

**TRANSPARENCIA EN LA JUNTA GENERAL Y SEPARACIÓN DE
ASUNTOS**

Juan Sánchez-Calero Guilarte*

Publicado en:

Libro homenaje al Profesor Ubaldo Nieto de Alba
(dir. Ubaldo Nieto Carol)
Valencia 2020
Páginas 382 a 414

ISBN 9788413367545

* Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
jscalero@der.ucm.es
<https://www.ucm.es/dep-derecho-mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>

TRANSPARENCIA EN LA JUNTA GENERAL Y SEPARACIÓN DE ASUNTOS¹

Juan Sánchez-Calero Guilarte
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. A) *La transparencia societaria y su concreción por medio de la separación de asuntos.* B) *Derecho de información y derecho de voto.* **II. LA CONVENIENTE SEPARACIÓN DE ASUNTOS EN EL ORDEN DEL DÍA.** A) *El orden del día, claro y completo.* B) *A favor de la separación de los asuntos.* C) *Orden del día y representación.* D) *Mención separada de asuntos a tratar y nulidad de la junta general.* **III. LA VOTACIÓN SEPARADA POR ASUNTOS.** A) *La finalidad del precepto y sus antecedentes.* B) *Naturaleza del artículo 197 bis LSC y la autonomía estatutaria.* C) *La regla principal.* D) *La votación de acuerdos relativos a los consejeros.* E) *La votación de modificaciones estatutarias.* F) *Algunos asuntos susceptibles de votación separada.* 1. *Dispensa de la prohibición de actuar en conflicto con el interés social.* 2. *Acción social de responsabilidad* 3. *Aplicación del resultado del ejercicio.* 4. *Reducción de capital.* G) *El papel del presidente en la votación de acuerdos.* H) *La documentación de los acuerdos objeto de votación separada.* I) *La infracción del artículo 197 bis LSC.* J) *La denuncia previa del actor contra la votación conjunta.* 1. *Una exigencia basada en la buena fe.* 2. *La votación conjunta como defecto formal.*

I. INTRODUCCIÓN

A) *La transparencia societaria y su concreción por medio de la separación de asuntos*

El término *transparencia* y la valoración positiva que suele acompañar su invocación va ganando terreno en distintos ámbitos del ordenamiento (hasta el punto de convertirse en un concepto utilizado en distintos sectores al bautizar iniciativas legislativas) y en la práctica mercantil (donde es presupuesto de una valoración generalmente favorable). Ejemplos clásicos y a la vez actuales de lo que implica la transparencia y su control los

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado: "Poder Económico y poder empresarial (la revisión de la estructura y la regulación del sistema español de gobierno corporativo)" DER2015-67317-P (MINECO/FEDER).

encontramos en la abundante jurisprudencia que en los últimos años se ha ido produciendo con respecto a distintos tipos de contratación bancaria. En el orden societario, la transparencia también tiene un significado vinculado a la información que facilitan las sociedades, en especial las grandes sociedades, así como a su gobierno y a las relaciones que mantienen con sus accionistas². Es transparente la sociedad que fomenta de manera adecuada y suficiente el ejercicio de los derechos políticos principales de sus accionistas, lo que acaece principalmente en el amplio escenario de la preparación y celebración de la junta general.

De alguna manera nos encontramos con la esencial relación que en el régimen de la junta tienen la válida constitución (vinculada con frecuencia a la correcta convocatoria) y la correspondiente adopción de acuerdos. Sintetiza la exposición de esa relación la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2015: *“La validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido por mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria...incluyendo el orden del día”*³.

En esa línea, estas páginas recogen algunas referencias a partir de las soluciones normativas incorporadas en la Ley de Sociedades de Capital (LSC) que permiten afirmar que el funcionamiento de la junta general también va a estar presidido por una especial transparencia, como pretensión de claridad y precisión de deliberaciones y decisiones en la preparación de la junta y en la adopción de los correspondientes acuerdos. De tal manera que se analizará la relación que cabe establecer entre la mención de los asuntos a tratar dentro de la convocatoria de la junta general

² A modo de ejemplo cabe citar la que acabó siendo conocida como “Ley de Transparencia”: Ley 26/2003, de 17 de julio, de modificación de la Ley del mercado de valores y de la Ley de sociedades anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, objeto de abundante atención doctrinal. Por todos, v. MATEU DE ROS, R., *La Ley de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas*, Cizur Menor (2004), p. 16, que señalaba la relevancia de dicha Ley como hito para la incorporación normativa de lo que hasta entonces no habían pasado de ser principios en el gobierno corporativo. Conviene recordar el antecedente relevante que supuso entonces la creación de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas, que elaboró el conocido como Informe Aldama de 8 de enero de 2003, donde se abordaba el significado del “principio de transparencia”.

³ Confirmada por, entre otras, la Res. DGRN de 24 de enero de 2018.

y la votación separada por asuntos⁴. Se trata en ambos casos de aspectos esenciales en el régimen de la junta general, que están contemplados con detalle diverso en preceptos de la LSC que han sido objeto de específicas modificaciones o adiciones y que, como característica principal común persiguen la adecuada tutela de la posición de los accionistas, tanto en la fase previa de preparación e información, como en la posterior de decisión, siempre en el marco de la junta general.

Aunque las consideraciones que siguen parten de la relación que cabe establecer entre normas de aplicación general a toda sociedad anónima, no está de más observar que las disposiciones estudiadas reflejan la influencia de los cambios impulsados, sobre todo, desde la revisión de la normativa aplicable a las sociedades cotizadas. Son cambios que reflejan la influencia del proceso europeo de armonización y que han incorporado, en especial en las reglas aplicables a las sociedades cotizadas, sucesivos requisitos orientados a poner a disposición de los accionistas información detallada sobre cada uno de los asuntos que la junta general debe tratar y, en una correspondencia que implica una identidad de contenidos, cada uno de los acuerdos a adoptar. Las dudas que en materia de separación de asuntos en el orden del día y en las votaciones puedan suscitarse con respecto a la junta general de toda sociedad anónima encuentran en las previsiones particulares de las sociedades cotizadas una interesante orientación o, sencillamente, una determinación.

Abordaremos la relación entre ambas soluciones normativas que anima a observar la tendencia hacia una creciente separación de los asuntos a tratar o a votar como forma de lograr el objetivo de la claridad en el desarrollo y funcionamiento de la junta general.

B) Derecho de información y derecho de voto

La combinación de la separación de asuntos en el orden del día y en la votación de acuerdos encuentra una justificación en la tutela de los socios y en el objetivo de la adecuada transparencia. Se trata, como se desarrollará en los apartados siguientes, de conectar a través de esa común finalidad dos aspectos de la junta que la norma afronta desde perspectivas distintas. Mientras que la separación de los asuntos en el orden del día es una

⁴ Una relación que ya subrayé en mi trabajo “Algunos cambios en la regulación de la junta general en el Informe de la Comisión de Expertos (y en el Anteproyecto de Ley de modificación de la LSC)”, DT Departamento de Derecho mercantil 2014/87, junio 2014, p. 13 y ss.; v. también referencias y bibliografía en YANES, P., “La votación separada por asuntos”, RDM 299 (2016), pp. 37-38.

condición que debe servir para cumplir el objetivo de que aquél sea completo y claro, pero en cuya elaboración los administradores y quienes contribuyen a la redacción completa del orden del día (en especial, los socios minoritarios) gozan de una relativa libertad, dicha separación es obligatoria en la votación de acuerdos que se refieren a asuntos sustancialmente independientes.

A partir de esa evidencia, es correcto sostener que el respeto de lo que ordena la LSC en materia de votación de acuerdos no exige hacer lo propio con la redacción del orden del día⁵, de manera que los términos de este no pueden ser criticados sobre la base del artículo 197 bis LSC. Una enunciación conjunta de asuntos en el orden del día puede vulnerar el principio de claridad, pero no permite alegar el incumplimiento del artículo 197 bis LSC. La observancia de éste puede ser tardía, si por tal entendemos la que se produce con independencia de la literalidad del orden del día y una vez llegado el momento de la votación en la junta general. A su vez, una enunciación separada de asuntos en el orden del día no determina, necesariamente, que deba producirse una votación separada de los correspondientes acuerdos.

Ahora bien, esa diferencia y autonomía en el trato normativo no impide subrayar la conexión funcional entre la separación de asuntos en uno y otro momento: al convocar la junta y al votar durante su celebración. Una conexión que se canaliza a través de la íntima relación que siempre existe entre los derechos de información y de voto. La tendencia general del Derecho de sociedades así lo acredita, por medio de una sucesión de normas que precisan y extienden la información societaria vinculada con la junta general (basta con remitir a las “*disposiciones generales*” que dentro de la LSC se insertan en el funcionamiento de la junta de las sociedades cotizadas: artículos 514 a 521 LSC).

La disciplina de la junta general presenta como tendencia destacada la ampliación de los deberes informativos de la sociedad frente a sus socios. En esa línea, puede defenderse que se facilita el ejercicio del derecho de voto cuando el contenido esencial o sustancial de los potenciales acuerdos resulta de la simple lectura del orden del día, al margen de cuál sea luego el detalle literal de cada uno de ellos. En ese momento inicial o previo ya podrá el accionista, a partir del orden del día y de los asuntos que allí se enuncian, prever y evaluar los acuerdos a adoptar y, con ello, si entre dos o

⁵ DÍAZ MORENO, A., “Artículo 197 bis. Votación separada por asuntos”, en AA.VV., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo* (coord. J. Juste Mencía), Cizur Menor, 2015, p. 120.

más asuntos existe una conexión o independencia que debe ser tomada en cuenta en el momento de la votación. Por el contrario, el socio estará en peor disposición para ponderar si la votación conjunta de asuntos es válida o no, y si procede que reaccione contra ella en el momento en que se plantee, cuando los términos sintéticos en que se menciona un asunto en el orden del día impiden saber si su deliberación se traducirá en uno o más acuerdos y cuál será el contenido de ellos.

El casuismo de las materias que son competencia de la junta y de las situaciones imaginables en torno a la relación entre orden del día y separación obligan a ser prudente en la relación expuesta entre la convocatoria de la junta y la votación y la votación de los acuerdos de ésta. No caben afirmaciones absolutas sobre las bondades de la separación de asuntos en la primera (más bien, en el orden del día que incorpora) cara a la necesaria votación separada, pero sí atisbar que la enunciación separada de asuntos autónomos es un primer paso a favor de su independiente votación⁶.

II. LA CONVENIENTE SEPARACIÓN DE ASUNTOS EN EL ORDEN DEL DÍA

A) *El orden del día, claro y completo*

El artículo 174 LSC⁷ determina el “*contenido de la convocatoria*”. Lo hace a partir de un contenido mínimo que incluye el orden del día que es, como la propia disposición se encarga de indicar, el lugar en donde figurarán los asuntos a tratar⁸.

En el régimen de la junta general es unánime el reconocimiento de la especial importancia que tiene el orden del día, sobre todo por la función de información a los accionistas que debe cumplir⁹. Función que hace que,

⁶ Conforme con YANES, P., “La votación separada por asuntos”, RDM 299 (2016), p. 41: “... claridad no equivale a separación, por más que la una pueda normalmente posibilitar la otra”.

⁷ El artículo 174 LSC se redactó de conformidad con el artículo 1.9 de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CEE de 11 de julio sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

⁸ El lejano artículo 53 de la LSA de 1951 decía del anuncio de convocatoria de la junta general ordinaria que era donde debían expresarse “*todos los asuntos que han de tratarse*”, palabras que se referían “*a lo que en la técnica de las asambleas deliberantes y en la propia ley (arts. 64, 65 y 80) se denomina orden del día*”: GARRIGUES, J./URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades anónimas*³, vol. I, Madrid (1976), p. 612.

⁹ Por todos, v. FARRANDO MIGUEL, I., “Reformas en materia de convocatoria de la junta general”, en AA.VV., *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, (dirs. F. Rodríguez

al margen de la referencia general contenida en el artículo 174 LSC, sean múltiples los lugares en donde la Ley se encarga de hacer que la inclusión en el orden del día de determinados asuntos vaya acompañada de una concreta información que permita a los accionistas conocer el alcance del asunto y de los eventuales acuerdos a adoptar. El orden del día tiene la finalidad de poner en conocimiento de los accionistas desde el primer momento las materias o temas sobre los que ha de tratar la reunión, lo que en si mismo ya conduce a presumir que el orden del día debe ser siempre, conforme a repetida jurisprudencia, claro y completo¹⁰. Esta segunda característica está relacionada con la competencia de la junta, que sólo puede tratar los asuntos que, estándole legalmente encomendados, por regla general sólo podrá abordar si se incluyen en el orden del día de la correspondiente reunión. La claridad apunta a la protección de los accionistas y no tiene tanto que ver con la extensión del orden del día, como con el hecho de que su simple lectura permita al accionista una suficiente y adecuada composición del asunto a tratar. Este objetivo actúa como presupuesto del oportuno y correcto ejercicio del derecho de información, que tiene en la mención de los asuntos en el orden del día un límite principal¹¹.

Es posible que un orden del día resulte irreprochable a pesar de una sucinta o sintética referencia a los asuntos a tratar, salvo en aquellas materias en las que, como se apuntó antes, la convocatoria y, dentro de ella, el orden del día, deben satisfacer las exigencias legales consistentes en una concreta mención. Más allá de ese contenido necesario, el carácter completo del orden del día apunta a necesidades de organización de la propia junta, así como a la efectividad de los derechos de los accionistas. El propio término analizado, o el de "agenda" que se utiliza en otras normativas, apuntan a la necesidad de ordenar el desarrollo de la junta a partir de una relación de temas o asuntos.

La junta general se reúne para tratar, como acabamos de resaltar, sobre asuntos de su competencia y sus acuerdos dependerán de la mayoría (legal o estatutaria) suficiente de votos que emitan los accionistas presentes o

Artigas y otros), Cizur Menor, 2012, p. 137 y ss. con una minuciosa recopilación jurisprudencial y de resoluciones de la DGRN.

¹⁰ Al respecto, con amplias referencias, v. URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS, "La junta general de accionistas", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. V, Madrid 1992, p. 88 y ss. y SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Cizur Menor 2007, p. 117 y ss.

¹¹ Con amplia referencia jurisprudencial, v. RECALDE CASTELLS, A., "Artículo 197. Derecho de información en la sociedad anónima", en AA.VV., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, cit., pp. 100-101.

representados en relación con el acuerdo respectivo. Son reglas simples pero que han permitido establecer, de un lado, que la junta no puede tratar asuntos que no son de su competencia, siendo irrelevante que aparezcan en el orden del día. De otro, en lo que cobra mayor importancia para el objeto de estas páginas, que la junta no puede tratar y, por lo tanto, los accionistas no pueden verse obligados a decidir sobre aquellos asuntos que, siendo de la competencia de la junta, no aparecen en el orden del día de la reunión, con la excepción de los supuestos concretos en donde la Ley permite la adopción de acuerdos referidos a asuntos que no consten en el orden del día (por ejemplo, el cese de los administradores y la acción social; artículos 223.1 y 238.1 LSC).

La condición del orden del día como relación completa de asuntos es garantía de la buena información para los accionistas, si bien admite graduaciones, sin que sea cuestionable que un mayor desarrollo de las referencias a cada uno de los asuntos a tratar facilita una mejor información. Así, la referencia a "*cese de consejeros*" puede ser una mención válida, pero no es cuestionable que para la información de los accionistas resultará mucho más precisa la mención en el orden del día del "*cese del consejero A y la consejera B*". El primer supuesto no permite saber el contenido concreto del futuro acuerdo, mientras que el segundo indica de forma inequívoca cuál será el alcance de los acuerdos que se propondrán.

Reclama una breve mención la influencia que sobre la condición completa del orden del día puede adquirir la generalización del uso de la página web por un creciente número de sociedades anónimas. Como es sabido, la citada página corporativa es obligatoria para las sociedades cotizadas y voluntaria para el resto de sociedades anónimas (art. 11 bis.1 LSC)¹². Los datos disponibles revelan que la inscripción de nuevas páginas web por parte de sociedades anónimas resulta poco significativa¹³.

Sin perjuicio de esa escasa importancia estadística, la convocatoria de la junta a través de la página web aparece como una opción general (art. 173.1 LSC). Una opción que obliga a replantearse algunas de los principios y consideraciones habituales sobre el régimen de la convocatoria. Porque gran parte de la doctrina jurisprudencial y científica se basan en el sistema tradicional y mayoritario de la convocatoria por medio de anuncios en el Boletín Oficial del Registro

¹² V. Res. DGRN de 10 de octubre de 2012.

¹³ Conforme a la Estadística Mercantil 2018 elaborada por el Colegio de Registradores, p. 35, entre 2016 y 2018 el número total de webs inscritas por sociedades anónimas fue de 18 (sobre un total de 130).

Mercantil y en diarios, mientras que la página web como instrumento de publicación y de comunicación con los accionistas conduce a un reforzamiento considerable del derecho de información de los accionistas y permite, en el particular de la formulación del orden del día, un marco más amplio que el que ofrecen los anuncios tradicionales.

Por lo que se refiere al significado de la claridad del orden del día, es una exigencia que se ha visto concretada en infinidad de ocasiones tanto por la doctrina jurisprudencial, como por distintos pronunciamientos de la Dirección General de los Registros del Notariado (DGRN), que comparten el objetivo de que la simple lectura de los distintos asuntos facilite a todo accionista conocer, sin duda, cuáles serán las materias o los temas por decidir y, en relación con ellos, cómo ejercer sus derechos (de asistencia, información, voto, etc.)¹⁴.

Procede añadir que ambas características reclamadas del orden del día a veces se satisfacen de manera conjunta. Tal sucede, normalmente, cuando la claridad del orden del día se anuda a una particular formulación cuya literalidad expresa con cierta minuciosidad el contenido del acuerdo o acuerdos a adoptar al respecto (v. lo dicho posteriormente sobre el régimen de las convocatorias en la modificación de los estatutos).

Finalmente, como ilustración de la ya apuntada regulación pionera de las sociedades cotizada en esta materia procede recordar el artículo 519 LSC, que ante una junta general ordinaria combina el orden del día y la adopción de acuerdos como elementos de los derechos reconocidos a todo accionista. La propia rúbrica del precepto expresa esa vinculación, si bien es su apartado 1 el que señala que la solicitud de inclusión de uno o más asuntos del orden del día puede verse acompañada de la propuesta justificativa de los acuerdos adoptados.

B) A favor de la separación de los asuntos

La junta general adopta acuerdos pero, resulta obvio, son los accionistas quienes, reunidos en junta general, deciden por mayoría los asuntos de la competencia de ese órgano social (art. 159.1 LSC). En consecuencia, son los accionistas los destinatarios y beneficiarios de ese régimen normativo que trata de garantizar que sepan en cada momento lo que se va a tratar y el contenido del acuerdo que proponen los administradores u otros legitimados para hacerlo. Para ello, el principio de la claridad del orden del

¹⁴ V. FARRANDO, I., "Reformas", *cit.*, p. 145 y ss.

día o el aplicable a los acuerdos ha ido avanzando con la finalidad de una especial claridad en la información y formalización societaria.

El orden del día se interpreta como un hito informativo para la correcta celebración de la junta general¹⁵. Se trata, como luego se precisará, de que los accionistas sepan sobre qué discutir y, en su caso, decidir. Pero también determina la correcta formulación del orden del día el buen funcionamiento de la junta general y que se eviten incidentes extrajudiciales o impugnaciones judiciales de la propia junta y de los potenciales acuerdos.

La conexión del orden del día con los derechos principales de todo socio aparece desde un primer momento. La mención de los asuntos afecta a la información y al voto. La separación en la información es el presupuesto de la separación en la votación. Cuando la primera se produce, se facilita la segunda. Sin la primera, es posible que la confusión alcance a los acuerdos de la junta, en el sentido de que el voto surta efectos que no fueron los deseados por el socio que lo emite. El ordenamiento reacciona ante este riesgo cuando reclama la votación separada, pero lo hace, y así interesa destacarlo en estos apartados iniciales, imponiendo esa forma de votación de determinados asuntos “*aunque figuren en el mismo punto del orden del día*” (art. 197 bis.2 LSC), con lo que se hace evidente esa relación entre información y decisión que subyace en la formulación de cualquier orden del día.

La adecuada información no cumple el objetivo de la transparencia por el hecho de ser abundante, sino por ser oportuna y adecuada para que los accionistas puedan emitir su voto con plena conciencia de la relevancia del asunto y del alcance y efectos del acuerdo que se propone. Ese propósito se ve incentivado, sin duda, a través de la separación de los asuntos en el orden del día y en las votaciones correspondientes. La tendencia a la separación que refleja la evolución legislativa es constante a favor de la exigencia de claridad a través del detalle e, incluso, de la literalidad en la propuesta de asuntos y acuerdos. Un detalle es claro porque persigue, a través de la separación de las materias a debatir o decidir, de su relación circunstanciada o de la indicación pormenorizada de las partes que integran el asunto –entre otras acepciones que nos ofrece el diccionario–, descartar toda duda sobre el concreto contenido del acuerdo a adoptar. Como se ha indicado, el orden del día debe ser “*detallado y clarificador sobre la cuestión a analizar, es decir, que las indicaciones sean lo suficientemente concretas, expresivas y plenamente inteligibles*”¹⁶.

¹⁵ Por todos, GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pp. 288-289.

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (S. 5ª) de 18 de mayo de 2018.

La separación de asuntos en el orden del día se justifica como reacción ante prácticas que abonan deliberadamente la confusión inherente a la falta de precisión que resulta de la simple enunciación de un asunto que, siendo complejo en su contenido y efectos, se presenta en términos indebidamente sucintos. Con ello se puede habilitar a la junta general para tratar de ese asunto, pero los accionistas no conocerán, ni siquiera en términos genéricos, el contenido de las deliberaciones y acuerdos futuros al amparo de esa cuestión.

La brevedad en la formulación de un asunto en el orden del día puede ser cuestionada cuando omite la referencia inevitable a determinados aspectos que la junta debe traducir en acuerdos obligatorios o convenientes. Es admisible la síntesis enunciativa del orden del día cuando la convocatoria, en conjunto, permite a los accionistas un conocimiento adecuado de los acuerdos propuestos o que se propondrán. Un ejemplo de esa situación lo ofrece la modificación estatutaria. En ésta, además de la *“debidamente claridad (de) los extremos que hayan de modificarse”*¹⁷, los accionistas dispondrán de la posibilidad de recibir y examinar *“el texto íntegro”* de los futuros acuerdos (art. 287 LSC) y del informe justificativo de cada una de las modificaciones (art. 286 LSC). De esta forma, la información de los accionistas va más allá del orden del día y empuja a una valoración conjunta y sistemática del conjunto de elementos de la convocatoria (los que lo integran y los que la complementan). La claridad del orden del día no se agota en su utilidad imprescindible para el ejercicio del derecho de voto, sino que también opera como presupuesto necesario del derecho de impugnación¹⁸. En esa perspectiva, la parquedad de la mención de un asunto en el orden del día debe ponderarse con el detalle que ofrecen los documentos elaborados y disponibles a partir de la convocatoria y referidos a ese mismo asunto. Sin embargo, ese efecto de compensación informativa nace de la ley, por lo que es previsible que no llegue a producirse esa relación con asuntos en los que el régimen normativo de la convocatoria e información no es tan riguroso.

¹⁷ La Sentencia de 23 de septiembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid (S. 28ª) indica que *“la exigencia de claridad en el orden del día de la junta no supone que deban especificarse de forma exhaustiva los términos en que se propone la modificación estatutaria”*.

¹⁸ La debida claridad del orden del día que reclama el artículo 287 LSC se ha señalado por la ya citada Res. DGRN de 24 de enero de 2018 que tiene por objeto *“también el control por los accionistas de la legalidad de los acuerdos que no se adopten y la impugnación de aquellos que no se corresponden con el orden del del día de la convocatoria, derechos ambos de difícil ejercicio en caso de convocatorias ambiguas o determinadas”*, citando antecedentes jurisprudenciales y registrales.

Finalmente, merece un breve apunte el criterio de valoración de la claridad de orden del día que atiende a las características particulares de quien denuncia su irregularidad. En concreto, el valor informativo que la convocatoria puede tener para el accionista debe tomar en cuenta el eventual conocimiento que de su elaboración y determinación pudo adquirir a partir de su participación en la administración de la sociedad¹⁹.

C) Orden del día y representación

El conocimiento del orden del día es un presupuesto esencial para el ejercicio del derecho a la información de todo accionista, ya sea en los momentos previos a la junta general de una sociedad limitada o anónima (artículos 196.1 y 197.1 LSC) o durante la celebración de la propia junta (artículo 197.2 LSC). Pero el orden del día está llamado igualmente a permitir el ejercicio de otros derechos esenciales del accionista, como el que conlleva la posibilidad de participar en la junta a través de un representante. En la solicitud pública deberá incluirse o acompañarse el orden del día y, a partir de su contenido y de la relación de asuntos, se incorporará una solicitud de instrucciones o la indicación del sentido del voto a falta de éstas (artículo 186.1 LSC). Otro tanto sucederá con el ejercicio a distancia del derecho de voto, cuyo ejercicio reclama que el accionista conozca cuáles son los distintos asuntos o puntos incluidos en el orden del día (artículo 189.2 LSC).

D) Mención separada de asuntos a tratar y nulidad de la junta general

La referencia a “*los asuntos a tratar*” como contenido esencial del orden del día de la junta general es clásica en nuestro Derecho de sociedades²⁰, pero revela además una tendencia contraria a reclamar un mayor detalle. Quizás la posición normativa es prudente. La flexibilidad del orden del día pasa por una fórmula elástica y abierta en cuanto a su contenido. Esa flexibilidad resulta tanto de la variedad de sociedades de capital a las que se destina esa

¹⁹ v. Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria (S. 4^a) de 25 de febrero de 2016: “...no resulta posible estimar la invocación de falta de claridad en la convocatoria, suficientemente clara a los efectos pretendidos pero, sobre todo, conocida en detalle (y en detalle las modificaciones concretas que se proponían) por la parte demandante, con presencia en el Consejo de Administración y en la Comisión Ejecutiva, ya que dicha invocación, por este concreto accionista, es puramente formal y desde esa perspectiva, la de invocación por accionista sobradamente conocedor e informado del detalle de las modificaciones propuestas, fue correctamente rechazada por el juez a quo”.

²⁰ La fórmula da continuidad a similares expresiones que –además de la ya apuntada cita de la LSA de 1951– aparecían en el artículo 46 de la Ley 2/1995, de sociedades de responsabilidad limitada, y en el artículo 97 de la Ley de sociedades anónimas, aprobada por Real Decreto-legislativo 1594/1989.

previsión²¹, como a la no menor diversidad de los asuntos objeto de mención, susceptibles de traducirse en acuerdos o no (como sucede cuando la junta debate cuestiones puramente informativas). De manera que es proporcionada la simple demanda de que el orden del día sea, con carácter general, una sencilla y ordenada enunciación de asuntos y que, por la complejidad o relevancia de otros, su específica regulación dispensa de la mención o reclama que ésta se haga en determinados términos. La separación de un determinado asunto a través de sucesivos puntos o apartados dentro del orden del día con respecto a acuerdos que se pueden entender vinculados no cuenta con una expresa exigencia legal.

Sin perjuicio de lo dicho, la separación de los asuntos en el orden del día dista de proponer un mero problema formal o ritual. Apunta a una cuestión de estricta legalidad, como se advierte al plantear hasta qué punto la confusión inherente a una insuficiente separación de asuntos en el orden del día afecta a la claridad que pretende el sistema normativo y, con ello, abona la acción de nulidad²². Lo hará allí donde esa falta de separación pueda ser vista como un obstáculo para que el orden del día exprese los asuntos a tratar (y los eventuales acuerdos a adoptar) con la debida claridad.

III. LA VOTACIÓN SEPARADA POR ASUNTOS

A) *La finalidad del precepto y sus antecedentes*

El título de este apartado reproduce la rúbrica del artículo 197 bis LSC que enuncia un deber de la sociedad. Se trata de una disposición moderna, en cuya gestación afloró de manera notoria la particular intención del legislador y cuyas prescripciones principales ofrecen un particular interés, lo que se ha reflejado en el análisis doctrinal de aquella²³. Con relación a la primera, anticipemos que son varios los antecedentes que reflejan que con esa medida se venía persiguiendo un mejor gobierno corporativo o, si se

²¹ Procede recordar que el artículo 174 LSC refleja, junto con otras disposiciones referidas a la convocatoria, la orientación de la Ley 25/2011 favorable a “la eliminación de diferencias de régimen entre las sociedades anónimas y las limitadas” y a “la unificación del contenido de determinadas disposiciones” (v. su exposición de motivos III).

²² SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO, J., *Instituciones de Derecho mercantil* ³⁷, vol. I, Cizur Menor, 2015, p. 494.

²³ v. el amplio estudio –ya citado anteriormente– de YANES, P., “La votación separada por asuntos”, RDM 299 (2016), pp. 33-80; la contribución, también citada, de DÍAZ MORENO, A., “Artículo 197 bis. Votación separada por asuntos”, cit., p. 115 y ss. y PEÑAS-MOYANO, B., “La votación separada por asuntos: algunas cuestiones en relación con el artículo 197 bis del TRLSC”, en AA.VV. *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber Amicorum Rodríguez Artigas/Esteban Velasco*, coord. J. JUSTE/C. ESPÍN), Cizur Menor, 2017, p. 653 y ss.

prefiere, que los órganos sociales funcionaran de mejor manera a como venían reflejando determinadas experiencias empresariales.

Un significativo antecedente en materia de votación separada de asuntos aparecía en la Recomendación 5²⁴ del Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2006, que contaba con una amplia explicación. Allí se señalaba la relevancia que tenía esa separación para hacer frente a la que llamaba “*distorsión asociada a la agrupación de decisiones*”, de manera que el ejercicio adecuado del derecho de voto se tradujera en que “*los accionistas puedan matizar el ejercicio de su derecho y pronunciarse separadamente sobre cada propuesta*”²⁵.

Esa previsión –al igual que otros trabajos prelegislativos²⁶– fueron tenidos en particular consideración por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno corporativo cuyo Informe²⁷ proponía extender la votación separada de asuntos a todas las sociedades de capital y hacerlo a través de una norma legal cuyos términos propuestos²⁸ coincidían en lo sustancial con la redacción del vigente artículo 197 bis LSC, que fue añadido por medio de la posterior Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo. Apuntemos que la modificación normativa a través de esa adición respondía al criterio tendente a hacer frente a una práctica societaria en la que gozaba de relativa y criticable habitualidad la votación conjunta de propuestas de acuerdos en el nombramiento, reelección o cese de administradores y en la modificación estatutaria.

En lo tocante a la segunda observación, la aportación doctrinal nos sirve para comprobar que la aparente simplicidad de lo que la norma ordena se

²⁴ “5. Que en la Junta General se voten separadamente aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes, a fin de que los accionistas puedan ejercer de forma separada sus preferencias de voto. Y que dicha regla se aplique, en particular: a. Al nombramiento o ratificación de consejeros, que deberán votarse de forma individual; b. En el caso de modificaciones de Estatutos, a cada artículo o grupo de artículo que sean sustancialmente independientes”.

²⁵ Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, pp. 15-16.

²⁶ Como recuerda ZUBIRI DE SALINAS, M., “La junta general de las sociedades capitalistas tras la modificación de la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre: convocatoria, celebración y adopción de acuerdos”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, 4 (2015), p. 29 y ss., la votación separada también se contemplaba en el artículo 231-65 de la Propuesta de Código mercantil.

²⁷ *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*, Madrid, 14 de octubre de 2013, pp. 19-20.

²⁸ “Artículo 201 bis. Votación separada por asuntos: En la junta general deberán votarse separadamente aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes y en especial: a) El nombramiento, ratificación, reelección o separación de cada administrador. b) En la modificación de estatutos, la de cada artículo o grupo de artículos que no sean interdependientes”.

proyecta sobre un escenario no tan sencillo, en el que no son escasas ni livianas las dudas que sobre la necesidad de una votación separada siguen teniendo fundamento.

B) La naturaleza del artículo 197 bis LSC y la autonomía estatutaria

La literalidad del artículo 197 bis.1 LSC expresa con rotundidad que la formulación de la regla general -la votación separada de asuntos sustancialmente independientes- nos sitúa ante una norma imperativa²⁹: *deberá* votarse de esa manera siempre que así lo reclamen los asuntos tratados en la junta. Imperatividad que remacha el apartado 2 cuando pasa a enunciar distintos y concretos asuntos que *“en todo caso ... deberán votarse de forma separada”*. Calificación que conduce a concretas consecuencias para su contravención (art. 7.3 CC y art. 204.1 LSC).

Reclama una especial reflexión el papel que los estatutos juegan en esta materia, partiendo del apartado que indica que será necesaria la votación separada *“en los (asuntos) que así se disponga en los estatutos de la sociedad”* [art. 197 bis.2, c) LSC]. El reconocimiento de la autonomía estatutaria a la hora de mencionar expresamente en determinados artículos estatutarios los asuntos en los que procede la votación separada no permite alterar ni el mandato general que se formula en el apartado 1 del precepto, ni el expreso requerimiento de votación separada en los acuerdos sobre los administradores o sobre modificaciones estatutarias que acogen las reglas especiales del apartado 2. La aportación estatutaria puede desarrollarse a partir de la imperativa e inderogable delimitación que la Ley hace de los asuntos que llevan aparejada que su decisión se traduzca en una votación separada.

Sentada esa premisa, los estatutos quedan legitimados para enunciar otros asuntos adicionales en los que, cualquiera que sea la manera en la que se mencionan en el orden del día correspondiente a cada junta general, procede su votación separada a través de dos o más acuerdos. Los estatutos pueden complementar la enunciación legal de los asuntos sometidos a esa regla de votación y, si así lo hacen, la única consecuencia posible será que *“en todo caso”* y en cada ocasión que en la junta se aborden esos otros asuntos deba recurrirse a la votación separada. No pueden los estatutos llevar a cabo una derogación del principio y regla general que motivan el artículo 197 bis LSC, esto es, que se recurra a votar de forma conjunta asuntos sustancialmente independientes. La naturaleza imperativa del precepto

²⁹ Conforme con PEÑAS-MOYANO, B., *“La votación separada”*, p. 662.

legal estudiado limita la aportación estatutaria a su desarrollo o complemento, nunca a su derogación o limitación.

C) *La regla principal*

Tal y como expuse en un análisis inicial de la propuesta que dio lugar al vigente artículo 197 bis LSC³⁰, la disciplina normativa se ha traducido en una primera regla general que es la que reclama la votación separada de “*aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes*”. La interpretación de dicha regla apunta al contenido de dos o más asuntos que reclama que sean decididos con separación. Ahora bien, lo que debe determinarse es si el respectivo contenido de los asuntos sobre los que la junta general debe adoptar acuerdos son independientes “*sustancialmente*”. Apunta el legislador al núcleo de cada uno de los acuerdos, de forma que allí donde el pronunciamiento de la junta se refiera a cuestiones esencialmente distintas, quede descartada una votación conjunta.

Se ha señalado que, en alguna medida, la exigencia expresa de la votación separada de asuntos sustancialmente independientes constituye una norma redundante, pues tal resultado pudiera alcanzarse a partir de una correcta aplicación de principios y normas aplicables a la junta general³¹. Sin embargo, la solución que se ha traducido en el vigente artículo 197 bis LSC cabe calificarla como oportuna y conveniente a partir de dos consideraciones. La primera es que la señalada redundancia puede compartirse a partir de algunos de los fundamentos que se citan, pero su claridad se difumina si pensamos que no faltarán en el mismo ordenamiento otras disposiciones que serán mencionadas para descartar la procedencia de la votación separada. La segunda consideración tiene mayor relevancia y parte de los antecedentes de la norma actual. Antecedentes de hecho en forma de una repetida y criticable práctica de votación conjunta como táctica para una inadecuada adopción de acuerdos sociales y antecedentes “*jurídicos*” plasmados en normas de buen gobierno que, precisamente, denunciaban esa práctica corporativa y “*recomendaban*” la votación separada.

Los accionistas deben valorar y decidir de manera independiente cuestiones que por esa respectiva sustancia resultan distintas. Esta distinción no radica simplemente en la propia naturaleza del asunto, sino en la disparidad del contenido y efectos de lo que la junta acuerda con respecto a cada uno de

³⁰ V. SÁNCHEZ-CALERO, J., DT Departamento de Derecho mercantil 2014/87, junio 2014, p. 13.

³¹ PEÑAS-MOYANO, B., “La votación separada”, pp. 654-655.

esos asuntos. La propia norma nos da una pista cuando pone como ejemplos de necesaria votación separada a ciertos asuntos que admiten una formulación genérica: por ejemplo, cese de consejeros o modificación de estatutos. Cualquier acuerdo que en relación con ello se adopte presentará una nota común consistente bien en la referencia al órgano de administración o bien a la que apunta al cambio de uno o varios artículos de los mismos estatutos. Ahora bien, esa enunciación genérica supone una presentación inadecuada -incluso ilícita- toda vez que pretende que se adopten bajo esa cobertura imprecisa asuntos radicalmente distintos.

La conexión material u objetiva de un asunto a tratar por la junta no descarta que proceda la votación separada por los distintos sujetos afectados o por el diverso contenido concreto que pueden presentar los varios acuerdos a adoptar bajo esa común enunciación del asunto

D) La votación de acuerdos relativos a los consejeros

La primera de las reglas especiales que incorpora el artículo 197 bis.2 apunta a los administradores. La especialidad radica no ya en el contenido de la necesidad de votación separada que enuncia la regla general del apartado 1, sino en la delimitación subjetiva del supuesto. El nombramiento, la ratificación, la reelección o la separación de *cada* administrador tiene que ser objeto de una votación separada. Esto cobra sentido cuando cualquiera de tales pronunciamientos dentro de una misma junta general vaya a afectar a dos o más administradores. Dicho con más claridad, ejemplos típicos e ilustrativos que contempla el legislador son el nombramiento o la reelección de dos o más consejeros que coincidieron en su propia designación por cooptación o en la elección para un anterior mandato que provoca que sea también coincidente su eventual reelección.

Quizás fuera la insatisfacción motivada por la práctica societaria en esta concreta materia la razón principal para que terminara imponiéndose la votación separada. La exigencia de votación separada en esta regla especial refleja un conocimiento de la práctica consistente en incluir en un mismo punto del orden del día asuntos que deben votarse por separado. El artículo 197 bis.2 LSC descarta así el eventual uso del orden del día como argumento a favor de votaciones conjuntas e improcedentes que resultaban, cuando menos, equívocas a la hora de reflejar la formación de la voluntad social con relación a cada uno de esos acuerdos. Resultaba ciertamente equívoca una votación conjunta de dos o más administradores por cuanto no permitía, para empezar, deslindar adecuadamente el respaldo del capital social que apoyaba a cada uno de ellos.

Posteriormente, la asunción de las distintas funciones y responsabilidad que dentro de la administración podía asumir cada uno de los consejeros abundaba en la conveniencia de una votación separada. Lo que parecía conveniente terminó ganando carta de naturaleza y convirtiéndose en norma obligatoria y característica de las sociedades cotizadas, en las que determinados acuerdos que afectan a los consejeros tienen que ser separados, además, porque se ven precedidos por informes individuales del propio consejo con respecto a cada uno de los candidatos propuestos para ser nombrado o reelegido y, en el caso de los consejeros no independientes, de otro informe de la propia comisión de nombramientos y retribuciones (art. 529 decies LSC). La votación separada es la consecuencia de propuestas e información igualmente separadas con respecto a cada consejero.

A dichas razones que explican la votación separada se añade la necesidad de que el acuerdo demande, como condición para su inscripción en el Registro Mercantil una expresa mención de la categoría asignada a cada uno de los consejeros (art. 529 duodecies.6 LSC).

E) La votación de modificaciones estatutarias

La práctica societaria también había reflejado una conducta incorrecta cuando a partir de una enunciación genérica en el orden del día, se pretendía reconducir a una única y común votación las modificaciones de preceptos estatutarios de muy variable importancia. De manera que modificaciones estatutarias esenciales para los derechos de los accionistas o para el gobierno de la sociedad se votaban juntamente con modificaciones de trámite o de escasa relevancia.

En el caso de las modificaciones estatutarias la votación separada se ve influida por las disposiciones de la propia LSC en relación con la información a los accionistas en este asunto. Disposiciones que, además de reiterar de forma expresa la demanda de “*la debida claridad*” del orden del día en cuanto a los extremos a modificar³² (art. 287 LSC), refuerzan la información destinada a los accionistas (art. 286 LSC). Cualquiera que sea la exposición que del asunto se haga en el orden del día (v. lo ya apuntado antes sobre la introducción del art. 197 bis.2 LSC), es preciso tener en cuenta que los administradores o, en su caso, los accionistas que propusieran la modificación, vienen obligados a redactar el texto íntegro de cualquier modificación que vaya a decidirse en la junta general, así como deberán elaborar el informe escrito que justifica la modificación con respecto a cada uno de los preceptos afectados. A lo anterior se suma el derecho que todo

³² V. la STS de 16 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7628).

accionista tiene de recibir a partir de la convocatoria las propuestas literales y los informes justificativos.

El artículo 197 bis.2, b) LSC reclama que ante la modificación estatutaria se concrete la votación con respecto a *“cada artículo o grupo de artículos que tengan autonomía propia”*. Tiene en cuenta el precepto el casuismo de las modificaciones imaginables y el variadísimo alcance que puede presentar la modificación estatutaria. La votación separada se plantea, en primer lugar, a partir de una modificación que alcanza a varias disposiciones estatutarias dentro de un mismo artículo o que, afecta a varios artículos o a distintas partes de los estatutos (capítulos, títulos o demás posibles separaciones). En segundo término, lo que reclama la votación separada es que entre los varios preceptos estatutarios afectados por la modificación propuesta se observe una *“autonomía propia”* que se traslade a la votación. Es esa característica la clave en la interpretación del precepto legal señalado. Existirá tal autonomía cuando, en la propuesta de modificación, uno o más artículos contienen una regulación independiente del contenido de otros artículos o grupos de artículos incluidos en la misma propuesta. No podrá afirmarse la autonomía cuando la modificación de uno o más artículos no pueda analizarse y votarse sin tener en cuenta lo que dispongan otros artículos incluidos en la propuesta de modificación. La autonomía se refiere al contenido de cada una de las disposiciones susceptibles de modificarse y a la relación entre ellas. No cabe afirmar ni rechazar tal circunstancia a partir de aspectos meramente formales, como los que resultan de la sistemática u ordenación de los estatutos

Puede suceder que la totalidad de los artículos sometidos a la junta respondan a una misma finalidad que permite considerar que son disposiciones dependientes: por ejemplo, los cambios referidos al órgano de administración (se sustituye el consejo por un administrador único). Otras veces, la común intención no dispensa de la votación separada, puesto que los efectos de los cambios son distintos sobre aspectos relevantes de la organización societaria. El correspondiente ejemplo sería el paso de acciones al portador a nominativas que responde a la voluntad de introducir limitaciones a la libre transmisibilidad (cfr. art. 123.1 LSC). No son autónomos los artículos que se limitan a sustituir la referencia a acciones al portador por acciones nominativas (incluida la mención a su representación). Sí lo es con relación a esos artículos el precepto de los estatutos que introduce cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad y que determina la restricción y el procedimiento a seguir.

La autonomía entre artículos estatutarios cuya modificación se propone, puede reflejarse en el doble plano de la convocatoria de la junta y de la

votación de acuerdos. Parece razonable interpretar que la señalada autonomía conduzca a la preparación de la junta general de manera que cara a la convocatoria “debería efectuarse un informe concreto de cada uno de ellos (los artículos) o de grupo, implicando la necesidad de efectuar una justificación individualizada de la propuesta que se efectúa”³³. Ese proceder de los administradores o de los otros responsables de la modificación propuesta apunta de forma determinante a la correspondiente votación separada en coherencia con los distintos informes justificativos de la modificación propuesta.

F) Algunos asuntos susceptibles de votación separada

Junto a aquellos asuntos que se citan expresamente en las letras a) y b) del artículo 197 bis.2 LSC, cabe mencionar otros en los que la votación separada parece ineludible. A esa enunciación se puede llegar por una doble vía. La primera es la que resulta de la regla general: si a la junta general llegan asuntos sustancialmente independientes, su votación deberá traducirse en una votación separada. La segunda vía es la regla especial que permite a los estatutos disponer la votación separada para determinados asuntos. Solución estatutaria que, normalmente, atenderá a la sustancia independiente de dos o más asuntos para prever la votación separada. Es posible que los estatutos vayan más allá de lo que ordena la Ley y reclamen la votación separada respecto de asuntos cuya sustancial independencia pueda ser cuestionada. El rigor estatutario pudiera explicarse por razones de transparencia, al entender que a pesar de que los asuntos presentan una conexión sustancial, su votación separada tiene mayor claridad frente a los socios y terceros.

1. Dispensa de la prohibición de actuar en conflicto con el interés social

Al margen de esa hipótesis estatutaria, cabe apuntar algunos asuntos específicos que aparecen claramente vinculados con la obligatoria votación separada a partir de su contenido. Son asuntos que afectan a los administradores, pero que exceden de la expresa relación que contiene el artículo 197 bis. 2, a) LSC. El primero es el acuerdo relativo a la dispensa de la prohibición de actuación de un administrador en situación de conflicto de interés (art. 230.2 LSC). Da igual que la dispensa se refiera a un negocio en el que participan dos o más administradores o varias operaciones que implican el protagonismo de un mismo administrador. La trascendencia del asunto lleva a considerar que la dispensa presenta en cada caso una *singularidad* objetiva o subjetiva y que, por ello, el pronunciamiento de la

³³ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 7 de junio de 2016.

junta general debe traducirse en acuerdos separados para cada administrador y operación.

2. Acción social de responsabilidad

El segundo asunto es el ejercicio de la acción social de responsabilidad por acuerdo de la junta general. Cuando el acuerdo implica entablar la acción contra dos o más administradores, la necesaria identificación de éstos y la enunciación de los hechos que motivan tal acción pueden justificar que se vote separadamente su aprobación contra cada uno de ellos³⁴. La votación separada vendrá motivada cuando el ejercicio de la acción social contra dos o más administradores presente un contenido sustancialmente independiente. Tal sucederá cuando los hechos lesivos que se atribuyen a un administrador difieran de los hechos que motivan la exigencia de responsabilidad de otro. Parece que la votación separada de la acción social es en tal caso imprescindible. Por el contrario, cuando el acuerdo se base en la atribución de unos mismos hechos a una pluralidad de administradores, el acuerdo podrá ser resultado de votación conjunta, siempre que en el mismo se identifiquen los administradores afectados, por ser esa mención un contenido mínimo del acuerdo³⁵. Recuérdese que es una acción que no sólo reclama una individualización de los administradores en su presentación, sino que sus consecuencias también alcanzan de manera individual a cada uno de los afectados por el ejercicio de la acción, que serán separados del cargo de forma inmediata a partir del acuerdo respectivo (art. 238.3 LSC).

3. Aplicación del resultado del ejercicio

La aprobación de las cuentas anuales y la aplicación de resultados son asuntos distintos, aunque se refieran a un mismo ejercicio y su eventual aprobación se encomiende a una misma junta³⁶. Son asuntos cuya independencia resulta de la propia norma (que los aborda separadamente en los artículos 272 y 273 LSC). Ello conduce necesariamente a la consiguiente separación en el orden del día y, en especial, a que uno y otro acuerdo de aprobación se voten de forma separada³⁷.

³⁴ Conforme con DIAZ MORENO, A., "Artículo 197 bis. Votación separada por asuntos", cit., p. 123.

³⁵ VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B. A., *El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, tesis doctoral, Madrid, 2012, pp. 219-223.

³⁶ SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO, *Instituciones*³⁷, vol. I, cit., p. 634.

³⁷ Dice la Sentencia de la Audiencia Provincial (S. 5ª) de Sevilla de 12 de septiembre de 2014: "Una cosa es aprobar las cuentas del ejercicio anterior y otra distinta resolver sobre la aplicación del resultado de acuerdo con el balance aprobado. Es preciso, como decimos, que la

4. Reducción de capital

En la reducción de capital por pérdidas juega un papel determinante el balance que debe servir de base a la operación de reducción, conforme prevé el artículo 223.1 LSC. Su importancia se ve reforzada por el hecho de que dicho balance deberá incorporarse, junto con el informe de auditoría, a la escritura pública de reducción. El balance deberá estar aprobado por la junta general y es en torno a esa exigencia como se ha suscitado en algún caso el tratamiento separado que el balance merece en el orden del día y en la propia votación.

Dado que el artículo 323 LSC establece que el balance que fundamenta la reducción de capital debe referirse a una fecha comprendida en los seis meses anteriores a la adopción del acuerdo de reducción, cabe plantear como tratar en el orden del día y en la votación dicho balance, teniendo en cuenta que puede ser el que integra las cuentas anuales del ejercicio precedente o un balance intermedio elaborado específicamente para la reducción del capital social.

En el caso analizado por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián de 17 de noviembre de 2016 se rechazó que resultara necesario, como pretendía la parte demandante, que la aprobación del balance apareciera como un punto específico del orden del día y fuera votada de forma separada. El Juzgado tuvo en cuenta que siendo el balance el relativo al cierre del ejercicio precedente y siendo válido como base de la reducción, no podía pretenderse que la votación del balance, que forma parte de las cuentas anuales y que dentro de éstas es objeto de un voto específico de aprobación o rechazo (artículos 254 y 272 LSC), fuera al mismo tiempo objeto de una votación separada³⁸.

G) *El papel del presidente en la votación de acuerdos*

La correcta votación de los acuerdos conforme al artículo 197 bis LSC es un objetivo que llama la atención sobre el responsable de hacerla posible. Una responsabilidad o competencia que apunta a una figura que está

aplicación del resultado sea uno de los contenidos del orden del día con carácter autónomo, que se debata con independencia de cualquier otro punto en la Junta General y que sea objeto de votación separada."

³⁸ Concluye la Sentencia mencionada: "Entendemos, por tanto, que la votación por separada y de forma independiente del balance que sirve de base a las cuentas no es posible en este caso; no sería así si se hubiera partido de otro balance diferente, un balance intermedio del ejercicio 2015, pero no fue así" (fundamento tercero).

despertando una creciente atención, como es la del presidente de la junta general³⁹. Salvo que los estatutos dispongan otra cosa, esa posición la ocupará el presidente del consejo de administración [art. 529 sexies.2, b) LSC para las sociedades cotizadas y art. 191 LSC con carácter general] y en las sociedades que carezcan de consejo, el designado por los socios concurrentes.

Con carácter general, bastará con recordar que el presidente tiene unas funciones que resultan de poderes propios de ese cargo y que se traducen en una potestad originaria que se proyecta, entre otros aspectos o momentos del desarrollo de la junta general, en la dirección de las votaciones⁴⁰. Al presidente compete valorar si con relación a uno o más asuntos del orden del día, lo que procede es una votación separada o conjunta⁴¹. Es el presidente el destinatario del mandato imperativo del artículo 197 bis LSC y quien tiene implícitamente atribuida por la norma la potestad de decidir la modalidad de la votación de uno o más acuerdos referidos a un mismo asunto⁴².

El supuesto normal es que el presidente de la junta habrá participado en la convocatoria de la junta general y, por lo tanto, tendrá un adecuado conocimiento sobre si un asunto citado en el orden del día permite la adopción de un único acuerdo o reclama la separada votación de varios. De forma que, llegada la junta general, ante asuntos sustancialmente independientes deberá el presidente proponer a la junta general la votación separada de los acuerdos que correspondan. El hecho de que su propuesta sea rechazada o impugnada por la mayoría no dispensa al presidente de proceder a la indicada votación separada, cuya realización forma parte de la función de dirección y organización de las deliberaciones y votaciones que compete al presidente. Esa misma función legitima que el presidente mantenga la votación conjunta, cuando considere que la naturaleza de los asuntos a los que afecta un mismo acuerdo así lo permite. Criterio que podrá hacer prevalecer incluso cuando uno o más socios -incluso la mayoría

³⁹ Cabe remitir a los trabajos de ESTEBAN VELASCO, G., "Presidente de la junta general de accionistas" en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III Madrid, 1995, p. 5021; LUCCARDI, A., "Presidente de la junta", en AA.VV., *Diccionario de Derecho de sociedades*, (dir. C. Alonso Ledesma), Madrid, 2006, p. 911 y ss.; EMPARANZA SOBEJANO, A., "El presidente de la junta general de accionistas: designación, funciones y responsabilidad, RDM 266, (2007), p. 941 y ss. y el más reciente de FUENTES, M., "El presidente de la junta general: naturaleza jurídica", en *Estudios sobre órganos sociales*, p. 481 y ss.

⁴⁰ GARRIGUES/URIA, *Comentario*, p. 693; SÁNCHEZ CALERO, *La junta general*, p. 242.

⁴¹ DIAZ MORENO, A., "Artículo 197 bis. Votación separada por asuntos", cit., p. 126.

⁴² Sobre las funciones originarias implícitas del presidente, v. la contribución de FUENTES, M., *ob. Cit.*, pp. 502-504.

del capital social- denuncie esa forma de votar y reclame la separación prevista por el artículo 197 bis LSC.

Aunque sea de manera muy breve cabe hacer unos apuntes sobre la posición en la que queda el presidente de la junta que actuó incorrectamente al denegar una votación separada cuando ésta era lo procedente. Tal actuación, aunque la realice un administrador que preside la junta general, no nos desplaza al régimen de la responsabilidad societaria de los administradores, sino al régimen general de responsabilidad civil⁴³. No proceden ni la acción social (art. 238 LSC), ni la acción individual (art. 241 LSC). La posibilidad de actuar contra el presidente pasa por el régimen general de responsabilidad civil, de manera que tanto la sociedad como los socios que resultaran perjudicados por la actuación del presidente podrán acogerse a esa vía. En el caso de la sociedad es fácil imaginar que los daños derivados de un procedimiento de impugnación y de la consiguiente sentencia estimatoria de la nulidad de los acuerdos adoptados puedan dar lugar a una acción de responsabilidad contractual (art. 1101 CC), debiendo asumir el presidente los daños derivados de la defensa y representación de la sociedad en el proceso, los gastos inherentes a una nueva convocatoria de la junta general destinada a subsanar los acuerdos declarados ineficaces, junto a otros daños similares.

Más difícil resulta atisbar los daños que pueda padecer un socio porque el presidente hubiera permitido una votación conjunta. Si esos daños llegaran a determinarse, la acción correspondiente debería formalizarse por el cauce del artículo 1902 CC.

No existe un deber de asegurar la votación separada en los accionistas que, ejerciendo los derechos de minoría reconocida en distintos preceptos de la propia LSC, fueron autores de puntos que complementan el orden del día y de propuestas de acuerdos sobre asuntos incluidos en el complemento o que ya constaran en la convocatoria original (artículos 172 y 519 LSC). Esa iniciativa no les convierte en sujetos legitimados para decidir en la junta general si procede o no la votación conjunta o separada de acuerdos referidos a un mismo asunto, siendo este un poder y responsabilidad que corresponde al presidente de la junta general.

⁴³ Desarrolla ampliamente esta problemática FUENTES, M., *El presidente de la junta general de las sociedades de capital*, próxima publicación, Cizur Menor en prensa.

H) La documentación de los acuerdos objeto de votación separada

Cuando proceda, la votación separada es en todo caso una circunstancia necesaria para la válida adopción de los acuerdos de la junta. En consecuencia cuando los acuerdos hubieren de inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente, su documentación (acta, certificación y escritura pública) deberán tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 197 bis cara a la correspondiente calificación (cfr. art. 112.2 RRM). La Resolución de la DGRN de 13 de octubre de 2015⁴⁴ estableció que la votación separada de acuerdos que afectaban a distintos administradores (separando a uno y nombrando a otros) debía constar en el acta y en la certificación también de forma separada.

I) La infracción del artículo 197 bis LSC

Resta una referencia a las consecuencias de una votación que no respete lo dispuesto en el artículo 197 bis LSC.

Partiendo de la naturaleza imperativa del citado precepto, parece que ante una votación conjunta de asuntos que conforme a los criterios normativos serían sustancialmente independientes, el acuerdo así adoptado sería impugnabile al amparo del criterio general que enuncia el artículo 204.1 LSC con respecto a todo acuerdo social contrario a la Ley⁴⁵. Sentado ese criterio general, procede matizar que la impugnabilidad no se confirma por la mera infracción normativa en nuestro sistema vigente, toda vez que el mismo artículo 204 LSC incluye otras disposiciones que obligan a analizar si su aplicación puede implicar que, a pesar de la aparente infracción del artículo 197 bis LSC, la impugnación no procede a pesar de la concurrencia del ya mencionado primero de los presupuestos que hacen un acuerdo impugnabile conforme al artículo 204.1 LSC. Esas otras disposiciones se integran en un sistema que apuntaba, con buen criterio, a revestir de un mejor fundamento el recurso a la impugnación de acuerdos sociales, tratando de evitar que todo tipo de alegaciones sobre supuestas irregularidades de la junta general den paso a litigios cuya eficiencia, tanto para la satisfacción de los intereses del demandante, como para la tutela de los de la sociedad demandada, no alcanza un nivel razonable. Se pretendía dejar atrás los conflictos societarios como un ejemplo clásico de

⁴⁴ BOE de 5 de noviembre de 2015.

⁴⁵ Enuncia las cuestiones principales de la aplicación del régimen de la impugnación y acuerdos al supuesto examinado DÍAZ MORENO, A., "Artículo 197 bis. Votación separada por asuntos", cit., p. 126.

procedimientos que nacen de peticiones de escasa relevancia y cuya firme resolución llega con notable tardanza.

El análisis señalado puede proponerse a partir de dos argumentos que la propia LSC introduce en el marco de la impugnación y que apuntan a la naturaleza y la relevancia que presenta la infracción del artículo 197 bis, ya sea en su consideración general, ya en relación con las particulares circunstancias del supuesto examinado. Aunque suponga alterar la sistemática que propone la Ley, parece lógico que analicemos en primer lugar la exigencia que en materia de legitimación establece el artículo 206.5 LSC.

La impugnación de los acuerdos sociales está sometida a reglas especiales de legitimación que atienden a la identidad del demandante y, también, a la conducta de éste en relación con la adopción del acuerdo. De entre los legitimados, la votación conjunta supuestamente irregular puede ser especialmente ponderada, por su mejor conocimiento de la vida societaria y de la preparación de la junta general y del acuerdo, tanto por los administradores, como por los accionistas que representen, al menos, el uno por ciento del capital social. En relación con ellos procede analizar cuál fue su comportamiento en el proceso de adopción del acuerdo.

J) La denuncia previa del actor contra la votación conjunta

1. Una exigencia basada en la buena fe

El artículo 206.5 LSC ha plasmado una regla inspirada en la experiencia previa a la reforma del año 2014 y en la correspondiente doctrina jurisprudencial⁴⁶, conforme la que se reprochaba al demandante que reservara para el procedimiento judicial la denuncia de ilicitud de un acuerdo, cuando cabría presumir que si lo hubiera hecho en la fase previa o durante la celebración de la junta general, ello habría permitido subsanar en el acto la causa de la supuesta ilicitud y, de esa forma, evitar al actor y a la sociedad el posterior litigio⁴⁷. Esa conducta previa del actor revela una

⁴⁶ VIVES, F., *La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil*, Madrid 2014, p. 80 y MASSAGUER, J., "Artículo 206. Legitimación para impugnar" en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, p. 260.

⁴⁷ La STS de 23 de julio de 2010 (RJ 2010/6570) expone esa doctrina jurisprudencial (con amplia cita de sentencias precedentes y con respecto a la denuncia de defectos de convocatoria. En igual sentido y ya en relación con la denuncia previa de la necesidad de votación separada, v. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 20 de febrero de 2018.

buena fe en su actuación y la falta de reacción de la sociedad al respecto reviste de una justificación el ejercicio de la acción de impugnación.

En sentido opuesto, no parece compatible con el principio de buena fe y sus exigencias (art. 7.1 CC), guardar silencio en la fase previa o en el marco de la junta general sobre un defecto que se denuncia sólo en un posterior litigio. Al igual que de una actuación de buena fe, cabe conectar la exigencia del artículo 206.5 LSC con la que se ha calificado como lealtad recíproca⁴⁸, pues es manifiesto que esa denuncia del socio o del administrador puede servir para que el presidente de la junta rectifique y reoriente lo que parecen una deliberación y votación incorrectas y, de esta forma, evite un potencial litigio para la sociedad. Carece de sentido desplazar al ámbito judicial la tutela del socio ante una votación deficiente, cuando puede verse atendida de manera inmediata en el marco societario.

Aunque el artículo 206.5 LSC habla de *denunciar* el defecto de forma en el proceso de adopción del acuerdo, la conducta esperable del socio en el momento en que se propone una votación no está sometida a formalismos o términos precisos⁴⁹. Bastará con que en el momento previo a la votación conjunta o, incluso, después de ésta, el socio plantee la necesidad de una votación separada para que ésta se adopte correctamente o, en su caso, para que sirva a la subsanación de lo irregularmente acordado (cfr. art. 204.2 LSC).

2. La votación conjunta como defecto formal

El repetido artículo 206.5 LSC prohíbe alegar ese defecto por primera vez en la demanda, pero limita esa prohibición a la impugnación que invoca "*defectos de forma*". Lo que conduce a analizar si estamos ante un defecto de esa naturaleza por la votación conjunta contraria al artículo 197 bis LSC. Si se entiende que tal votación constituye un defecto de forma en la adopción de un acuerdo⁵⁰, la denuncia previa cobra relevancia como factor de legitimación. Desaparece esa importancia si se considera que no estamos ante tal defecto formal.

Es cierto que la votación conjunta implica una forma o literalidad distinta de la que supone la votación separada. Pero es evidente que también puede

⁴⁸ YANES, P., RDM 299 (2016), p. 79.

⁴⁹ YANES, P., RDM 299 (2016), pp. 79-80

⁵⁰ DÍAZ MORENO, A., "Artículo 197 bis. Votación separada por asuntos", p. 126; MASSAGUER, J., ob. cit., p. 262 y PEÑAS-MOYANO, B. "La votación separada", p. 683. De "formalidad" habla la antes citada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 20 de febrero de 2018.

que los acuerdos en uno y otro caso presenten un contenido igualmente distinto. Quedó apuntado que el CUBG calificaba la indeseable votación conjunta como una distorsión de las decisiones de los socios. Sin duda que la votación separada es el procedimiento correcto, pero su eficacia es también material, dado que fomenta la correcta formación del consentimiento de los socios. La votación conjunta no limita la irregularidad a una forma deficiente de adopción de acuerdos de la junta, puesto que sus efectos materiales pasarán porque los socios habrán aprobado algo que no deseaban⁵¹.

No es lo mismo nombrar en un mismo acuerdo a los consejeros A y B que nombrar en acuerdos sucesivos al consejero A primero, y al consejero B después. Varía el contenido y puede llegar a hacerlo también el propio cómputo de los votos a favor o en contra del nombramiento de uno y otro consejero. Si entendemos que uno y otro supuesto presentan una diversidad que excede de lo estrictamente formal, cabrá considerar que esa votación conjunta y su irregularidad van más allá de una cuestión estrictamente formal y perturban el correcto ejercicio de los derechos políticos del accionista, con lo que pierde relevancia cara a la demanda de impugnación que el demandante hubiere denunciado tal defecto.

La denuncia oportuna es la que se formula en el mismo marco de la junta general y con carácter previo a la votación. Esa denuncia la reclama la Ley sobre todo a los socios que de forma personal o por medio de representación estuvieran asistiendo a la junta. Por supuesto que también cabe reclamársela a los administradores presentes en la junta general, cuando la votación se refiere a un punto que se añadió al orden del día a través del derecho de la minoría de complementar la convocatoria (art. 172.1 LSC) o de presentar una propuesta de acuerdo (art. 519.3 LSC). Pudiera también esperarse que cuando ya desde la misma formulación del orden del día se atisbara una votación potencialmente irregular, por preverse una decisión conjunta con respecto a asuntos independientes, el socio (o cualquier otro potencial legitimado en una futura impugnación) debería verse impulsado a formular la correspondiente denuncia prevista en el artículo 206.5 LSC. Acoger esta hipótesis supondría que también quien no asistió a la junta vería limitada su legitimación si no procedió a tal denuncia. Dicha solución parece que es excesivamente rigurosa⁵², en particular porque nos devuelve a la confusión que implica que la mención sucinta de un asunto en el orden del día se interprete como el presupuesto ineludible e indefectible de una

⁵¹ VALPUESTA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*³, Madrid, 2018, p. 498.

⁵² Conforme con VIVES, F., *ob. cit.*, p. 80.

futura votación irregular, por implicar una infracción del artículo 197 bis LSC.