la constancia de la separación de los administradores en el orden del día, señala que no se puede desconocer la tendencia contraria. VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades Anónimas, anotaciones y concordancias*, 1976, pág. 362, entiende que la junta general que trata la destitución de los administradores sin estar previamente anunciado en el orden del día no infringe por ello el artículo 75 LRJSA. A juicio de BÉRGAMO, *Sociedades Anónimas (las acciones)*, III, Madrid, 1970, págs. 214-215, el fundamento del artículo 131 descansa en que los administradores se mostrarán lógicamente reacios a incluir en la lista de los asuntos a tratar el de su posible revocación. LÓPEZ DE MEDRANO, *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Barcelona, 1986, págs. 154-156, se basa para buscar una argumentación de la autorizada y dominante interpretación a favor de la innecesidad de que el acuerdo de separación de los administradores conste en el orden del día, en una explicación modal o temporal de la expresión empleada, en su interpretación *a contrario sensu*: la urgencia que comporta la adopción del acuerdo de separación y el posible obstruccionismo de los administradores. Para SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV (*Administradores*), Madrid, 1994, págs. 197-198, la razón de que la separación de los administradores no tenga que constar en el orden del día de la convocatoria se encuentra «no simplemente en motivos de urgencia o en la natural resistencia de los propios administradores a incluir en el orden del día su propio cese, sino también en estimar que de esta forma se facilita la relativa dependencia de los administradores respecto a la junta general...», continúa afirmando este autor que si la junta general en cualquier momento (entendida esta expresión en el sentido de no ser preciso que conste en el orden del día) puede acordar el ejercicio de la responsabilidad de los administradores, que entraña de forma automática su destitución, debe admitirse que la junta general, una vez reunida, también tiene facultad en las mismas condiciones (es decir, sin que el asunto conste en el orden del día) de algo menor, cual es simplemente destituir al administrador; en un mismo sentido, *vid.* ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, págs. 512-516. Para SUÁREZ LLANOS GÓMEZ («Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima —disciplina jurídica de la acción social—», *ADC*, 1962, págs. 949, nota 79), la frase «la separación de los administradores puede ser acordada en cualquier

momento por la junta general», debe ser interpretada en el sentido de que no haya límite temporal, pero en cambio se requiere el cumplimiento de todos los requisitos exigidos legalmente para la adopción de los acuerdos sociales, incluido el de que conste en el orden del día de la convocatoria de la junta. A favor de la interpretación de que el acuerdo relativo a la separación de los administradores conste expresamente o por vía de conexión en el orden del día de la convocatoria de la junta se encuentran FERNÁNDEZ RUIZ, «La separación de los administradores de una sociedad anónima y orden del día de la convocatoria de la Junta General. (Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de marzo de 1974)», *RDM*, núm. 149, 1978, pág. 329; MAZA DOMINGO, «El artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas y la revocación *ad nutum*», *RJC*, 1976, págs. 713-727, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., «La temporalidad del cargo de administrador en la sociedad anónima», *RJC*, 1979, pág. 434] y la jurisprudencia [que en muchas de sus sentencias, más que destacar directamente la necesidad de la inclusión del anuncio en el orden del día, se fundamenta en que en los supuestos contemplados se cumplía con la exigencia del artículo 97, bien directamente (STS de 22 de diciembre de 1970, 18 de marzo de 1981), bien por vía de conexión; así, por ejemplo, se estima que la separación está comprendida en el orden del día cuando éste incluye la censura de la gestión social, la renovación del consejo, la ratificación por la junta de los administradores nombrados por los fundadores en el acto constitutivo, etc. (Res. DGRN de 26 de febrero de 1953, 13 de marzo de 1974; 11 de febrero de 1970; SSTS de 29 de abril de 1985 y 30 de febrero de 1978); en una línea semejante, *vid.* Resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 1955; 21 de septiembre de 1984; 8 de mayo de 1987 y la STS de 31 de enero de 1969. De todas las sentencias sólo afirman incontestablemente la no necesidad de que el asunto de la separación conste en el orden del día, las SSTS de 30 de abril de 1971 y 30 de septiembre de 1985, aunque la destitución que contempla no es precisamente la de un administrador, sino la de un gerente] no son unánimes al respecto.

A nuestro juicio, el artículo 131 LSA no puede ser interpretado en el sentido de que para tomar la decisión de separar a los administradores el asunto no deba constar antes en el orden del día. Lo lógico y natural será que, para que sea tratado ese asunto por la junta, cumpla con las exigencias legales para la adopción de los acuerdos y, por consiguiente, sea previamente anunciado en el orden del día para conocimiento de todos los socios y posible ejercicio de su derecho de información. Si admitiésemos la posibilidad de adoptar el acuerdo de separación aún sin constar en el orden del día de la convocatoria a que preceptivamente obliga el artículo 97.2 no sólo quedaría violado el derecho de información y de defensa de los accionistas y de los administradores, sino que, como ha dicho la doctrina [así, POLO, «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima», *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir., URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA), t. VI, Madrid, 1992, págs. 234-235], se facilitaría la creación de maniobras peligrosas como la formación artificial de minorías momentáneas y oportunistas que, por el absentismo derivado del desconocimiento del tema entre el resto de los

accionistas y la situación de sorpresa creada, pueden resultar mayoritarias en la votación del acuerdo, con el riesgo de que en siguientes reuniones de la junta pueda ser utilizado el mismo sistema por los accionistas que se crean burlados y proceder de nuevo a la destitución de los administradores nombrados en la anterior, generando con ello un conflicto permanente entre los órganos sociales que repercutiría gravemente sobre la bondad y continuidad de la gestión social.

Los argumentos fundamentales en que apoyamos nuestra postura son varios.

En primer lugar, si el legislador hubiese pretendido que pueda deliberarse sobre ese asunto sin que conste en el orden del día lo hubiese expresado de modo claro en esos términos, como hace en el artículo 134 LSA para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores [a diferencia de lo que sucede en el artículo 131 LSA, en el artículo 134 LSA el legislador no ha mostrado imprecisión alguna y ha sido claro en la dispensa de un requisito, cual es el que el asunto tenga que constar necesariamente en el orden del día de la convocatoria de la junta para que pueda ser tratado en ella. La *ratio legis* de la posibilidad de deliberar acerca de esa cuestión sin que forme parte del orden del día está, por un lado, en que en cualquier junta general convocada para tratar de diversos asuntos que son extraños al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores, pueden en el curso del debate advertirse supuestos fácticos de por sí aptos para exigir responsabilidades a éstos; de otro, en que se pretende impedir que los administradores puedan entorpecer con maniobras preliminares la exigencia de responsabilidad, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 933, cree que la fórmula empleada por el legislador, «aunque no conste en el orden del día», es una expresa derogación del principio general que establece el artículo 97.2 del mismo texto legal proclamando la ineludible fijación previa a la celebración de la junta de los asuntos que en ella han de tratarse. Para este autor (*ob. últ. cit.*, pág. 337), la frase del artículo 134 LSA no implica directamente la posibilidad de deliberar válidamente sobre el ejercicio de la acción en el seno de cualquier clase de junta en cuya convocatoria no figure tal materia, sino tan sólo la supresión de la tacha de nulidad del acuerdo favorable al ejercicio de la misma; en sentido similar *vid.* BÉRGAMO, *op. cit.*, págs. 152-153, y cfr. la RDGRN de 11 de febrero de 1970, con comentario en la revista *ADC*, XXVI, 1973, págs. 640 y sigs., donde el Registrador de esta Resolución estima que en el artículo 80 LRJSA (actual 134 LSA) es la única excepción a poder tomar en la junta general un acuerdo sobre los administradores sin que previamente conste en el orden del día. En términos parecidos se pronuncian FERNÁNDEZ RUIZ, «Separación de los administradores de una sociedad anónima y orden del día de la convocatoria de la junta general (Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de marzo de 1974)», *RDM*, núm. 149, 1978, págs. 321 y sigs., y GARRETA SUCH, «La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», *RJC*, 1981, pág. 616. POLO, A., *Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima*, Barcelona, 1965, pág. 183, piensa que la expresión empleada por el legislador, «aunque no conste en el orden del día», puede

ocasionar a la sociedad una situación difícil o anómala al verse privada de los administradores sin concurrir justa causa. En contra, GARRIGUES en GARRIGUES Y URÍA, *op. cit.*, II, pág. 175, y RUBIO, *op. cit.*, pág. 298], y hubiera prescindido de la vaguedad que supone la expresión «en cualquier momento».

En segundo lugar, si no se hace constar en el orden del día el acuerdo de separación de los administradores no se están respetando las reglas de la formación de la voluntad orgánica, en cuanto que se vicia la de los componentes del órgano en su adopción, al privar a los accionistas del derecho de información que consagra el artículo 112 LSA cuando les permite «solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta ... los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día».

La cuestión que toca plantearse ahora es si la alegación de la parte actora-impugnante, al estimar que la no inclusión del acuerdo de separación de los administradores en el orden del día atenta tanto los derechos de información, determinación y voto de los accionistas representados, es o no acertada. El TS de nuevo opta por no pronunciarse al respecto. En nuestra opinión la cuestión ha sido erróneamente alegada por los actores-impugnantes porque si la junta de 12 de enero de 1991 se hubiese considerado finalmente como universal la determinación previa del orden del día dejaría, ciertamente, de ser garantía en favor de los accionistas pero sin que ello suponga un atentado contra su derecho de información y voto, pues como ya se indicó, nada parece oponerse a que bien al comienzo de la junta, bien al ir decidiendo entrar a conocer asuntos concretos, se vayan precisando de modo sucesivo una serie de cuestiones equiparables a un orden del día, siempre que todos los socios (o en su caso sus representantes) presten su conformidad a que la junta delibere sobre esos determinados asuntos. Será en relación con estas cuestiones, unánimemente aceptadas como integrantes de un posible orden del día, sobre las que los accionistas podrán solicitar cuantas aclaraciones estimen precisas (cfr. STS de 30 de octubre de 1985 y el comentario que sobre ella realiza LÓPEZ CERECEDA, *op. cit.*, pág. 3044; *vid.* sobre estas cuestiones URÍA en GARRIGUES Y URÍA, *op. cit.*, I, págs. 622-623 y 626; URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, págs. 108 y 257; ESTEBAN VELASCO, G., «Derecho de información del accionista», en VV.AA., *Derecho de sociedades anónimas*, t. II, «Capital y acciones», vol. 1.º, Madrid, 1994, pág. 219; URÍA, *La información del accionista en el derecho español*, Madrid, 1976, págs. 31-32). La única particularidad de estas juntas estriba en que la doble vía prevista para solicitar información, oral o por escrito (art. 112 LSA), se ve restringida a la verbal durante su celebración, salvo que la junta universal haya sido convocada (aun cuando no, claro es, cumpliendo los requisitos legales), lo que en la práctica resulta ser lo más frecuente. En estos casos pensamos que el accionista puede ejercitar libremente el derecho de información previo del artículo 112, con la diferencia de que si la información no es ofrecida, el socio puede no asistir, impidiendo con ello la reunión de la junta.

Esta última cuestión es similar al problema que se plantearía en las juntas universales con el derecho de información documental previo previsto para los casos de aprobación de las cuentas anuales (art. 212) y modificación estatutaria [art. 144.1.c)]. En estos supuestos, el hecho de que no pueda hacerse constar este derecho en la convocatoria no significa que los accionistas queden privados de él, sino que cualquiera de ellos tiene derecho a examinar la citada documentación y la puede solicitar cuando sea convocado informalmente. Si los administradores niegan la documentación solicitada porque alegan que el carácter informal de la convocatoria impide requerir información con anterioridad a la celebración de la junta universal, cualquier accionista puede negarse a asistir a la reunión, en cuyo caso la junta habrá de ser convocada con las formalidades exigidas y con expresión del citado derecho.

Jesús Antonio Romero Fernández