

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**LA APLICACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN LA  
CREACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE SOCIEDADES MERCANTILES**

Presentada por:

**MARISA CATARINA DA CONCEIÇÃO DINIS**

Director:

**FERNANDO CARBAJO CASCÓN**

Salamanca, 2010



**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

**FACULTAD DE DERECHO**

---



**LA APLICACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN LA  
CREACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE SOCIEDADES MERCANTILES**

**Marisa Catarina da Conceição Dinis**

Director

**Fernando Carbajo Cascón**

Doctorado en “*Principios y bases de modernización del Derecho Patrimonial*”

Salamanca

2010

**A mis Padres, mentores de mi perseverancia.  
A Gilberto, compañero de vida.  
A Inês, esencia de mi alma.**

## **AGRADECIMIENTOS**

Lo mejor que la presente tesis doctoral pueda ofrecer se lo debe a su director, Prof. Dr. D. Fernando Carbajo Cascón. Es sobre todo por ello que, una vez terminado el trabajo, considero necesarias estas palabras preliminares de agradecimiento. Incansable en las lecturas, sugerencias, consejos e incitación, el Profesor Carbajo Cascón fue el maestro principal del proyecto, a quien ofrezco mi sentida y sincera gratitud.

También unas breves palabras de reconocimiento a mi centro de trabajo, el Instituto Politécnico de Leiria, que me ha otorgado las facilidades necesarias para dedicar buena parte de mi tiempo a los trabajos doctorales.

Agradezco asimismo el fundamental apoyo financiero prestado por la “*FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia*”, durante los dos últimos años de la investigación.

En el apartado personal agradezco, una y otra vez, a mi familia, en particular, a mis padres, a mi marido Gilberto y su familia y a mi hija, por el inestimable apoyo, amor y comprensión manifestada en cada uno de los días de ausencia,

Por último, deseo expresar mi amistad a todas mis compañeras de viaje que, en distintos momentos, han aportado consejos, sugerencias y sobre todo palabras de ánimo, expresando una especial gratitud a mis compañeras de despacho (Ana y Gorete) y a mis amigas del teléfono (Luísa y Marta).

Agradecer a todos es poco; reconocer es el mínimo.

## ABREVIATURAS

AES	– Advanced encryption standard
AktG	– Aktiengesetz
ARPA	– Advanced Research Projects Agency
ARPANET	– Advanced Research Projects Agency Network
Art.	– Artículo
Arts.	– Artículos
BGH	– Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Supremo Alemán)
BFD	– Boletim da Faculdade de Direito
BOE	– Boletín Oficial del Estado
BORME	– Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	– Código Civil
Cfr.	– Confróntese
CCom	– Código de Comercio
CEE	– Comunidad Económica Europea
CERN	– Centre Européen de Recherche Nucléaire
CNMV	– Comisión Nacional del Mercado de Valores
CSC	– Código das Sociedades Comerciais (Portugal)
DARPA	– Defense Advanced Research Projects Agency
DES	– Data encryption standard
ENIAC	– Electronic Numerical Integrator and Computer
EEUU	– Estados Unidos de América
Et. Al.	– Et alii
GmbH	– Gesetz betresffend die Gesellschaften (sociedades de responsabilidad limitada)
HTML	– Hyper text markup language
HTTP	– Hyper text transfer protocol
IRC	– Internet relay chat
LMV	– Ley del Mercado de Valores
LEC	– Ley de Enjuiciamiento Civil
LSA	– Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	– Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
NASA	– National Aeronautics & Space Administration
OCDE	– Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

ONU	– Organización de las Naciones Unidas
Pág.	– Página
Págs.	– Páginas
PYMES	– Pequeñas y Medianas Empresas
RDBB	– Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RdM	– Revista de Derecho Mercantil
RdS	– Revista de Derecho de Sociedades
Ss.	– siguientes
TCP/IP	– Transmission control protocol/Internet protocol
UE	– Unión Europea
UNCITRAL	– United nations Commission on International Trade Law
URL	– Uniform/Universal Resource Locator
URSS	– Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas
vol.	– Volume

## NOTA PREVIA

El objetivo primordial que se busca satisfacer con la redacción de una tesis doctoral reside en la expectativa de contribuir válidamente en el desarrollo de una determinada área del conocimiento. Como es sabido, independientemente del método utilizado y del perfil científico de la tesis, siempre es un trabajo lento y costoso, que suele demorarse durante largos años. La presente investigación se centra en dos áreas de conocimiento interrelacionadas que se encuentran en constante renovación: el derecho y las nuevas tecnologías de la información. De hecho, las alteraciones legislativas continuamente en curso y las profusas evoluciones tecnológicas han provocado, a lo largo del estudio que ahora presentamos, constantes cambios de dirección no siempre fáciles de acomodar a los fines pretendidos en un principio. En concreto, la fase final de la tesis ha resultado sobremedida trabajosa, aunque proporcionalmente satisfactoria, por cuanto es aquella en que, por primera vez, se empieza a ver la luz al final del túnel. Solamente faltaban los últimos ajustes, las correcciones finales y los ajustes formales. Nos encontrábamos, pues, en la mencionada fase final de estos trabajos, cuando salió a luz el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y cuya entrada en vigor se fijó para el 1 de septiembre de 2010. Teniendo en cuenta que nuestro trabajo versaba casi exclusivamente sobre las sociedades de capital, cuyos regímenes se encontraban plasmados en leyes propias, la publicación de cuerpo legislativo único se traducía en un cambio evidente. No podíamos, por lo tanto, concluir el trabajo sin, al menos, intentar introducir los cambios más significativos y hacer las correspondencias legales con el nuevo régimen legal vigente. Ciertamente, el TRLSC ha supuesto un cambio más formal que sustantivo. De hecho, como refiere el propio texto legislativo, se trata de una norma con carácter meramente provisional que busca, sobre todo, refundir las distintas leyes ya existentes sobre sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones en un solo cuerpo legislativo. De esa forma, el TRLSC congrega en un mismo texto, que contiene más de 500 normas, preceptos que formaban parte antes de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), del Código de Comercio y del título



X de la Ley del Mercado de Valores. Los dos primeros cuerpos normativos ahora citados han sido íntegramente derogados con la entrada en vigor del TRLSC. Los otros dos sólo lo serán de forma parcial: el Código de Comercio verá derogada la sección cuarta del título I del libro II; y, a su vez, la Ley del Mercado de Valores será derogada en lo que respecta a su título X. El objetivo del TRLSC es muy claro: iniciar el fin de la pluralidad legislativa que imperaba en el Derecho que regula los distintos tipos societarios mercantiles. Por lo tanto, en principio, el TRLSC (o cualquier otro cuerpo normativo que intente congregar el derecho societario) no reside en unificar los regímenes de los distintos tipos societarios, que siempre deberán mantener sus respectivos rasgos fundamentales. Sin embargo, como es sabido, muchas normas de la LSRL repetían lo que ya decía la LSA y, por ello, resulta loable un esfuerzo legislativo por impedir esa duplicidad innecesaria de preceptos que regulan las mismas cuestiones. Es este uno de los más importantes efectos del TRLSC: evitar la duplicidad de preceptos entre la LSRL y la LSA y, además, evitar las numerosas remisiones que se producían entre estas dos leyes (fundamentalmente de la LSRL para la LSA).

Metodológicamente hablando, EL TRLSC trasladó a un mismo texto normativo los preceptos que seguían en distintas leyes pero esta reordenación no se resume a una mera reproducción del contenido de tales preceptos. Efectivamente, el TRLSC acaba por responder a algunas cuestiones que se planteaban, doctrinal y judicialmente, sobre todo con respecto a las sociedades anónimas y a las sociedades de responsabilidad limitada. En verdad, estos son dos tipos societarios que, pese a que muestren características y necesidades propias que deberán ser reguladas autónomamente, presentan algunos elementos en común que deberán ser regulados de forma única. Asimismo sucede con el tercero tipo societario que el TRLSC regula: la sociedad comanditaria por acciones. En conclusión, el TRLSC aclara cuales son las reglas que deberán ser aplicadas de forma común a los tres tipos de sociedades que, de forma clara e inequívoca, identifica como capitalistas (apartando así algunas dudas que se planteaban a respecto de la sociedad de responsabilidad limitada).

De lo dicho en los apartados anteriores se puede concluir fundamentalmente que el TRLSC no supone grandes modificaciones en el régimen sustantivo de las sociedades de capital, sino una reordenación de las normas societarias. Sin embargo, cabe advertir que hay algunos cambios (incluso conceptuales) que no podrán dejarse de analizar. En el texto que sigue, no tenemos la pretensión de hacer un análisis exhaustivo del

contenido integral del TRLSC, sino que nos limitaremos a apuntar las correspondencias legales entre el nuevo texto legal y las leyes que deroga en relación, exclusivamente, con las materias que son objeto de tratamiento en nuestro trabajo, aunque, como es obvio, no eludiremos entrar a valorar los cambios sustantivos más significativos que puedan influir sobre los contenidos estudiados.

## CONSIDERACIONES INICIALES

El Hombre actúa movido por la búsqueda incesante del saber, por la necesidad de explorar el universo y por la voluntad de descubrir los secretos mundanos que lo rondan.

La característica innata de “ente permanentemente insatisfecho” obliga al Hombre a sumergirse en el mundo de los descubrimientos y a traspasar todos los límites que la naturaleza le impone.

La curiosidad, aliada a la inteligencia, ha transformado al Hombre, desde el primitivo al moderno, en un ser pleno de deseo de nuevas experiencias y, en particular, de conquista del medio envolvente y del dominio por el arte del saber. La referida necesidad de conquista y la consecuente transposición de los obstáculos inherentes al espacio que circunscribe su existencia se han tornado, desde muy temprano, en una lucha a llevar a cabo. Se dice que del éxito de tal lucha depende el éxito de otra: la conquista del Mundo.

Compelido por tales pretensiones, el Hombre ha dominado el espacio terrestre, los mares y el propio espacio aéreo; y no satisfecho con tales conquistas ha desafiado, incluso, los límites de tal espacio aventurándose más allá de la esfera terrestre.

Las proezas presentadas no han saciado todavía la incansable tarea, enraizada en el Hombre paladino, de dominar las fuerzas del universo.

Así, subvierte las leyes de la naturaleza, crea nuevas nociones de tiempo y de espacio y camina rumbo a un nuevo mundo: el mundo de las tecnologías.

El descubrimiento de este mundo nos permite vivir en una verdadera “aldea global”, donde cualquier ser humano puede ser el vecino que habita en el sitio más próximo<sup>1</sup>. Nos permite, además, viajar por las llamadas “autopistas de la información” en busca de un conocimiento rápido y amplísimo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Como es sobradamente conocido, los orígenes de la expresión “aldea global” se remontan al año de 1948, con la publicación del libro *America and the Cosmic Man* por PERCY WYNDHAM LEWIS donde éste afirma que el mundo se ha transformado en una gran aldea global una vez que el transporte aéreo es muy rápido y seguro y que el mundo se encuentra repleto de líneas telefónicas que lo ligan de un extremo al otro. Fue, sin embargo, MARSHALL MCLUHAN quien divulgó la expresión. Cuando MCLUHAN esbozó su concepto de “aldea global”, *Internet* aún no existía. Sus ideas se asentaron básicamente en las funcionalidades de la radio en cuanto medio de comunicación. MCLUHAN afirmó que vivía en una “aldea global” porque la noción de tiempo y espacio habían desaparecido, sobre todo debido a la posibilidades

Del *análisis* de los hechos antes referidos y de la percepción de la realidad que nos envuelve resultan dos aserciones inmediatas. Por una parte, podemos afirmar que el giro de la vida moderna se centra en las nuevas tecnologías. Por otra, y de acuerdo con el aludido deseo humano de dominar los diversos ramos del saber, podemos prever el inmediato emprendimiento del Hombre en la expansión, en el progreso y en el perfeccionamiento de las ciencias tecnológicas.

La situación arriba presentada nos ha llevado a cuestionar cuáles son las repercusiones de las transformaciones tecnológicas en el campo de las sociedades mercantiles.

La verdad es que el contexto socio-económico nacional e internacional vive, indiscutiblemente, en una era de mudanza impulsada, en particular, por los nuevos caminos que se van recorriendo en el ámbito de las tecnologías de información, del audiovisual y de las comunicaciones.

Factor impulsor de esta era de *cambio* es, entre otros, el creciente proceso de globalización; fenómeno multifacético que actúa sobre la Sociedad y la Economía<sup>3</sup>. Es

---

de comunicación a distancia entre personas de diferentes lugares, como si viviesen en una verdadera aldea. Como referimos, tal concepto ha sido delineado antes del surgimiento de *Internet* pero, como fácilmente se comprueba, es precisamente con la Red de Redes como mejor se materializa. Cfr. MCLUHAN, Marshall y POWERS, Bruce R., *La aldea global: transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI*, traducción de Cláudia Ferrari, 3ª ed., Gedisa Ed., Barcelona, 1995 y MCLUHAN, Marshall e FIORE, Quentin, *The medium is the message*, Gingko Press, Barcelona, 2001.

<sup>2</sup> En relación a la expresión “autopista de la información”, la equivalente americana *information highways* fue utilizada por primera vez por AL GORE el día 21 de diciembre de 1993, cuando, dando un discurso en la calidad de vicepresidente de los EEUU para la “*National Press Club*”, exclamó: “*Since then, the metaphor has become widely used all over the world to denote the world-wide development of a global information infrastructure. In his remarks, Gore stated that four major components would appear on this new information marketplace: the owners of highways, the makers of information appliances, the information providers and the information customers*”. Cfr. BEKKERS, Victor, KOOPS Bert-Jaap y NOUWT, Sjaak, *Emerging Electronic Highways – new challenges for politics and law international*, Kluwer Law International, London, 1996, p. 153 y ss.. Sobre el origen de la expresión *Vid.* Asimismo MARQUES, Garcia y MARTINS, Lourenço, *Direito da Informática*, 2000, Almedina, Coimbra, pp. 549 y 555, donde, en consonancia con lo anteriormente referido, se menciona que tal expresión es utilizada en los EEUU desde el principio de los años 90 para representar infraestructuras de comunicación en fibra óptica que permiten la transmisión rápida de grandes cantidades de información en texto, sonido e imagen. A su vez, “fibra óptica” traduce un medio de comunicación de datos compuesto por un núcleo de vidrio transparente con el objetivo de transmitir los rayos luminosos, representativos de los datos, y de un revestimiento de la misma naturaleza, de concentración más débil de forma a impedir que la luz *sayay* no se propague. En las palabras de OLIVEIRA ASCENSÃO, “autopistas de la información” “*são meios de comunicação entre computadores, que seriam caracterizados por grande capacidade, rapidez e fidedignidade*”. Cfr. ASCENSÃO, José Oliveira de, «Sociedade da Informação», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. I, Coimbra Editora, 1999, p. 164. También del mismo autor *Vid.* «E agora? Pesquisa no Futuro Próximo», *Sociedade da Informação – Estudos Jurídicos*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 11.

<sup>3</sup> Para un estudio multidisciplinar, desde el campo del derecho, relativo al proceso de globalización, *Vid.* FARIA, José Eduardo, «Direitos humanos e globalização económica: notas para uma discussão», *Revista*

bien expresiva de la dinámica de dicho fenómeno la afirmación de GARCÍA-CRUCES en el sentido de que “*la globalización económica es un fenómeno que, por expresarlo gráficamente, está siendo*”. Como acertadamente continua el mismo autor, “*el proceso de globalización se asienta, básicamente, sobre dos realidades, pues parte de la liberalización generalizada en los intercambios – en particular, respecto del flujo de capitales – y en las nuevas tecnologías y formas de organización productiva, que permiten una reducción más que sustancial de los costes de transacción*”<sup>4</sup>.

Sin, embargo, la economía de la globalización no se encuentra exenta de críticas y denota una creciente preocupación por los efectos subyacentes a tal fenómeno. Al respecto, CASTELLS apunta que, las fuertes reacciones defensivas a la globalización se relacionan con el hecho de ser entendido el fenómeno como el mayor centro neurálgico de “*la transformación estructural que está sufriendo nuestro mundo. Sufriendo es el término adecuado, aún reconociendo el extraordinario desarrollo tecnológico y económico que estamos viviendo en las sociedades desarrolladas, porque el proceso de cambio se presenta para la mayoría de las personas como ajeno, incontrolable e inevitable*”<sup>5</sup>.

Minimizar y solucionar algunas de las consecuencias que se han verificado en este ámbito son objetivos que se encuentran, entre otros, en el punto de mira de la actividad estratégica de la propia ONU. El anterior Secretario-General de las Naciones Unidas KOFI ANNAN anunció, en enero de 1999 el denominado Pacto Mundial, que pretende promover la ciudadanía empresarial y exalta la importancia de la adopción por las empresas de las llamadas buenas prácticas de gobierno, en las cuales incluyó la

---

do Ministério Público, ano 18, n.º 71, Julho-Setembro 1997, pp. 33-47; RODRIGUES, José Narciso da Cunha, «Internet e Globalização», *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, pp. 343-347; PINTO, Paulo Mota, «Sobre alguns problemas jurídicos da Internet», *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, pp. 349-365; REIS, José e BAGANHA, Maria Ioannis, *A economia em curso: contextos e mobilidades*, Afrontamento, Porto, 2001; AMARAL, Francisco, (et. al.) «Globalização e Direito» *Studia Iuridica*, 73 (colloquia 12), Coimbra Editora, 2003. Para un estudio sobre los problemas jurídicos penales decurrentes del fenómeno de la globalización Vid. MONIZ, Helena, «Internet e globalização – problemas jurídico-penais – notas breves», *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, pp. 367-385.

<sup>4</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, *Globalización Económica y Derecho Mercantil*, Festividad de San Raimundo de Peñafort, 25 de enero de 2002, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 2002, páginas 8 y 11.

<sup>5</sup> Cfr. CASTELLS, Manuel, «Globalización: Estado y sociedad civil: El nuevo contexto histórico de los derechos humanos», *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, n.º 22, pp. 5-18.

utilización de las nuevas tecnologías, especialmente como medio esencial para fomentar la difusión de la información al público<sup>6</sup>.

Tiendo en cuenta los hechos mencionados y las orientaciones propugnadas es natural que también las sociedades mercantiles y el Derecho que las regula estén experimentando un proceso de adaptación normativa para aprovechar las ventajas proporcionadas por las nuevas tecnologías en su organización y funcionamiento. En efecto, las sociedades mercantiles no son ajenas a la coyuntura económico-social en la que se insertan; antes bien, son sumamente permeables a las influencias coyunturales socioeconómicas.

Hoy día, los órganos de gobierno de las sociedades mercantiles son conscientes de la nueva realidad tecnológica envolvente y de la necesidad de una rápida adaptación a las modernas tendencias; en especial las sociedades que cotizan en mercados de capitales. Ante tal escenario, muchas sociedades mercantiles tienden a utilizar rápidamente las tecnologías de la información sin, muchas veces, estudiar previamente los problemas que pueden surgir. Efectivamente, todas estas novedades telemáticas acarrearán nuevos problemas jurídicos y exigen, en determinadas situaciones, regulación jurídica propia y específica. Por eso corresponde al poder legislativo impulsar las reformas normativas pertinentes destinadas a facilitar el funcionamiento de las sociedades mercantiles, en beneficio de sus socios, gestores, acreedores, trabajadores y potenciales inversores.

En este sentido, la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>7</sup> aconseja un uso generalizado de las nuevas tecnologías,

---

<sup>6</sup> El Pacto Mundial fue anunciado, como se ha dicho, en enero de 1999, en Suiza, por el Secretario-General de las Naciones Unidas, no obstante, su lanzamiento formal ocurrió en julio del año siguiente en la Sede de la ONU. Se trata de un Pacto que actualmente estipula diez principios fundamentales en materia de derechos humanos, de normas laborales y de normas ambientales (inicialmente fueron propuestos nueve, pero a mediados de 2004 se introdujo el décimo principio basado en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y, naturalmente, se refiere a lucha contra la corrupción). Crear en las empresas la conciencia de la importancia de los principios que se encuentran estipulados en el citado Pacto Global y la concretización y divulgación de los mismos es, sin duda, el gran desafío de este Pacto Global. En las palabras del propio KOFI ANNAN, el Pacto busca contribuir al surgimiento “*de valores y principios comunes que den un rostro humano al mercado global*”. Vid. “Red Pacto Mundial – España”, accesible en <http://www.pactomundial.org/index.asp?MP=2&MS=0&MN=1>, con última consulta efectuada a 5 de abril de 2010.

<sup>7</sup> Vid. OCDE, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*, 2004, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf>, accedido por última vez en el 5 de abril de 2010. Los principios vehiculares de la OCDE en materia de gobierno corporativo se centran, sobre todo, en las sociedades cotizadas, pero pueden ofrecer alguna utilidad también para las sociedades no cotizadas y para las sociedades de capital exclusiva o mayoritariamente público. Los principios de buen gobierno no tienen

considerándolas como una de las medidas a adoptar en el ámbito de las sanas prácticas de gobierno de las sociedades mercantiles.

En nuestra opinión, las alteraciones sociales, económicas y tecnológicas obligan a repensar el modo de administrar y de dirigir las sociedades mercantiles, que no se compadece con “viejos hábitos”, cada vez mas desfasados respecto a la realidad actual.

Este nuevo modo de administración afecta a variadas materias. No tenemos, naturalmente, la veleidad de estudiar todas ellas. Solamente nos proponemos abordar sucintamente el tema de la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación y, centrándonos en el papel que éstas asumen en el ámbito de la constitución de sociedades, en el funcionamiento de los órganos de las sociedades mercantiles, en el ejercicio de algunos derechos de los socios y en el plano de la divulgación de la información societaria.

Con el objetivo de cumplir la tarea propuesta el presente estudio se encuentra dividido y organizado en cinco capítulos.

El primero se centra en realizar una breve reseña histórica sobre los orígenes de las nuevas tecnologías, fundamentalmente sobre la ascensión de *Internet* y de los servicios con ella relacionados. Con respecto a los últimos, daremos mayor relevancia a la utilización del correo electrónico, la mensajería instantánea y a las aplicaciones

---

naturaleza vinculante y buscan, más que nada, servir de referencia para las Bolsas de Valores, para los inversores, para las sociedades y para todos los que participan activa o pasivamente en el proceso evolutivo del buen gobierno de las sociedades. Vid., SANTONJA, Aldo Olcese, *Teoría y práctica del gobierno corporativo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

Sobre el concepto de *corporate governance* y su proyección en el derecho alemán, en las sociedades por acciones cotizadas (y su influencia en las sociedades no cotizadas), Vid. BAUMS, Theodor, «El Código alemán de Gobierno corporativo del año 2002: relaciones entre la regulación legal y autorregulación», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, 10.º aniversario de la RdS, Aranzadi, 2005, pp. 65-88.

Sobre la aplicación de los principios de *corporate governance* en la administración y control en la sociedad por acciones en el ordenamiento jurídico italiano, cfr. MONTALENTI, Paolo, «Administración y controle en la sociedad anónima en el sistema italiano después de la reforma», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, 10.º aniversario da RdS, Aranzadi, 2005, pp. 89-117; MARCHETTI, Piergaetano, «Il ruolo dell'assemblea nel T.U.e nella corporate governance», *Assemblea degli azionisti e nuove regole del governo societario*, Scuola di Notariado «cino da pistoia», Firenze, Strumenti ed esperienze notarili, 1999, páginas 7 a 20; RESCIGNO, Matteo, «La corporate governance nella società non quotate: le regole e la sanzione. Tipologia della realtà ed effettività della tutela» in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 227, pp. 71 a 81. Para un estudio comparativo de *corporate governance*, Vid. HOPT, K. J., et. al., *Comparative corporate governance – The state of the art and emerging research*, Oxford University Press, 1998, pp. 903 y ss.

interactivas a distancia (*Telnet*), ya que tales medios se revelan particularmente útiles en las materias a desarrollar en el decurso de nuestro ensayo.

Conscientes de que la seguridad de los sistemas de información se traduce en una preocupación central del universo de los usuarios de *Internet*, es nuestro propósito dar cuenta de los métodos, especialmente los jurídicos, que se utilizan en la lucha contra la inseguridad y que persiguen, por eso, alcanzar la confianza en la utilización de tales sistemas. Particularmente la criptografía y la utilización de la firma electrónica. Paralelamente con las materias ahora mencionadas pretendemos también calificar los diferentes tipos de documentos electrónicos y su valor probatorio.

En el segundo capítulo vamos estudiar los trámites administrativos de creación de las sociedades mercantiles. Como es sabido, la actividad empresarial puede ser desarrollada a través de distintos tipos de empresas. Así, compete, antes que nada, hacer algunas consideraciones generales sobre la tipología empresarial existente en el ordenamiento jurídico español, deteniéndonos en la figura del empresario social por ser nuestro principal foco de estudio. Después de concluirla breve aproximación a las sociedades mercantiles, en tanto que protagonistas más importantes en el seno de la economía de los mercados, indagaremos el modo en que se constituyen jurídicamente.

En este análisis estudiaremos el actual proceso de simplificación de los trámites administrativos de constitución de algunas sociedades mercantiles. En verdad, los legisladores de los distintos países, así como el legislador comunitario, vienen realizando importantes esfuerzos para facilitar la constitución de las sociedades mercantiles (proceso de desformalización). El legislador español refuerza este objetivo al afirmar, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, que con dicha Ley se “*introduce una serie de novedades directamente vinculadas con el impulso de la competitividad del modelo económico español, eliminando obstáculos administrativos y tributarios*”<sup>8</sup>.

Con la simplificación de los trámites administrativos se espera además incentivar la creación de sociedades mercantiles. Se trata, sobre todo, de una exigencia que deriva del actual contexto de crisis económica que, como es sabido, demanda de los gobiernos la adopción de medidas eficaces con el objetivo de impulsar la creación de estructuras económicas y sociales que permitan un crecimiento financiero real. Las acciones

---

<sup>8</sup> Disponible en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A\\_060-01.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_060-01.PDF).



legislativas llevadas al cabo por el Gobierno español, en consonancia con las orientaciones provenientes del llamado G20 y de la Unión Europea, revelan una ostensible preocupación por reforzar el sistema financiero español e impedir el hundimiento de la actividad económica-financiera, que últimamente viene produciéndose<sup>9</sup>. La recuperación económica y social no es posible sin la existencia de un tejido empresarial consistente, fuerte y saludable que sea apto para generar riqueza, trabajo, creación y consumo. Así las cosas, es por demás evidente la importancia de la conservación de las empresas ya instaladas en el mercado y la necesidad de la creación de nuevas empresas. Y porque las trabas económicas y administrativas a la creación de nuevas empresas son consideradas el primer obstáculo a la nueva creación de empresas, deberán los gobiernos promover las necesarias medidas para disminuirlas. El trabajo de los gobiernos puede decirse que no ha sido aún completado, tanto dentro como fuera de las fronteras españolas. Tanto es así que, como resulta del reciente estudio del “Instituto Nacional de Estadística” con referencia ya al año 2010, *“en el mes de enero se crean 6.266 sociedades mercantiles, un 3,6% menos que en el mismo mes de 2009 y un 2,0% menos que en diciembre de 2009. El capital suscrito para su constitución supera los 502 millones de euros, lo que supone un descenso del 17,2% respecto a enero del año anterior. El capital medio suscrito (80.126 euros) registra un descenso interanual del 14,2%”*<sup>10</sup>.

El objetivo que se busca en este segundo capítulo, exige el análisis, por una parte, del proceso tradicional de constitución de sociedades y, por otra parte, de las

---

<sup>9</sup> Ejemplo de las referidas medidas es el llamado “Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo”, conocido por el “Plan E”.

<sup>10</sup> Véase el referido estudio en la página web del “Instituto Nacional de Estadística”, [www.ine.es](http://www.ine.es), en el cual se puede leer, además de lo dicho y entre otros datos, que *“por otro lado, en el mes de enero amplían capital 4.317 sociedades mercantiles, un 6,3% menos que en el mismo mes de 2009. El capital suscrito en las ampliaciones registra un ascenso interanual del 7,4% y casi alcanza los 4.727 millones de euros. El capital medio suscrito en estas operaciones (1.094.941 euros) aumenta un 14,6% en términos interanuales. El número de sociedades disueltas en enero es de 2.507, lo que supone un aumento interanual del 5,7%. De éstas, el 84,2% lo hicieron voluntariamente, el 10,0% por fusión y el 5,8% restante por otras causas”*. Sigue el estudio apuntando que *“En enero, el número de sociedades anónimas creadas disminuye un 16,9% en tasa interanual y el de sociedades limitadas un 3,4%. En cuanto a las sociedades que amplían capital, el número de sociedades anónimas disminuye un 8,0% y el de limitadas un 6,1%. El capital suscrito por las sociedades mercantiles creadas aumenta en términos interanuales un 131,5% en el caso de las anónimas y disminuye un 35,1% en el de las limitadas. Por lo que se refiere al capital suscrito por las sociedades que amplían capital, se registra un ascenso interanual del 49,7% en las anónimas y un descenso del 10,8% en las limitadas”*.

nuevas formas de creación de sociedades; especialmente aquellas donde el proceso de tramitación telemática presenta una gran importancia y cumple los objetivos referidos de reducir el número de trámites y el número de días y gastos en la creación de las sociedades. En este capítulo prestaremos atención a los trabajos desarrollados en el seno de la Unión Europea y las Directivas que de ellos resulten, así como las novedades introducidas en algunas legislaciones nacionales, como la española y la portuguesa.

La importancia de los estudios empíricos y estadísticos se percibe sobre todo en el hecho de la creación y publicación de *rankings* de países en distintas materias, lo que naturalmente permite la comparación entre los países analizados. Como es sobradamente conocido, en el ámbito económico-financiero la buena imagen de un país es propicia para estimular nuevas inversiones, especialmente extranjeras, y concomitantemente para elevar el índice de desarrollo ya instalado. Además de los informes del “Instituto Nacional de Estadística”, son una importante referencia mundial en el entorno económico, financiero, social y empresarial de un país los informes *Doing Business*, los datos recopilados y publicados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, así como los reveladores informes del Índice de Competitividad Global del Fórum Económico Mundial. Algunos de estos informes relativos a España permiten, aunque no de manera exhaustiva, hacer una radiografía general del estado económico-financiero del país. Así las cosas, véase que, de acuerdo con el informe *Doing Business*, cuyo objetivo principal reside en hacer una medición cuantitativa de las regulaciones sobre aperturas de empresas, obtención de crédito, protección de inversores, entre otros que no se relacionan directamente con nuestro estudio, “*se premian con mejores puestos a aquellos países que tengan procedimientos simplificados para aplicar la regulación existente, por ejemplo si cuentan con oficinas de ventanilla única para dar cumplimiento a las formalidades de apertura de una empresa*”. Los informes *Doing Business* engloban dos tipos de datos: “*el primer tipo proviene de la revisión de las leyes y regulaciones*” y el segundo “*consiste en indicadores de tiempo y movimiento que miden la eficiencia en alcanzar un objetivo legislativo*”. Nótese asimismo que especialmente en lo concerniente al segundo indicador, las nuevas tecnologías pueden representar una verdadera ventaja, ya que permitirán alcanzar los objetivos legislativos más rápidamente y con una disminución de los costes. De acuerdo con los datos de este informe, España ocupa el puesto 62 en

un universo de 183 países, mientras que en el “*ease of Doing Business rank*” cae a la deshonrosa posición 146 en lo que concierne al índice de “apertura de un negocio”. Los países próximo al entorno de España y, por lo tanto, aquellos que más peligrosamente amenazan y compiten con la economía española, ocupan mejores puestos en el mismo índice. Así, Inglaterra ocupa el puesto 16, Francia el puesto 22, Portugal el puesto 60 y Alemania el puesto 84. Creemos que el puesto ocupado por España se relaciona directamente con la exigencia de al menos 10 procedimientos para la apertura de un negocio, lo que se traduce inevitablemente en una pérdida de tiempo muy elevada. Nótese asimismo que los dos puestos ocupados por España, anteriormente referidos, son peores al puesto ocupado en el informe *Doing Business* de 2009. De hecho, en el año de 2009 España ocupaba en el “*Doing Business rank*” el puesto 51 y en el índice de facilidad para apertura de un negocio el puesto 139, frente a los puestos 62 y 146 ahora (2010) ocupados respectivamente. Es por lo tanto urgente solucionar esta cuestión so pena de que España siga perdiendo posiciones en favor de sus principales competidores económicos directos, con la consecuente pérdida de inversiones nacionales y extranjeras.

A su vez, el “*Global Competitiveness Report 2009-2010*”, elaborado por el “*World Economic Forum*”, revela que también aquí España perdió puestos frente a los mismos índices relativos al informe de 2008/2009. Efectivamente, mientras en el más reciente informe “*World Economic Forum*” España ocupa el puesto 33 sobre 133 países analizados, en el informe anterior conquistó el puesto 29. El problema mayor es que una vez más las economías más cercanas a España, y por eso competidores más directos, ocupan una mejor en estos índices; por ejemplo, Suiza ocupa la primera posición, Alemania la séptima, Inglaterra la decimotercera, Francia la decimosexta, Bélgica decimoctava y, entre otros, Luxemburgo la vigesimoprimer.

Resulta claro de los estudios empíricos referidos, que España tiene que cambiar algo. El propio Gobierno es consciente de esta necesidad y por eso ha aprovechado el proyecto de Ley de Economía Sostenible para proponer medidas que pretenden solucionar algunos de los problemas planteados y apuntados como causantes de la continuidad de la crisis. Así sucede con las medidas propugnadas para la creación de empresas que, de acuerdo con las propuestas plasmadas en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, se traduce en un notable incremento del uso de las nuevas

tecnologías y consecuentemente en una disminución de costes y tiempo utilizado en su creación. Es, así, un Proyecto que no se puede quedar fuera de nuestro análisis en este trabajo, pese al hecho de se tratar, por ahora, solamente de un proyecto.

El tercer capítulo representa el núcleo de nuestro trabajo. En este tercer capítulo, dedicado al estudio de la aplicación de las nuevas tecnologías al funcionamiento de las juntas generales en las sociedades de capital, empezaremos por analizar el concepto y las características de las juntas generales de las distintas sociedades mercantiles.

Como es sabido, las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada componen el núcleo de las empresas europeas. Por eso centraremos nuestro análisis en estos tipos societarios mercantiles, en menoscabo por los restantes, aunque sin renunciar a hacer algún que otro comentario respecto de las sociedades colectivas y de las sociedades comanditarias. Este tercer capítulo pretende, entonces, profundizar en la problemática de la aplicación de las nuevas tecnologías en materias inherentes a la Junta General como son la convocatoria, el quórum necesario para la constitución de la Junta General y sobre todo a la celebración de la junta (que incluye asimismo la cuestión de la participación del socio con las dificultades asociadas al debate, asistencia, representación y voto). Es en las sociedades anónimas cotizadas donde más se evidencia el uso de las nuevas tecnologías, desde luego, porque es la propia ley la que incentiva y, por veces, obliga a tal utilización. Los Reglamentos de las Juntas Generales son expresivos de la reglamentación que dichas sociedades hacen de tal materia y, por eso, no podrán ser olvidados en este estudio. De acuerdo con lo dicho, intentaremos, con el análisis de algunos de los Reglamentos de las Juntas Generales, traer al presente estudio un tratamiento más práctico de la problemática y, sobre todo, demostrar cómo se opera la utilización de las nuevas tecnologías en el efectivo funcionamiento de las Juntas Generales. Es nuestro objetivo articular el mencionado análisis empírico con lo expresamente dispuesto en la ley y con lo implícitamente admitido por ella.

En el final del capítulo III, esperamos poder concluir que los socios de las sociedades de responsabilidad limitada y de las sociedades anónimas podrán hacer uso de las nuevas tecnologías para asistir, participar y votar en las reuniones de las Juntas Generales, en condiciones similares a las de los socios físicamente presentes. Asimismo, será importante analizar los contornos legales de la celebración completamente virtual de las Juntas Generales.

En el cuarto capítulo estudiaremos la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación al funcionamiento del otro órgano de las sociedades comerciales: el Órgano de Administración. En este ámbito, conviene apuntar someramente la noción y las características del Órgano de Administración que, como sabemos, representa y vincula la sociedad ante terceros.

El objetivo principal en este capítulo es verificar la validez de los acuerdos adoptados en Consejos de Administración recurriendo a las nuevas tecnologías. Para ello, necesitamos analizar los distintos modos de hacer acuerdos en este plano y verificar igualmente las características que revisten las convocatorias y si en la difusión de las mismas se pueden o no aprovechar los medios telemáticos.

Al fin, en el capítulo quinto, investigaremos la temática relativa a la divulgación de la información por las sociedades mercantiles. Una vez más, es nuestro objetivo verificar cuál es el papel de las nuevas tecnologías en este ámbito. Como sabemos, la transparencia de las sociedades mercantiles es, cada vez más, un requisito esencial del buen funcionamiento de los mercados de valores (*“full disclosure”*) en general y de las sociedades mercantiles en particular. Así las cosas, las sociedades tienen la obligación de informar cada vez más y mejor sobre su estructura financiera y contable y sobre distintos aspectos de su organización y funcionamiento. Se trata de una información que pretende beneficiar tanto los accionistas actuales como los potenciales, así como a terceros acreedores y trabajadores. Es por eso que, en este capítulo, se estudiará en una primera fase la difusión de la información a los socios, en el momento previo a la celebración de la Junta General y aún durante su celebración. También los miembros del Consejo de Administración tienen derecho de información que será igualmente analizado.

Esta última parte del trabajo se encuentra mucho más dirigida a las sociedades anónimas cotizadas una vez que es la propia ley exige que las mismas tengan una página web donde deben poner a disposición del público determinada información. No queremos, con eso, decir que las sociedades anónimas cerradas y las sociedades de responsabilidad limitada no pueden o no deben tener su página web; simplemente la ley no lo exige.

Recurriendo nuevamente a los datos del Informe *Doing Business* 2010, podemos verificar que en los indicadores relativos a la protección al inversor España vuelve a

perder puestos frente a los datos publicados en el año anterior. Estamos ante un indicador que, como se dice, pretende evaluar el índice de fortaleza de la protección de los inversores y para eso se basa fundamentalmente en tres dimensiones especiales: transparencia – amplitud del índice de divulgación; índice de responsabilidad de los directores; e índice de facilidad para juicios de accionistas. La conjugación de las citadas dimensiones ofrece el promedio de 5 sobre 10 para el índice de protección del inversor que fue obtenida sumando 5, 6 y 4 puntos, todos sobre 10, respectivamente para cada una de las tres dimensiones anteriormente referidas. Comparando estos valores con los restantes 183 países concluyó, el estudio ahora en referencia, que España ocupa ahora el puesto 93 lo que significa una pérdida de 5 puestos frente al mismo índice del año 2009. Mientras tanto Inglaterra, Portugal, Italia y Francia ocupan puestos más favorables: 10, 41, 57 y 73, respectivamente. Las consecuencias de estos datos podrán resultar en menos inversiones en España e incluso en un desplazamiento de los inversores, que actualmente apuestan en el mercado español, hacia otros países, señaladamente aquellos más cercanos a España. Este tipo de consecuencias son adversas al objetivo central del gobierno español: superar la crisis económica que aún asola el país y devolver la confianza a los inversores.

Al igual que con el método ya mencionado al respecto del análisis de la utilización de las tecnologías en el funcionamiento de la Junta General, también aquí creemos importante examinar lo que acontece en la realidad de la práctica societaria. Junto a este método empírico de atenta observación y análisis de la realidad, recurriremos habitualmente al método comparado, para contrastar las distintas soluciones aportadas por los ordenamientos nacionales en el proceso de implementación de las nuevas tecnologías en la organización y funcionamiento de las sociedades mercantiles.

Basta seguir las recientes labores legislativas para percibir que el legislador español no comprende ya el funcionamiento de las sociedades sin asociarlo al uso de las nuevas tecnologías. Véase, a modo de ejemplo, lo mencionado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. A nuestro juicio, el legislador sigue en el buen camino puesto que creemos que la utilización de las nuevas tecnologías puede constituir una mayor valía en la creación de las sociedades mercantiles y asimismo ser una herramienta muy útil en el funcionamiento de los

órganos societarios, así como en la constitución de sociedades y en el proceso de divulgación de información societaria.

Veremos no obstante que tal utilización acarrea algunos problemas jurídicos. Algunos de ellos serán superados fácilmente, mientras que otros, a la luz del derecho vigente, no serán tan fáciles de solucionar.

En definitiva, consideramos -a modo de reflexión preliminar- que la utilización de las nuevas tecnologías de la información puede ayudar en muchas situaciones en la constitución, organización y funcionamiento general de las sociedades mercantiles; pero también somos plenamente conscientes de que estos medios telemáticos no suponen la panacea que ayude a superar las tradicionales dificultades y obstáculos en el funcionamiento de estas sociedades, como -por ejemplo- la tan debatida abstención o absentismo de los socios en la participación de las juntas generales.

Iniciemos, pues, el análisis propuesto que, como se ha dicho, no tiene la pretensión de agotar, con la precisión merecida, todas las cuestiones jurídicas inherentes a esta problemática.

## **CAPÍTULO I**

### **ENCUADRAMIENTO GENERAL: DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN; DE LA TIPOLOGÍA EMPRESARIAL**

#### **I. DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, NOCIÓN Y SEGURIDAD EN SU UTILIZACIÓN**

##### **1. Evolución histórica y noción de las nuevas tecnologías de la información**

La problemática de las firmas y de los documentos electrónicos es muy reciente, pues se encuentra íntimamente asociada a las nuevas tecnologías de la información y a las comunicaciones avanzadas. Así, creemos que, antes de pasar a centrarnos en el tema fundamental del trabajo, es importante hacer una breve referencia a la evolución histórica de las técnicas de la comunicación hasta llegar a la actual sociedad de la información.

Con las notas que describiremos a continuación solamente pretendemos dar cuenta de determinados datos históricos y de algunas curiosidades que han afectado el avance de las técnicas de información.

Porque la comunicación representa, antes que nada, la base de la evolución y desarrollo de la especie humana, no ha de extrañar que el hombre buscara desde muy temprano perfeccionar las técnicas de comunicación.

En los orígenes de la existencia humana la comunicación se hacía de una forma muy sencilla y se ceñía prácticamente el lenguaje gestual y, por eso, no era posible comunicar a distancia. Con el advenimiento de la comunicación oral se ha avanzado notablemente en el proceso comunicativo, pero fue, sin duda, la invención de la comunicación escrita lo que permitió dar un paso adelante en el arte de la comunicación. La comunicación escrita facilitó la divulgación de información entre los Hombres incluso cuando se encontraban geográficamente apartados. Verdaderamente,



aunque la difusión de mensajes escritos ha mantenido su importancia hasta nuestros días, actualmente sufre de una deficiencia que no se compadece con el ritmo, sobremanera veloz, que rodea moderna la vida humana en todas sus vertientes. Los innegables progresos producidos en la correspondencia postal no se han correspondido con los de los procedimientos inherentes a su distribución; modo éste especialmente lento si es comparado con los medios electrónicos que son, sin duda, los actuales líderes de la comunicación por su rapidez, eficacia e incluso por su seguridad.

Ha sido el descubrimiento de los ordenadores y de las potencialidades asociadas a los mismos lo que ha revolucionado por completo la comunicación y sus técnicas<sup>11</sup>. La creación de las redes de ordenadores concretiza una de las más importantes potencialidades (si no la más importante) que actualmente asociamos a la utilización de estos instrumentos: con tales redes es posible establecer la comunicación entre usuarios que se encuentran geográficamente distantes en tiempo real.

Es con la creación de las redes de ordenadores y posteriormente con la Red de Redes Internet cuando se abre la puerta que nos lleva al admirable mundo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. En este trabajo nos importa, fundamentalmente, hacer referencia a la utilización de las herramientas relacionadas con la utilización de Internet, y es por eso que cuando hablamos de nuevas tecnologías de la información y la comunicación pretendemos traer a colación los mecanismos inherentes a Internet en cuanto paradigma de las autopistas de la información y del conjunto de la Sociedad Mundial de la Información.

---

<sup>11</sup> Sobre la historia de del Internet *Vid.*, entre otros, KANTROWITZ, Bárbara e ROGERS Adam, «The Birth of the *Internet*», *Newsweek*, 8 de agosto de 1994; ROCHA, Manuel Lopes e MACEDO, Mário, *Direito no Ciberespaço*, Cosmos, Lisboa, 1996; DAVIES, Lars e REED, Chris, «Law Trouble with Bits – First Steps in *Internet Law*», in *The Journal of Business Law*, Julho, 1996; MARTINS, A. G. Lourenço, *Direito da Informática – Parte II*, edición del Instituto Jurídico de la Comunicación, Coimbra, 1996 actualizada en diciembre de 1999; SMITH, Graham J. H., *Internet Law and Regulation*, 2ª edición, Sweet & Maxwell, London, 1997, reimpresión de 1999; DAVIO, Etienne, «Questions de certification, signature et cryptographie», *Internet Face au Droit - Cahier du Centre de Recherches Informatique et Droit*, n.º 12, Bruxelles, Kluwer, 1997 ; SAAVEDRA, Rui, «A Protecção Jurídica do Software e a *Internet*», *Colecção Témis*, n.º 12, Sociedade Portuguesa de Autores, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1998, p. 313 (nota 772); FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luísa, «Limitaciones Constitucionales e Inconstitucionales a la Libertad de Expression en *Internet*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n.º 18, n.º 53, 1998; CASTRO, Catarina Sarmento e, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, 2005, Almedina, Coimbra; CERF, Viton G. [et. al], *A Brief History of the Internet*, disponible en <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml#Introduction>, última consulta efectuada en 11 de diciembre de 2007; POSTMAN, Neil, *Tecnopolia. Quando a Cultura se Rende à Tecnologia*, Lisboa: Difusão Cultural, 1994. Para un estudio más desarrollado sobre la evolución técnica del Internet *Vid.*, entre otros, «ARPA – DARPA: The History of the Name» disponible en [http://www.darpa.mil/body/arpa\\_darpa.html](http://www.darpa.mil/body/arpa_darpa.html), accedido por la última vez en 11 de diciembre de 2007.

Efectivamente, en la última década la divulgación y utilización de Internet ha permitido una comunicación de ámbito mundial nunca antes vista anteriormente. El carácter atractivo que Internet presenta hoy día, conduce a una verdadera dependencia de sus usuarios en cuanto herramienta de trabajo y difusor y colector de información<sup>12</sup>.

Aunque las potencialidades de Internet son variadas, la funcionalidad más importante y más utilizada por los cibernautas es, claramente, la “WWW”. Con la aparición de la “WWW” surgió un nuevo lenguaje que tiene por objetivo la creación de documentos en hipertexto y que funciona sobre la base de *links* que reenvían a los usuarios a nuevos sitios web o a páginas interiores del mismo sitio<sup>13</sup>.

El uso de Internet ofrece ciertas utilidades que, como tendremos ocasión de explicar más adelante, pueden ser aprovechadas por las sociedades mercantiles. De tales utilidades destacamos el correo electrónico, los mensajeros instantáneos, la Telnet y las páginas Web. En efecto, las herramientas referidas tienen capacidad para proporcionar por una parte la comunicación interpersonal, y por otra parte la divulgación fácilmente accesible de información de las sociedades mercantiles, tanto para los socios como para terceros. Son características que, como adelante podremos observar, se revelan fundamentales no sólo para la concreción de determinados derechos de los socios, sino también para el cumplimiento de disposiciones legales y para el mejor desarrollo de algunos aspectos del funcionamiento de los órganos sociales sin atropellar la ley.

Las sociedades mercantiles tienen en el correo electrónico un excelente medio de comunicación a su servicio que facilita la comunicación con sus socios y asimismo con los inversores en general. En efecto, las facilidades asociadas al correo electrónico, sobradamente conocidas, podrán permitir, por ejemplo y como más adelante intentaremos demostrar, el envío de las convocatorias para las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada y incluso, al amparo de las normas de determinados ordenamientos jurídicos, de las sociedades anónimas. De hecho, el envío de correos electrónicos permite, desde luego, una comunicación individual y directa a

---

<sup>12</sup> En este sentido, cfr. ASCENSÃO, José Oliveira de, «Sociedade da Informação», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. I, 1999, Coimbra Editora, Coimbra, p. 165.

<sup>13</sup> Sobre el concepto de Internet *vd.* GARCÍA VIDAL, Ángel, *Derecho de marcas e Internet*, 2002, Tirant lo Blanch, p. 37 y ss.

cada uno de los socios -al contrario de las convocatorias realizadas a través de una notificación pública-, de forma rápida, segura y eficaz. Además el correo electrónico permite enviar documentos anexos, lo que facilita muchísimo el envío de información a los socios. Como veremos posteriormente, el envío de información a los socios puede verificarse en distintos momentos, desde del momento de la convocatoria al momento posterior al cierre de la Junta General, y puede versar sobre distintos asuntos. Así, la posibilidad de que las sociedades recurran al correo electrónico en el cumplimiento de esta obligación de información a los socios es sumamente interesante, porque permite una real y efectiva disminución de costes y, más importante, la rápida concreción de uno de los derechos de los socios con mayor relevancia. Es igualmente innegable la utilidad de las llamadas “*mailing lists*” que, porque permiten la inserción de un elevado número de direcciones de correos electrónicos, se traducen en un envío simultáneo a todos los socios – y otros destinatarios – allí incluidos. Verificándose así que el correo electrónico, además de presentar calidades idénticas al correo tradicional, exhibe otras que lo superan, fundamentalmente la disminución de costes, mayor rapidez y comodidad en las comunicaciones, es bien probable que en pocos años se produzca una total sustitución del correo tradicional por el electrónico.

A su vez, los programas de mensajes instantáneos tienen como principal ventaja posibilitar el envío y la recepción de mensajes instantáneos, permitiendo, por lo tanto, que se establezca una comunicación en tiempo real. Las más recientes evoluciones de los programas de mensajes instantáneos admiten, además del envío de mensajes escritos, la comunicación oral y la visualización de la imagen de los usuarios mediante la utilización de cámaras. También este medio de comunicación a distancia es un sistema a considerar en el seno de las comunicaciones de las sociedades mercantiles, pues podrá permitir, por ejemplo, que los miembros del Órgano de Administración se reúnan virtualmente y discutan las cuestiones inherentes a la gestión de la sociedad. Asimismo, quizás podría resultar útil en la celebración de Juntas Generales. Analizaremos si, en casos como este, la utilización de este sistema es o no jurídicamente admisible.

Por lo demás, nótese que Internet no es el único medio disponible para mediar la comunicación a la distancia. Existe, con efecto, un conjunto de técnicas y de servicios de comunicación a distancia que asocian los medios informáticos a los sistemas de

telecomunicaciones, generalmente denominados “telemáticos”, que pueden o no recurrir a Internet.

La telemática comporta variados medios. Entre ellos se encuentra la videoconferencia<sup>14</sup>. Técnicamente el sistema de la videoconferencia consiste en un procedimiento que posibilita la comunicación audiovisual entre las personas que se encuentran en lugares geográficamente distintos. Se crea, por lo tanto, un ambiente de reunión, si atendemos a que los participantes en una videoconferencia se pueden ver y oír así como compartir documentos<sup>15</sup>. En relación con las sociedades mercantiles, el sistema de videoconferencia puede resultar muy útil. Antes que nada, tendremos que verificar si la sociedad tiene o no interés en utilizar la videoconferencia asociada a Internet. En caso afirmativo habrá que ver si la difusión de las imágenes y del sonido quiere dirigirse a todos los cibernautas o si simplemente se debe dirigir a los socios que, en su caso, deben poseer una clave de acceso al portal que emite tales imágenes. La sociedad puede tener solamente interés en utilizar la videoconferencia como un complemento a los medios que ya utiliza; como sucederá, por ejemplo, en los casos de las juntas generales que ocurren en varios espacios porque tienen un elevado número de socios. Así, los distintos espacios estarán interconectados por el sistema de videoconferencia.

Realizada la síntesis histórica sobre las nuevas tecnologías, el paso siguiente de nuestro trabajo pretende verificar si la utilización de las nuevas tecnologías es segura y, por eso, si es posible utilizarlas en el ámbito de las sociedades mercantiles. Adelantando un poco el contenido del trabajo podemos referir que el legislador español ha comprendido la importancia de la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de las sociedades mercantiles y, por eso, ha previsto la posibilidad de su utilización en tal esfera. Creemos que la utilización de las nuevas tecnologías incorpora un nuevo paradigma tecnológico y, como tal, cambia la forma de organización del trabajo en

---

<sup>14</sup> Para una perspectiva general sobre el funcionamiento del sistema de videoconferencia *Vid.* PARERAS, Luís G., *Internet y Derecho*, Masson, Barcelona, 1997, p. 53 e ss.

<sup>15</sup> Actualmente es posible transmitir las sesiones en videoconferencia a través de Internet para una platea que se encuadre en los intereses del usuario. En esta última situación, se puede optar por una de dos modalidades: o la transmisión no admite la intervención del público, que solamente puede asistir a la transmisión en videoconferencia, o tal intervención es permitida.

general y, en el ámbito que nos importa, de las tareas asociadas a los órganos de las sociedades mercantiles.

No es posible, sin embargo, referir en general el modo de utilización legalmente admisible de las nuevas tecnologías en el campo de las sociedades mercantiles, toda vez que el legislador ha previsto regímenes diferentes en función del tipo societario en causa. La diferencia se acentúa entre las sociedades abiertas y las denominadas cerradas. Como es sabido son los socios de las sociedades abiertas los que sufren de una mayor apatía (racional) en relación con la vida de la sociedad. Sin embargo, los socios de las sociedades cerradas, particularmente de las pequeñas y de las medianas empresas en forma de sociedad anónima o limitada, participan mucho más en la vida de la sociedad, ya sea en su papel de socios o ya como administradores de la entidad. Los objetivos de la introducción de las nuevas tecnologías en las sociedades mercantiles son, entre otros, la facilitación temporal y espacial del ejercicio de los derechos de los socios y de las labores de los órganos de gestión y de fiscalización de cuentas de la entidad, y evidentemente la disminución de los costes asociados a los envíos de convocatorias e informaciones, bien a los socios bien a otros interesados.

El recurso a las tecnologías de la información es visible, actualmente, en las páginas web que la mayoría de las sociedades presenta. Estas páginas son muy importantes en la difusión de la información necesaria para concretar el derecho de información de los socios, así como en la transmisión de informaciones relevantes que, como veremos adelante, se impone legalmente cuando se trata de sociedades cotizadas. De hecho, de la conjugación del capítulo II de la Circular 1/2004 de la CNMV, intitulado “*contenido mínimo obligatorio de las páginas web de las sociedades cotizadas*”, con lo previsto en el art. 117.2 LMV, añadido por la Ley 26/2003, de 17 de julio, y lo decurrente de la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, resulta una clara y creciente importancia de la página web de las sociedades.

Las sociedades que así lo quieran (cuando sus estatutos contemplen la forma privada de convocatoria mediante comunicaciones individuales a cada uno de los socios y los respectivos ordenamientos jurídicos no se opongan a tal forma de convocatoria), pueden también utilizar los medios electrónicos para convocar sus socios. Más adelante comprobaremos cómo ocurre la prueba de la recepción de la comunicación en tales situaciones.

La actual posibilidad de que los socios participen plenamente, es decir, asistiendo, interviniendo y votando en la Junta General a través de los medios electrónicos, así como la viabilidad del uso de tales medios en las reuniones del Órgano de Administración y en las comunicaciones entre los socios y la Administración es, fuera de dudas, la innovación más relevante que las nuevas tecnologías han introducido en el ámbito de las sociedades mercantiles.

El legislador exige que los medios electrónicos utilizados por los socios para asistir a distancia a las juntas de las sociedades garanticen debidamente la identificación del socio (cfr., art. 97.2 LSA).

Llegados a este punto, parece oportuno indagar sobre determinados problemas jurídicos inherentes a la utilización de las nuevas tecnologías presentados anteriormente, y cuya solución se encuentra directamente relacionada con la de su admisibilidad o inadmisibilidad en la esfera de las sociedades mercantiles. Nos centraremos, así, a continuación, solamente en las cuestiones que se relacionan de forma directa o indirecta con el objeto del estudio de los capítulos que suceden.

Es natural reconocer a Internet grandes obstáculos jurídicos. Así, en Internet cambian las nociones de territorio y nacionalidad, transformándose en una gran contrariedad para el control jurídico<sup>16</sup>. Como señala al respecto MARTÍN ÁVILA, “*las dos primeras consecuencias/efectos de la digitalización provocan la doble «desubicación» espacial y temporal, configurando un nuevo plano relacional que ha dado en denominarse «realidad virtual». Este término no es más que un oxímoron, y como tal no hace más que aportar confusión e inseguridad en el ámbito de las nuevas relaciones; económicas, sociales, jurídicas, políticas, educativas, etc.*”<sup>17</sup>.

Sin embargo, también la realidad virtual interesa al Derecho. En verdad, el mundo virtual, so pena de autodestruirse, no puede sustituir el Derecho por códigos tecnológicos desarrollados por la comunidad informática. La anarquía virtual que derivaría de tal proeza encaminaría a todos los usuarios a un elevado grado de inseguridad.

---

<sup>16</sup> Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias, *A jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVII, Coimbra, 2001, pp. 633 a 687.

<sup>17</sup> Vid., MARTÍN ÁVILA, Antonio, en QUINTO ZUMÁRRAGA, Francisco de, *La firma electrónica. Marco legal y aplicaciones prácticas*, cuadernos prácticos, 2004, Barcelona, p. 27.

Siguiendo lo ya expuesto, podemos afirmar que el Derecho interesa a Internet en la misma medida que ésta interesa a aquél. Aunque distintas, estas dos realidades se completan indudablemente<sup>18</sup>. Claro que, ciertamente, las particularidades que Internet presenta obligan a un tratamiento jurídico muy específico que, actualmente, obliga a examinar muchas temáticas novedosas, pero que, cada vez más, se encuentran en la mira de los legisladores y son objeto de los estudios jurídicos, como el que ahora nos ocupa sobre la utilización de las nuevas tecnologías de la información en la constitución y funcionamiento de las sociedades mercantiles.

## **2. La seguridad en la utilización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Firma y documentos electrónicos**

### **2.1. Consideraciones generales**

De entre un extenso conjunto de dificultades asociadas a la utilización de Internet, la seguridad en los sistemas de información asume un papel especial, singularmente en lo que respecta a las sociedades mercantiles.

En este trabajo, como referimos anteriormente, pretendemos demostrar la admisibilidad y utilidad de los medios digitales de comunicación para las sociedades comerciales, en particular Internet, en el proceso deliberativo de los órganos sociales (no solamente de la Junta General, sino también el Órgano de Administración), y

---

<sup>18</sup> En este sentido, véase lo que refiere MIGUEL PUPO CORREIA: “*Um primeiro plano de contraposição estabeleceu-se entre, duma parte, a corrente que tendeu a conceber o Ciberespaço como um “Admirável Mundo Novo”, isento de todos os constrangimentos da tradicional sociedade humana – entre eles os do Direito... –, em que todos poderiam intervir com irrestrita liberdade e que, deste modo, seria o terreno ideal para o desenvolvimento de potencialidades globais de inovação, de democratização, de crescimento económico; e, doutra parte, a linha de orientação que considera que o Ciberespaço não é mais do que um conjunto alargado e muito eficiente de meios de comunicação de informação entre pessoas e instituições, o que torna inevitável e imprescindível a sua sujeição a regras éticas e jurídicas, portanto a todo um conjunto de condicionamentos que apenas representarão o natural desenvolvimento e adaptação à nova realidade da envolvente deontológica de qualquer sociedade humana”.* Termina refiriendo que: “*uma vez mais nos deparamos com o inevitável confronto do direito da Força com a força do Direito. Na fase histórica fundamental de construir um ordenamento jurídico para a Sociedade da informação, imprescindível é afirmar os Valores e, mais ainda, consagrá-los de forma efectiva em normas e instrumentos de sua execução. Uma vez mais, a tarefa fundamental nos cabe a nós, homens do Direito!*”. Cfr. CORREIA, Miguel Pupo, *O caso Echelon: aspectos jurídicos*, en *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 323 a 324 e 345.

también en los procesos de acceso a la información, tanto por los socios (actuales y potenciales) como por terceros.

En principio hay que decir que no habría tal utilidad en la utilización de tales medios si los mismos no presentaren un elevado grado de fiabilidad y confianza. Por eso, las sociedades comerciales tienen, antes que nada, que preocuparse de la implementación de técnicas que posibiliten la máxima (si no la total) seguridad de los sistemas de información.

Cuando hablamos de seguridad en el ámbito de las nuevas tecnologías, realmente hacemos referencia a varios elementos. Así, hablar de seguridad implica hablar necesariamente de conceptos como confidencialidad, integridad, disponibilidad, autenticidad/autenticación y no repudio<sup>19</sup>. También en el contexto de sociedades mercantiles es fundamental asegurar la verificación de estos conceptos. Efectivamente, nótese, primeramente, que confidencialidad significa la cualidad de la información que se encuentra protegida frente a terceros que no tienen autorización para conocerla. Resulta, por lo tanto, obvio, que las sociedades que pretenden utilizar las nuevas tecnologías en el envío de informaciones, solamente lo pueden hacer si previamente consiguieren garantizar que las informaciones que envían tienen como destinatarios a las personas que tienen legitimidad al efecto. Así, las nuevas tecnologías solo serán un medio útil en la medida que sea posible impedir a terceras personas conocer las informaciones enviadas.

Por su parte, la característica de la integridad de un mensaje implica que el mismo no haya sido manipulado por otra persona que no es su autor: la importancia de la integridad reside en el hecho de garantizar que mientras el mensaje ha sido enviado, éste no ha sufrido modificaciones por terceros no autorizados, es decir, que el mensaje no sufre alteraciones cuando ocurre el proceso de transmisión entre emisor y el receptor. Una vez más, las sociedades mercantiles sólo podrán utilizar las nuevas tecnologías cuando estas presenten impidan que terceros modifiquen las informaciones enviadas. Imagínese cuán grave sería, por ejemplo, que, una vez enviada la convocatoria y aún antes de llegar a los servidores de los respectivos destinatarios, alguien pudiese alterar las informaciones que allí constaban y cambiarlos por otros distintos. La mera

---

<sup>19</sup> En este sentido *Vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Firma electrónica y documento electrónico*, Escritura Pública, Ensayos de Actualidad, Editorial Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, página 43.



posibilidad de esta eventualidad sería suficiente para rechazar por completo la utilización de los medios telemáticos.

La garantía de autenticidad o autenticación de un mensaje permite confirmar que los intervinientes en tal proceso comunicativo son indudablemente quienes dicen ser: se trata, por lo tanto, de un factor que permite alejar equívocos de identidades y/o suplantaciones por parte de terceros. Se trata, nuevamente, de una característica que los medios tecnológicos deben presentar, so pena de perder su utilidad para el funcionamiento de las sociedades mercantiles. Efectivamente, la mayor parte de los actos practicados en las sociedades mercantiles parten de los sujetos legitimados para ello; es decir, la legitimidad activa se encuentra legalmente estipulada. Por ser así, los mensajes electrónicos tienen que demostrar quién fue el respectivo emisor puesto que apenas así se podrá confirmar si aquel que practicó el acto poseía o no legitimidad legal para hacerlo.

El concepto de disponibilidad significa que el contenido del mensaje se encuentra de modo permanente a disposición del sujeto que tiene legitimidad para acceder a ello. La relación de esta característica con el funcionamiento de las sociedades mercantiles se sitúa sobre todo en el hecho de que existen algunas normas legales que prevén que determinadas informaciones se encuentren a disposición de terceros durante un plazo establecido legalmente. Al respecto véase, al respecto de información relevante, la conjugación del art. 82 LMV con lo dispuesto en la Orden EHA/1421/2009, de 1 de junio.

Hablamos, por fin, de la característica de no repudio con la intención de referir que el mensaje que reúna los elementos o garantías precedentes debe ser calificado como “no repudiable” y consecuentemente debe ser admitido como prueba en juicio, como veremos más adelante<sup>20</sup>. La calidad aquí apuntada se revela importante en particular en materia procesal, ya que se relaciona con la prueba. Como es sabido, la violación de los derechos de los socios puede, en última instancia, conducir a nulidad de determinados procedimientos. Sucede así, por ejemplo, en el ámbito de la adopción de los acuerdos de la junta que exige, entre la verificación de otros requisitos, que los socios sean debidamente convocados e informados. La calificación de no repudiable del

---

<sup>20</sup> Sobre los conceptos referidos *Vid.* MARTÍN ÁVILA, António, en QUINTO ZUMÁRRAGA, Francisco de, *La firma electrónica (...)* cit., pgs 36 y ss.

mensaje enviado y la consecuente admisibilidad en juicio, confiere ciertamente la seguridad jurídica indispensable para la utilización de las nuevas tecnologías en este ámbito.

La necesidad de desarrollar de medios técnicos que confieran seguridad a los cambios de información ha hecho surgir la disciplina de la criptografía. Esta disciplina ha permitido, justamente, presentar algunas soluciones para los problemas de seguridad que rodean a las transacciones electrónicas en el ciberespacio<sup>21</sup>.

La criptografía<sup>22</sup> o cifra, como también se designa, se utiliza para calificar el proceso mediante el cual se protege, o mejor, se encripta o se cifra, un conjunto de datos, de manera que solamente aquél que conoce la clave pueda tener acceso al referido conjunto de datos, por ser el único capacitado para desencriptarlo o descifrarlo, es decir, desprotegerlo. Para lograr esto, se recurre a la utilización de una función matemática o algoritmo<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> En este sentido, cfr. «A Assinatura Electrónica – Teoria e Prática», organización y publicación por *Conselho Geral da Ordem dos Advogados*, 2000, p. 17.

<sup>22</sup> La palabra criptografía significa literalmente «escritura oculta» y tiene su origen en las palabras griegas *kryptos*, «ocultar», y *graphos*, «escribir».

<sup>23</sup> Actualmente existen, entre otros, tres algoritmos de grande referencia en el mercado: el DES, el AES y el RSA. El DES fue adoptado en 1981, por el gobierno norte americano, con el intuito de proteger información electrónica. Posteriormente, debido al éxito alcanzado, se ha pasado a utilizar en variadas áreas tanto en los EEUU como en otros países. En la tentativa de perfeccionar el algoritmo DES y, consecuentemente, garantizar un mayor nivel de seguridad, han sido hechas variadas revisiones. En la secuencia de tales revisiones ha surgido, en 1999, el TripleDES o 3DES, que parte del DES para aplicar tres operaciones secuenciales de cifra alcanzando, así, un mayor nivel de seguridad. La desventaja del DES reside en el hecho de utilizar una clave común que debe ser del conocimiento del emisor y del receptor del mensaje. Este algoritmo se traduce en la aplicación de la criptografía simétrica. Por su turno, el AES se basa en un algoritmo denominado Rijindael y entró en vigor el 22 de mayo de 2002, después de una selección rigurosa de todos los concurrentes que han respondido al apelo de la agencia de normas americana para la creación de un algoritmo más resistente. En abril de 2003 era este el sistema obligatorio en los EEUU para las operaciones gubernamentales, bien como para determinadas operaciones civiles, nombradamente en el campo del mercado financiero. Por su vez, el RSA (así designado debido a la formación de un acrónimo designativo de las iniciales de los creadores: **R**IVERS, **S**HAMIR e **A**DLEMAN) presenta la ventaja de utilizar la criptografía asimétrica y las respectivas claves públicas e privadas. La utilización de tal método criptográfico permite una mayor eficiencia en el campo da la seguridad electrónica. Podemos mismo decir que este método permite alcanzar los objetivos de una firma porque identifica el titular como autor del documento, atesta que la firma ha sido aposta de acuerdo con la voluntad de aquello y permite identificar cualquier alteración en el contenido del documento después de haber sido firmado electrónicamente. Cfr. SILVA, Pedro Tavares, CARVALHO, Hugo, e TORRES, Catarina Botelho, *Segurança dos Sistemas de Informação – Gestão Estatégica da Segurança Empresarial*, CentroAtlantico.pt, Lisboa, Abril 2003, p. 86; ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco e KRASNOPEROVA, Larisa, «Algumas considerações sobre o regime jurídico da assinatura electrónica e digital, na Rússia e em Portugal», *Scientia Iuridica*, Tomo LIV, n.º 302, Abril-Junho 2005, pp. 297 a 320, en particular pp. 303 e 304. Con respecto a la utilización de algoritmos véase el art. segundo de la resolución 2/2003 de 14 de febrero sobre determinados aspectos relacionados con la facturación telemática donde se dice que “los dispositivos hardware o software de producción y de verificación de firma se basarán en la aplicación de algoritmos públicamente conocidos de entre los que sean de general

La importancia de la criptografía, al nivel que aquí nos importa, reside en ser la función sobre la que operan las firmas electrónicas, particularmente las firmas electrónicas avanzadas, que actualmente se presentan como las que mejor satisfacen las condiciones de seguridad y de fiabilidad.

En realidad, el recurso a las firmas electrónicas y a claves de acceso a determinadas informaciones, especialmente cuando están disponibles en *sites* de acceso al público en general, constituyen dos mecanismos que confieren la garantía y la seguridad en la utilización, por las sociedades mercantiles y por todos los usuarios en general, de los medios electrónicos. Este proceso de comunicación implica la garantía de que quién se encuentra del otro lado es, ciertamente, quien dice ser. Aunque sea posible identificar técnicamente el usuario de la red, importa también asegurar que no va a producirse una utilización abusiva de la dirección de correo electrónico, es decir, se torna necesario garantizar que el titular del derecho de utilización de dicha dirección es el único que la utiliza. Como desarrollaremos posteriormente, es esencial que las páginas web de las sociedades puedan tener determinadas áreas restringidas, solamente accesibles con claves previamente atribuidas por las sociedades. Así, será posible divulgar algunas informaciones, por ejemplo, para los miembros de los Consejos de Administración, sin que esas informaciones se encuentren a disposición del público en general. Asimismo, con el otorgamiento de claves de acceso, podrán las sociedades transmitir en Internet las reuniones de los respectivos órganos, tanto de la Junta General como del Órgano de Administración, e impedir que personas no legitimadas para asistir a tales reuniones las puedan ver y oír.

A su vez, la importancia de la firma electrónica en el seno de la utilización de las nuevas tecnologías es indiscutible puesto que sin ella no será posible firmar los documentos electrónicos y, como bien sabemos, es la firma que vincula el firmante a los dijes del documento. Vamos a ver a continuación los trazos generales del régimen

---

*aceptación por la comunidad internacional, tanto en la producción de resúmenes de documento (hash) como en la de la firma electrónica propiamente dicha. La Agencia Estatal de Administración Tributaria se reserva la posibilidad de excluir expresamente aquellos algoritmos que no ofrezcan las debidas garantías de seguridad respecto de la función para la que están concebidos: Garantizar la integridad de los ficheros y establecer el enlace preciso e inequívoco de estos con el titular del certificado con el que se han emitido o producido tales ficheros conteniendo facturas electrónicas, de forma tal que no puedan ser repudiadas por sus autores”.*

jurídico de las firmas electrónicas<sup>24</sup> y, por consiguiente, analizaremos en qué medida éstas permiten conferir seguridad a la utilización de los medios electrónicos. No es nuestra pretensión estudiar exhaustivamente el régimen de la firma electrónica que, como es sabido, ha sido ya bastante estudiada y debatida desde las perspectiva técnica y jurídica. Solamente nos importa comprobar si el ordenamiento jurídico español permite que los usuarios de los medios telemáticos confieran a la firma electrónica los mismos efectos jurídicos que se atribuyen a los documentos cuando los firman de modo autógrafo. El objetivo de esta conclusión es evidente: en caso afirmativo podrán ser sustituidos por documentos electrónicos todos aquellos que actualmente se realizan a través de documentos en soporte de papel, incluso cuando la ley indica que la forma adecuada es la escrita.

## **2.2. Firma Electrónica**

El vocablo “firma” es utilizado para designar el acto por el cual determinado sujeto manifiesta su concordancia con el contenido de cierto documento o se identifica como autor del contenido del mismo. Reconocemos habitualmente este acto como aquél en que el sujeto suscribe de forma autógrafa un determinado documento materializado en formato de papel.

Pero, la aplicación de las nuevas tecnologías al cotidiano comunicacional trae asociada la necesidad de crear un mecanismo que admita que determinado sujeto manifieste su concordancia con el contenido de cierto documento, o se identifique como titular del mismo, sin necesidad de emplear su firma autógrafa. A la par de tal necesidad se identifica una otra: los receptores de los documentos tienen interés en relacionar, con seguridad, el contenido de cierto documento a un determinado sujeto. Por ello se creó la firma electrónica que se asume como un medio de reconocimiento y de autenticación en el mundo virtual.

La firma electrónica tiene subyacente la misma *ratio* que la firma tradicional utilizada en documentos de papel, es decir, la identificación de la autoría de los

---

<sup>24</sup> Nótese que, aunque las expresiones “firma electrónica” y “firma digital” se utilicen como términos sinónimos utilizaremos de preferencia la expresión “firma electrónica”.

documentos, en este caso documentos electrónicos. En este sentido, véase lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Modelo UNCITRAL de Comercio Electrónico, que comprende la exigencia de firma de una persona que se considerará cumplida desde que el método usado para identificar la persona sea fiable y apropiado de acuerdo con los objetivos para los cuales el mensaje ha sido generado<sup>25</sup>.

Por lo tanto, a la firma electrónica se debe conferir la misma importancia que siempre se ha atribuido a la firma tradicional puesto que también aquella pretende identificar al autor del documento, demostrar que su presencia en el documento resulta tan sólo de un acto de voluntad propia, así como permitir detectar cualquier alteración existente posterior al envío del documento. Así, si por una parte el firmante, con la aposición de su firma electrónica en un documento electrónico, asume la autoría del mismo, por otra parte, adquiere todos los derechos y asume todas las obligaciones que resulten de tal documento; es decir, la firma electrónica vincula el firmante con el contenido del documento.

De este modo, podemos decir que la firma electrónica se traduce en un procedimiento o mecanismo, construido a través de medios electrónicos, utilizado por una persona que tiene la intención de vincularse a un determinado documento electrónico o, simplemente de autenticarlo; es decir, que el firmante pretende alcanzar con la firma electrónica las mismas funciones que alcanzaría con la utilización de la firma ológrafa<sup>26</sup>.

Como es sabido, es la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, la que establece el marco comunitario para la firma electrónica. En el plano interno español ese papel lo desempeña la Ley 50/2003, de 19 de diciembre<sup>27</sup>. La amplia definición que hemos dado de firma electrónica se encuentra patente en ambos los instrumentos normativos. En concreto, podemos leer en

---

<sup>25</sup> Dispone el art. 7 que “1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.” Cfr. Art. séptimo de la Ley Modelo de UNCITRAL en Comercio Electrónico. El acceso al público del diploma legal en análisis se encuentra disponible en el siguiente *link*: <http://normasdipr.blogspot.com/2007/08/ley-modelo-de-uncitral-sobre-comercio.html>, última consulta efectuada en el día 2 de enero de 2008.

<sup>26</sup> En este sentido véase MARTÍNEZ NADAL, Apol.lònia, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, segunda edición, Estudios de Derecho Mercantil, 2000, Madrid, pág. 39.

<sup>27</sup> No se olvide que el primero paso en el ámbito de la regulación en el ordenamiento jurídico español en materia de firmas electrónicas se dio con el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre.

el art. 2.1 de la Directiva comunitaria que se entiende por firma electrónica: “*los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación*”. Por su parte, el art. 3.1 de la Ley 50/2003 establece que: “*La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante*”<sup>28</sup>.

Es, por lo tanto, visible que en ambos textos no se define tecnológicamente de forma rigurosa el concepto de firma electrónica. Así, las definiciones presentadas permiten técnicas tan simples que llevarían a comprometer la seguridad, autenticación e integridad del mensaje y consecuentemente generarían problemas relacionados con el valor probatorio y los efectos de autenticación de los documentos electrónicos. En definitiva, se trata de un concepto amplísimo que exige solamente que los datos de forma electrónica cumplan una función identificativa. No tiene importancia, en este plano puramente conceptual, el nivel de seguridad conferido por el sistema utilizado.

Siguiendo lo ya manifestado y a la luz de tales nociones, la firma manual digitalizada, por ejemplo, incluida al final de un mensaje electrónico podría ser considerada una firma electrónica. Como señala, al respecto, MARTÍNEZ NADAL, “*tan es así que incluso podría dudarse de su condición de firma, por su nula o escasa utilidad*”<sup>29</sup>. Es así imprescindible que la firma electrónica cumpla determinados requisitos que permitan garantizar la seguridad, autenticidad e integridad del documento electrónico. Eso es lo que sucede con las llamadas firmas electrónicas reconocidas. Se trata, como mejor veremos adelante, de una clase de firma electrónica que ofrece una mayor seguridad al estar basada en un sistema de criptografía asimétrica o clave pública.

---

<sup>28</sup> Al respecto refiere RODRÍGUEZ ADRADOS que la noción legal de firma electrónica consagrada en el art. 3.1 de la Ley de la firma electrónica, presenta un grave error una vez que, como señala, “*esos datos sólo podrán usarse como medio de identificación del «titular» de la firma electrónica, pero no del «firmante», de la persona que en cada caso concreto acciona el dispositivo de creación de firma electrónica, que es al único que podemos denominar «firmante». Hay que señalar que las diversas legislaciones, al definir la firma electrónica según ya vimos, o bien al definir el signatario o firmante – concepto tan obvio que no se comprende que necesite definición –, juegan muchas veces al equívoco*”. Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Firma electrónica (...)*, cit., pgs. 52 y 53.

<sup>29</sup> Cfr. MARTÍNEZ NADAL, Apol.lònia, *Comercio (...)*, cit., pagina 39. Vid. también CUERVO ÁLVAREZ, José, “*La firma digital y entidades de certificación*”, *Informática y derecho*, n.º 31-31,1999, (ejemplar dedicado a contratación electrónica, privacidad e Internet) pgs. 235-276.

La ley 59/2003 ha construido el concepto de firma electrónica de una forma multifacética, concediéndole tres dimensiones distintas: la “firma electrónica simple”, la “firma electrónica avanzada” y la “firma electrónica reconocida”, como se desprende respectivamente del art. 3.1, 2 y 3 de dicha Ley.

Si recordamos que la firma electrónica busca dar a conocer al titular como el autor de un determinado documento electrónico y/o como garante de la autenticidad del mismo, para lograr tales fines, la firma electrónica tiene que ser objeto de uso individual y exclusivo de su titular, tal como sucede con la firma autógrafa. La necesaria individualidad y exclusividad se adquieren con un determinado procesamiento electrónico de datos, técnicamente con vocación para el efecto. Véase así lo dispuesto en el art. 3.2 de la ley 59/2003 que alude a la firma electrónica avanzada y, según el cual, se califica de avanzada la firma electrónica que *“permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control”*. Con esto, la firma electrónica se considera *avanzada* siempre que demuestre capacidad para, cumulativamente, concretar las características de confidencialidad, integridad, disponibilidad y autenticidad o autenticación, con el contenido que arriba hemos visto.

Cuando la firma electrónica avanzada se basa en un certificado reconocido y es generada a través de un “dispositivo seguro de creación de firma” será, entonces, calificada como “firma electrónica reconocida”, *ex vi* art. 3.3 de la Ley 59/2003<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> El contenido del certificado reconocido se encuentra descrito en el art. 11 de la Ley 59/2003 y debe ser emitido por un prestador de servicios de certificación que cumpla las obligaciones generales descritas en el art. diecisiete y siguientes bien como las obligaciones especiales mencionadas en el art. 20 de la referida ley. El art. 11 de la Ley refiere cuáles son las informaciones obligatorias que debe contener el certificado reconocido. Así, cualquier certificado reconocido debe presentar las siguientes informaciones: *“la indicación de que se expiden como tales; el código identificativo único del certificado; la identificación del prestador de servicios de certificación que expide el certificado y su domicilio; la firma electrónica avanzada del prestador de servicios de certificación que expide el certificado; la identificación del firmante, en el supuesto de personas físicas, por su nombre y apellidos y su número de documento nacional de identidad o a través de un seudónimo que conste como tal de manera inequívoca y, en el supuesto de personas jurídicas, por su denominación o razón social y su código de identificación fiscal; los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma que se encuentren bajo el control del firmante; el comienzo y el fin del período de validez del certificado; los límites de uso del certificado, si se establecen; los límites del valor de las transacciones para las que puede utilizarse el certificado, si se establecen”*. Además, tales certificados podrán contener otras especificidades siempre que, por una parte, las mismas sean importantes teniendo en cuenta el fin concreto del certificado y siempre que, por otra parte, el firmante lo solicite. Véase la diferencia entre los certificados llamados reconocidos y los certificados electrónicos que no contienen tal cualidad. En efecto,

Actualmente el método que mejor satisface los intentos relatados es el método utilizado por la firma electrónica avanzada. Esta consiste en una modalidad de firma electrónica asentada en un sistema criptográfico asimétrico que reproduce una pareja de claves: una privada y otra pública<sup>31</sup>. La primera le permite al titular de la firma declarar

---

estos últimos son definidos, en el art. 6 de la Ley 59/2003, como “*un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad*”. Nótese, por lo tanto, que los certificados electrónicos no reconocidos no exigen la verificación de los requisitos que antes verificamos y que son necesarios para asumir la calidad de certificados reconocidos. Concluimos, así, por una mayor seguridad que nos es ofrecida por los certificados reconocidos en detrimento de la menor seguridad conferida por los certificados electrónicos no reconocidos. Respecto a las condiciones exigidas para el ejercicio de la actividad de un prestador de servicios de certificación debemos estar a lo dispuesto en el título III de la Ley 59/2003. Nótese, por tanto, que los prestadores de servicios de certificados que expidan certificados reconocidos tienen que respetar más obligaciones que aquellos que meramente expiden certificados electrónicos que no son reconocidos. En este sentido véase el art. 20 de la misma Ley que refiere que los prestadores de servicios deben respetar las obligaciones generales que inciden sobre los prestadores de servicios y aún, entre otras, “*garantizar que pueda determinarse con precisión la fecha y la hora en las que se expidió un certificado o se extinguió o suspendió su vigencia*”; “*utilizar sistemas y productos fiables que estén protegidos contra toda alteración y que garanticen la seguridad técnica y, en su caso, criptográfica de los procesos de certificación que sirven de soporte*”; “*Utilizar sistemas fiables para almacenar certificados reconocidos que permitan comprobar su autenticidad e impedir que personas no autorizadas alteren sus datos, restrinjan su accesibilidad en los supuestos o a las personas que el firmante haya indicado y permitan detectar cualquier cambio que afecte a estas condiciones de seguridad*”. La consciencia que el uso de los certificados electrónicos reconocidos acarrea riesgos, pudiendo provocar daños y perjuicios, ha llevado al legislador a determinar la obligación de constitución de un seguro de responsabilidad civil por importe de al menos 3.000.000 de euros por los prestadores de servicios que expiden certificados reconocidos.

Podemos definir certificado de seguridad como una identidad digital que cumple variados objetivos como, por ejemplo, la posibilidad de ser utilizado para firmar documentos digitales de cualquier especie. En verdad, tanto puede ser utilizado para firmar e-mails como para firmar contratos de elevada complejidad. El mayor valor de los certificados de seguridad reside en la garantía de no repudio, de conocimiento de quien es el emisor del documento y de que el documento no ha sido modificado por nadie después de la aposición de la firma electrónica, es decir, confiere la garantía de la integridad del documento. El certificado confiere, también, seguridad en la comunicación al permitir que se codifique una comunicación entre dos personas y que toda la información transmitida presente un carácter confidencial. Además, el certificado permite la seguridad entre las partes garantizando que el receptor es verdaderamente quien dice ser, una vez que existe la interferencia de un tercero de confianza – la autoridad de certificación – que certifica la autenticidad del receptor. *Vid.* DÍAZ BERMEJO, Guillermo, «La Firma Electrónica y los Servicios de Certificación», in *Boletín de Noticias Jurídicas*, n.º 399, 14 de diciembre de 2007, página 8 y siguientes. En general sobre la firma electrónica reconocida y los prestadores de servicios de certificación, *vid.* por todos ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *La Firma y el Contrato de Certificación Electrónicos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

<sup>31</sup> El mayor problema que se apunta al proceso de la criptografía asimétrica reside en la posibilidad de que un tercero pueda interceptar la comunicación entre ellos. Es el llamado “ataque del hombre en el medio” – *man-in-the-middle attack*. PEDRO TAVARES SILVA, HUGO CARVALHO e CATARINA BOTELHO TORRES refieren el siguiente ejemplo: “*Supendo que X quer enviar a Y informação confidencial, utilizando criptografia assimétrica, irá solicitar a Y o envio da sua chave pública para cifrar os dados. Se esse pedido for interceptado por Z, este poderá enviar a X uma falsa chave pública, alegadamente pertencente a Y. X irá então utilizar essa chave para cifrar a informação e enviá-la-á a Y. Contudo, Z tornará a interceptar a comunicação, decifrará os dados com a chave falsa e, utilizando a chave legítima de Y, tornará a cifrá-los para os enviar para este último. As comunicações entre X e Y são, assim, do pleno conhecimento de Z, sem que X e Y disso tenham qualquer consciência*”. *Vide* SILVA, Pedro Tavares, CARVALHO, Hugo, e TORRES, Catarina Botelho, *Segurança...*, cit., p. 89.



la autoría del documento electrónico que la contiene y su concordancia con el contenido del dicho documento. Por su parte, la segunda es utilizada por el destinatario para verificar si la firma ha sido creada mediante el uso de la respectiva clave privada. Además la firma electrónica avanzada permite que el destinatario del documento confirme si el mismo ha sido alterado o visionado después de la aposición de la firma.

La Directiva 1999/93/CE ha consagrado un modelo abstracto de firma centrado en la firma electrónica en general. La opción legislativa reflejada en la referida Directiva parte de la neutralidad tecnológica. El mismo camino ha sido seguido en el Real Decreto-Ley español. La opción por la neutralidad tecnológica se trata, en nuestra opinión, de una opción temporalmente conveniente porque permite abarcar todas las firmas que, debido a los constantes desarrollos tecnológicos, se demuestran seguras y fiables. Los estudios disponibles sobre las tecnologías de firmas electrónicas basadas en la criptografía de claves públicas y privadas demuestran que la firma electrónica avanzada constituye, en este momento, la técnica más reconocida de firma electrónica, presentando el grado más elevado de seguridad para los cambios en redes abiertas.

La visión genérica de las características y potencialidades de la firma electrónica y, especialmente, las implicaciones jurídicas que su utilización acarrea, permiten que se perciba su utilidad en el ámbito de las nuevas tecnologías en la constitución y funcionamiento de las sociedades mercantiles. En efecto, es sobradamente conocido que la constitución de las sociedades mercantiles exige la celebración de un negocio jurídico constitutivo materializado en papel que naturalmente exige la firma autógrafa del socio o socios fundadores. Asimismo, la intervención notarial es tradicional en esta materia. Entre otras, una de las preguntas que se pueden hacer, y cuya respuesta se deja para un momento posterior, es si será admisible que los negocios constitutivos de sociedad se hagan telemáticamente recurriendo a las utilidades de la firma electrónica, tanto de los socios como de los notarios autorizantes.

### **2.3. Documento Electrónico**

---

Firma y documento electrónicos se encuentran íntimamente relacionados. Desde luego porque la firma electrónica solamente tiene aplicación ante la existencia previa de un documento electrónico. Por su parte, la aposición de una firma electrónica en un documento electrónico presenta implicaciones jurídicas que serán distintas en función del tipo de firma electrónica utilizada. Veamos entonces cuales serán esas implicaciones.

Antes que nada, recuérdese que la firma electrónica pretende, como se ha mencionado, permitir que su titular asuma la autoría y garantice el contenido de un determinado documento electrónico. Las consecuencias jurídicas están fundamentalmente en la esfera del valor probatorio que se atribuye a los documentos electrónicos portadores de una firma electrónica. Efectivamente, es indiscutible que, hoy en día, los documentos electrónicos tienen validez jurídica y, por eso, generan unos derechos y unas obligaciones entre las partes<sup>32</sup>.

Muy sencillamente podemos referir que el documento electrónico pretende, - como todos los documentos, noticiar un determinado hecho. No vamos aquí a discutir sobre la naturaleza del documento, en general, que como es sabido ha generado posiciones contradictorias<sup>33</sup>. Para nosotros la noción de documento es más amplia que el concepto de documento escrito y, por eso, incluye otras formas de expresión que permitan representar un determinado hecho como ocurre, por ejemplo, con las fotografías y las películas. Al respecto, señala SERRA DOMÍNGUEZ que documento es *“todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, representación que puede obtenerse bien mediante el método tradicional de la*

---

<sup>32</sup> Sobre la noción de documento electrónico, aún en el ámbito del enjuiciamiento civil, *Vid.*, entre otros, RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Escritura Pública, Ensayos de Actualidad, Editorial Consejo General del Notariado, Madrid, 2003; y ALIAGA CASANOVA, Alfonso Carlos, *El documento electrónico y el proceso monitorio. Reflexiones sobre su aplicación práctica*, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Año 2005, n.º 8, páginas 39 a 54.

<sup>33</sup> Existen dos grandes teorías sobre la naturaleza del documento: la teoría del escrito y la teoría de la representación. Resumidamente, mientras la teoría del escrito exige el carácter escrito del documento no admitiendo, por lo tanto, que la noción de documento abarque otras formas de expresión como son las fotografías, las películas, los dibujos entre otras, la teoría de la representación, a su vez, ha desarrollado una noción de documento que incluye todas las formas de expresión que sean capaces de informar sobre un determinado hecho. *Vid.* CERVELLÓ GRANDE, J. M. y FERNÁNDEZ, I. *La contratación electrónica y firma digital*, en MATEU DE ROS CEREZO, R. y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M (Coord.), *Derecho de Internet*, 2000, pgs. 385-406. DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *El documento electrónico, informático y telemático y la firma electrónica*, en Actualidad Informática Aranzadi, n.º 24, julio, 1997, páginas 13-15.

*escritura, bien mediante los modernos medios reproductivos, como la fotografía, la fonografía, la cinematografía, el magnetófono, las cintas de vídeo, los discos de ordenador y cualesquiera otros similares*<sup>34</sup>.

Lo aquí mantenido se ajusta al tenor legal. Véase, en tal sentido y a título de ejemplo, lo dispuesto en el art. 299.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), según la cual: *“también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”*. Asimismo, lo mencionado en el art. 26 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que afirma que: *“a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”*<sup>35</sup>.

Así las cosas, optamos por una noción amplia de documento tradicional y electrónico que va más allá de la mera representación escrita. Sin embargo, la verdad es que, en la actualidad, los documentos escritos asumen una relevancia jurídica y práctica muy grande y, por eso, merecen aquí una especial atención.

Como resulta de lo anteriormente apuntado, los documentos electrónicos, aunque presenten especificidades frente a los documentos cartáceos, son verdaderos documentos. Esto es debido a las características propias reconocidas a los documentos electrónicos, que son catalogados como documentos especiales<sup>36</sup>. Así, mientras los soportes de los documentos electrónicos pueden ser sustituidos por otros sin ninguna mutación del documento en causa, la sustitución de materia en un documento de papel origina siempre un documento nuevo, sea una reconstitución, sea un duplicado u otra.

---

<sup>34</sup> Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Prueba documental*, en Instituciones del nuevo proceso civil Comentaríos sistemáticos a la Ley 1/2000, Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 2000.

<sup>35</sup> Se recuerda que el texto originario de la LEC no atribuía la calidad de “documento” a los documentos electrónicos sino los consideraba “medios de prueba” porque no los incluía en el art. trescientos noventa y nueve, párrafo primero, números dos y tres pero en el art. doscientos noventa y nueve, párrafo segundo, junto a las producciones audiovisuales que, como refiere el propio normativo, permite archivar y conocer o reproducir palabras. Fue la Ley de la firma electrónica que permitió cambiar la situación precedente al añadir al art. trescientos veinte y seis el párrafo tres que revela un criterio favorable a la consideración documental de los documentos electrónicos. Sobre la indudable naturaleza documental de los documentos electrónicos Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *Firma electrónica (...)*, cit., página 14 y ss.

<sup>36</sup> Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Firma electrónica (...)*, cit., página 17.

Nótese además, ahora en el ámbito de copias de documentos, que los electrónicos presentan diferencias con respecto a los de papel. De hecho, mientras en los primeros no es posible diferenciar los originales de las copias, en los segundos cualquier réplica del documento original será fácilmente diferenciable<sup>37</sup>.

Pero la mayor y más importante diferencia se sitúa, en nuestra opinión, en el ámbito jurídico. El documento electrónico origina nuevos problemas jurídicos. Algunos, creemos, encuentran solución a través de la aplicación de las normas jurídicas vigentes, recurriendo a una interpretación actualizada. Pero, es una realidad innegable que muchas de las normas jurídicas, que desde siempre se aplicaron a los documentos de papel, tienen que cambiar de forma y adaptarse a este nuevo escenario. Solamente así es posible que los documentos electrónicos alcancen una aceptable y necesaria seguridad.

Asumimos, por lo tanto, que los documentos electrónicos presentan una naturaleza documental especial. Con todo, tal naturaleza no impide que sean objeto de la clasificación que habitualmente se hace acerca de los documentos en general, en especial de la importante clasificación que asienta en la calidad del autor del documento y en los efectos respectivos y que divide los documentos, por una parte, en documentos públicos y, por otra, en documentos privados.

En tal sentido, vamos a apelar a la ya mencionada Ley 59/2003, que hace referencia a la definición de documento electrónico.

Así, en su art. 3.5, redactado nuevamente por la Ley 56/2007 de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de Información, se avanza una definición de documento electrónico al referir que: “*se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado*”. Más tarde añade que: “*sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo*

---

<sup>37</sup> Al respecto refiere FERNÁNDEZ DOMINGO que “*el concepto de documento electrónico parece, en principio, más una cuestión de fe que una cuestión concreta. No queremos decir con ello que los «soportes» no existan, que sí existen, sino que las posibilidades de dichos soportes hacen muy difícil – ciertamente imposible – distinguir entre lo que tradicionalmente hemos considerado escrituras matrices, primeras copias y copias ulteriores. Tal concepción, perteneciente al mundo del soporte papel no es, sin embargo, fácilmente asimilable cuando se trata de soportes electrónicos, donde los datos pueden transferirse de un ordenador a otro, o de un soporte a otro, sin que podamos distinguir (excepción hecha de la datación de los correos electrónicos) cuál es el documento original y cuál o cuáles los creados con posterioridad*”. Cfr. FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *La firma electrónica (aspectos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre)*, Colección de Derecho de las nuevas tecnologías, Reus S. A., editorial, 2006, página 49.

*anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en las letras a o b del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable”.*

Como se ha referido, la redacción que ahora se ha mencionado fue introducida por la Ley 56/2007 y presenta una gran diferencia respecto a la redacción que se encontraba en vigor hasta aquella fecha. De hecho, antes de la alteración mencionada, el párrafo cinco indicaba que: *“se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente”*. Nos parece, en un primero momento, que de la definición anterior resultaba evidente una necesaria relación entre firma y documento electrónico visto que éste debía, por definición, incluir aquella; mientras que ahora la definición omite por completo cualquier referencia a firma electrónica; es decir, parece que, actualmente, la clasificación de documento electrónico no implica más, como implicaba anteriormente, la necesidad de incluir una firma electrónica. Efectivamente, los requisitos que ahora son indispensables para calificar un documento como electrónico se restringen a la necesidad de que la información sea archivada en un formato de soporte electrónico que permita su identificación y tratamiento diferenciado.

El mismo párrafo quinto refiere, como hemos dicho, que la calidad de documento público o administrativo, cuando nos encontramos en la presencia de documentos electrónicos, solamente es conferida cuando se verifican los requisitos mencionados en el párrafo siguiente.

Señala así el apartado sexto que: *“el documento electrónico será soporte de: a) documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso; b) documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica; c) documentos privados”*.

De acuerdo con el apartado séptimo del mismo art., el valor y la eficacia jurídica de los documentos electrónicos mencionados en el párrafo sexto será igual al valor y

eficacia jurídica que corresponda a su naturaleza propia, resultante de la aplicación de la legislación respectiva.

Así, podemos concluir que la naturaleza jurídica de los documentos electrónicos es diferente en función de la calidad de los sujetos firmantes del dicho documento.

Es posible agrupar, desde luego, los documentos electrónicos en documentos de naturaleza pública, por una parte, y, por otra parte, en documentos de naturaleza privada<sup>38</sup>.

Es relevante la importancia de esta distinción en nuestro estudio puesto que, como dejamos antever, uno de los objetivos que proseguimos reside en evaluar si los negocios constitutivos de sociedades mercantiles, incluso cuando exigen la intervención notarial, se pueden realizar por vía telemática. Ahora bien, si probamos que existen documentos electrónicos de naturaleza pública que, como veremos a continuación, serán autorizados por un notario o empleado público, creemos que se ha dado un primer paso en favor de la admisión telemática en la constitución de las sociedades mercantiles.

Volviendo al análisis de la naturaleza del documento electrónico, nótese que su naturaleza pública tiene la característica general de los documentos públicos plasmada en el art. 1206 del Código Civil, es decir, también el documento electrónico público será autorizado por un notario o empleado público competente en los términos exigidos por la Ley. Nótese que la Ley 53/2003 acentúa, en el art. 3.6 a), que los funcionarios firmantes del documento electrónico público tienen que estar legalmente investidos por la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa. De aquí se desprende con claridad que la mencionada Ley diferencia entre documentos públicos de naturaleza civil y de naturaleza administrativa. La distinción señalada se infiere de las características del firmante: si se trata de un funcionario con competencia para otorgar fe pública notarial el documento electrónico será cualificado de documento público notarial, de naturaleza civil, bajo la aplicación del mencionado art. 1206 del Código Civil; a su vez, los documentos públicos administrativos son firmados por el funcionario que tiene competencia para otorgar fe pública administrativa; podemos, por fin, referir los documentos públicos judiciales (o de la Administración de Justicia) que son aquellos

---

<sup>38</sup> Al respecto de las varias clasificaciones que pueden realizarse del documento electrónico, en particular sobre aquellas que se basan en su naturaleza jurídica, *Vid.* PAREJO NAVAJAS, Teresa, *Análisis de las figuras esenciales del régimen jurídico de la firma electrónica: la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*, en *Revista de la Contratación Electrónica*, número 70, abril 2006, páginas 3 a 32, especialmente las páginas 9 a 14.

cuyo firmante es un funcionario competente para otorgar fe pública judicial<sup>39</sup>. Se concluye, por tanto, que los documentos públicos, y consecuentemente los documentos públicos electrónicos, comulgan de tres características esenciales: primero, el documento debe ser emitido por una persona que presenta la calidad de funcionario público; segundo, el funcionario público firmante del documento debe estar legalmente investido de competencia para, por una parte, emitir el documento y, por otra parte, conferir al mismo fe pública; tercero, la emisión del documento debe respetar las solemnidades previstas, para cada situación, en la Ley<sup>40</sup>.

Otro tipo de documento que la Ley de la firma electrónica describe es aquél que se encuentra en el art. 3.6 b): “*los documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica*”. Los documentos con tales características son denominados “documentos oficiales” por el art. 109.1 c) de la Ley de Acompañamiento 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. En efecto, se trata de documentos que, a pesar de parecerse a los públicos, no pueden asumir tal calidad una vez que los funcionarios que los firman carecen de facultad para dar fe pública, que, como vimos, es la característica base, esencial, de los documentos públicos.

El art. 3.6 c) de la misma Ley 53/2003 hace referencia a los documentos privados aunque no los defina. Como es sabido, los documentos privados son aquellos que por exclusión no revisten la calidad de documentos públicos<sup>41</sup>. Es así cuando se trata de documentos materializados en papel; y es igualmente así cuando nos encontramos ante documentos electrónicos. El art. 3.6 de la precitada Ley, al referir los documentos públicos electrónicos exige la firma electrónica, al contrario de lo que sucede cuando hace referencia a los documentos privados. De este modo, como bien señala RODRÍGUEZ ADRADOS, “*esto es así porque los principios de libertad de forma y de ilimitabilidad de los medios de prueba imposibilitan la exigencia de unos*

---

<sup>39</sup> La denominación de documento público administrativo es atribuida a aquellos documentos que son válidamente emitidos por los órganos de las administraciones públicas. Esto se desprende de la lectura del art. 46.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común que refiere directamente que “*tienen la consideración de documento público administrativo los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas*”. La noción legal abarca tanto los documentos públicos materializados en papel como los documentos públicos electrónicos, puesto que ni incluye solamente aquellos ni excluye estos.

<sup>40</sup> En este sentido *Vid.* PAREJO NAVAJAS, Teresa, *Análisis de las figuras esenciales...*, cit., página 10.

<sup>41</sup> En este sentido, *Vid.* art. 317 LEC.

*requisitos generales comunes a todos los documentos de naturaleza privada*”<sup>42</sup>. Téngase en cuenta que la afirmación precedente no obsta a la necesidad de que el documento electrónico privado sea firmado electrónicamente para que proceda la aplicación de ésta Ley. Positivamente, tal necesidad, que resultaba clara de la lectura del art. 3.5 (que, como vimos arriba, al definir el documento electrónico imponía la necesidad de que los mismos se hallaren firmados electrónicamente), puede ahora, después de la alteración introducida por la Ley 56/2007, buscarse en el art. 1 de la norma, que define como objeto de la Ley: “*la firma electrónica, su eficacia jurídica y la prestación de servicios de certificación*”, así como en el propio epígrafe del art. 3. En conclusión, para que los documentos electrónicos privados estén bajo la aplicación de la Ley de la firma electrónica se exige que estén firmados electrónicamente independientemente del tipo de firma electrónica que incorporen.

Obsérvese que la validez y eficacia de las copias de los documentos privados - tanto los de soporte de papel como los de soporte electrónico- que son dirigidos a las Administraciones Públicas, tiene lugar de acuerdo con lo estipulado en el párrafo 3 del art. 46 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Así: “*las copias de documentos privados tendrán validez y eficacia, exclusivamente en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas, siempre que su autenticidad haya sido comprobada*”. Mas refiere el mismo art., ahora en el párrafo primero, que compete a cada Administración Pública determinar, a través de reglamento, los Órganos que son competentes para expedir copias auténticas de documentos privados (y públicos también).

Ahora bien, cuando se trata de documentos de naturaleza electrónica dirigidos a las Administraciones Públicas necesitamos atender a lo dispuesto en el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, que ha sido modificado por el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos. Dice

---

<sup>42</sup> Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *La prueba...*, cit., página 33.



el art. 3.1 del referido Real Decreto 772/1999 que “*la presentación de solicitudes, escritos, comunicaciones, y documentos en cualquiera de los lugares previstos en el párrafo primero del art. anterior*<sup>43</sup> *se podrá efectuar por los siguientes medios: a) en soporte papel; b) por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas informáticas y telemáticas en la Administración General del Estado*”.

No es novedoso que se hable, hoy día, en la exagerada burocracia en distintos ámbitos. La constitución y registro de las sociedades ha sufrido también esta enfermedad. En efecto, son demasiados los trámites que el emprendedor tiene que verificar antes de concluir el proceso de constitución y registro de su sociedad; y el más espinoso es que el respectivo cumplimiento exige el desplazamiento a distintos locales. Es obvio que se verifican aún numerosas trabas administrativas para la constitución y registro de sociedades mercantiles que no son, ciertamente, un impulso a la creación de nuevas sociedades. Así las cosas, los distintos Gobiernos vienen mostrando interés en agilizar y simplificar estos procesos de constitución de sociedades, disminuyendo así las mencionadas trabas administrativas. Pese a que, a continuación, vamos a analizar el proceso de tramitación de las sociedades y su simplificación, no está de más adelantar que, a nuestro juicio, los intentos del Gobierno dependerán luego de una efectiva coordinación entre los distintos intervinientes en el proceso de constitución y de la introducción de las nuevas tecnologías, en particular de las potencialidades de los documentos electrónicos. Sea como sea, la utilización de los documentos electrónicos en este ámbito siempre exigirá el respeto de los respectivos requisitos de validez en general. Es por ello que importa referenciar aquí, aunque de forma muy breve, cuáles

---

<sup>43</sup> De acuerdo con el art. 2 del mismo Real Decreto 772/1999 “*1. Los ciudadanos tienen derecho a presentar las solicitudes, escritos y comunicaciones que dirijan a los órganos de cualquier Administración Pública o de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas, así como la documentación complementaria que acompañen a aquéllas, en cualquier de los siguientes lugares del ámbito de la Administración General del Estado: a) en las oficinas de registro del órgano administrativo al que se dirijan; b) en las oficinas de correos, en la forma establecida reglamentariamente; c) en las representaciones diplomáticas y oficinas consulares de España en el extranjero; c) en cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes. 2. Asimismo, los ciudadanos pueden presentar solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a la Administración General del Estado y a sus Organismos públicos en los siguientes lugares: a) en los registros de las Administraciones de las Comunicaciones Autónomas; b) en los registros de las entidades que integran la Administración local: siempre que previamente se haya suscrito el correspondiente convenio*”.

son los requisitos necesarios para conferir a estos documentos electrónicos validez jurídica.

Como es sabido, la materia más importante en el seno de la Ley de firma electrónica reside en la eficacia jurídica de los documentos electrónicos. Además de la eficacia probatoria reconocida a dichos documentos, conviene señalar que los mismos pueden presentar también eficacia negocial conforme al art. 1278 CC. Pero los documentos electrónicos que presentan la referida naturaleza privada carecen de efectos respecto de terceros, no son inscribibles ni tampoco constituyen títulos ejecutivos son, objetivamente, documentalmente neutros.

Entre otras cuestiones que se plantean al respecto de la eficacia jurídica de los documentos electrónicos, conviene fundamentalmente analizar la admisibilidad de dichos documentos como medio de prueba.

En conformidad con lo descrito en el art. 6 del Real Decreto 263/1996, tienen validez jurídica todos los documentos emitidos por los órganos y entidades del ámbito de la Administración General del Estado, y por los particulares en sus relaciones con aquéllos, que hayan sido producidos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, independientemente de la naturaleza del soporte, que verifiquen la acreditación de la integridad y conservación del documento, de la identidad del autor y de la autenticidad de su voluntad, a través de sistemas de identificación, como por ejemplo de códigos. Se concluye que los documentos anteriormente referidos tendrán la misma validez jurídica que se confiere a los documentos de naturaleza electrónica materializados en soporte de papel.

En lo que se refiere a las copias de los documentos originales (tanto públicos como privados), almacenados por medios o en soportes electrónicos, informáticos o telemáticos, expedidas por los órganos de la Administración General del Estado o por sus entidades vinculadas o dependientes, es preciso apuntar que, de conformidad con el art. 6.2 del último Real Decreto referido, revisten la misma validez y eficacia que el documento original cuando se garantiza su autenticidad, integridad y conservación. Creemos que de la interpretación del art. 7 del Real Decreto 772/1999 podemos afirmar

que la copia del documento electrónico será una impresión del mismo en soporte de papel<sup>44</sup>.

Además de los tipos de documentos contemplados en el art. 3.6 de la Ley de la firma electrónica existen otros. Así tendremos tres tipos de documentos electrónicos: de carácter probatorio, de carácter dispositivo y mixtos.

Los documentos electrónicos de carácter probatorio constituyen medio de prueba de la circunstancia que incorporan. Conforme el art. 3.8 de la Ley de la firma electrónica, todos los documentos electrónicos, en principio, tienen una naturaleza probatoria.

A su vez, el documento electrónico de carácter dispositivo envuelve un acto jurídico que, porque supone una declaración o manifestación de voluntad, va a constituir, modificar o extinguir relaciones de derecho.

Por último, considérese que son documentos mixtos aquellos que tienen un origen privado pero, posteriormente, sufren una intervención pública, que puede ser de carácter judicial, notarial o administrativo; y, por eso, alcanzan la categoría de mixtos. En el fondo, se trata de una categoría que se encuentra en el intermedio de las otras dos categorías: documentos públicos y documentos privados.

Veamos, ahora, de qué forma trata la Ley 59/2003 sobre firma electrónica los aspectos probatorios de los documentos electrónicos. Sobre este punto nótese, antes que nada, que el párrafo séptimo del art. 3, aún en análisis, afirma que *“los documentos a que se refiere el párrafo anterior tendrá el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, en conformidad con la legislación que les resulte aplicable”*.

Significa lo anteriormente dicho que la Ley hace una remisión a la legislación sustantiva, de tal modo que será allí donde debemos buscar el valor que debe atribuirse a los mencionados documentos. Como es sabido, esta materia se encuentra regulada, sobre todo, por el Derecho Civil.

Aún en materia de prueba de los documentos electrónicos, tenemos que apreciar lo dispuesto en el art. 3.8 de la Ley de la Firma Electrónica que ha fue alterada por la Ley 56/2007 de 28 de diciembre.

---

<sup>44</sup> En este sentido *Vid.* PAREJO NAVAJAS, Teresa, «Análisis de las figuras esenciales...», cit., página 12.

En dicho texto normativo el legislador ha admitido como prueba documental en juicio “*el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente*”. Es decir, es tenido como válido, y consecuentemente admisible legalmente, cualquier soporte que contenga el documento electrónico. Se admiten, por tanto, soportes como disquete, CD, DVD, USB u otros dispositivos. No es extraño que el legislador haya consagrado una admisión tan amplia de soportes, porque lo más relevante es el contenido del documento y no propiamente el soporte que lo incorpora.

Para concretar la eficacia jurídica concedida a los documentos electrónicos firmados con firma simple no avanzada tenemos, antes que nada, que hacer referencia al principio de no discriminación que afirma que no se pueden negar “*efectos jurídicos a una firma que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica*”. Es suficiente la aplicación de los arts.s 299.2 y 384.1 LEC, para cumplir las normas procesales de mera admisibilidad que resultan de la Ley de firma electrónica. Se trata naturalmente de normas que prevén la admisibilidad como medio de prueba en juicio y la valoración por el tribunal que, como es sabido, se hace según las reglas de la sana crítica y conforme la naturaleza de los medios presentados.

Lo arriba expuesto puede sufrir modificaciones, puesto que al analizar la alteración introducida en éste ámbito por la Ley de la firma electrónica en la Ley de Enjuiciamiento Civil ya se advirtió que todos los documentos electrónicos comprendidos en dicha Ley se consideran prueba documental; y tratándose de documentos particulares se deberá aplicar el art. 326 LEC. Como vimos anteriormente, al abrigo del art. 3.1 de la Ley de la firma electrónica, los documentos signados con firma electrónica simple se encuentran bajo la aplicación de la misma Ley.

Llegados a ésta conclusión ocurre que, ante la impugnación de la autenticidad de la firma electrónica simple, incumbiría al responsable del documento la prueba de su autenticidad; y así lo exige el art. 326.2 LEC al mencionar que “*el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto*”. Se trata sin embargo de una argumentación que no debe ser acogida, ya que resulta del conjunto de la disposición adicional décima de la Ley de la firma electrónica, del art. 326.3 LEC y del art. 3, párrafos 8 y 9, nuevamente de la Ley de la firma electrónica, que la aplicación del art.

326.2 LEC se encuentra reservada solamente para los documentos firmados con firma electrónica avanzada; y, por lo tanto, a los documentos firmados con una firma simple o que no reúne los requisitos de la avanzada, no se aplican los preceptos mencionados sino el ya referido art. 384 LEC, que permite que no se nieguen efectos jurídicos a tales documentos tal como es exigido en la Directiva Comunitaria<sup>45</sup>.

En atención a la eficacia probatoria de la firma electrónica avanzada deberán aplicarse, de acuerdo con el art. 3.8 de la Ley de la firma electrónica, las reglas generales de los documentos privados que se encuentran descritas en el art. 326.2 LEC.

Es decir que ante la impugnación de la autenticidad de un documento privado se permite, a quien lo haya presentado, el ofrecimiento de un medio de prueba que se demuestre útil para la evaluación de la autenticidad de la firma electrónica avanzada; y nótese que, de acuerdo con dicho precepto incluso cuando no sea posible confirmar la autenticidad de la firma electrónica avanzada (porque la prueba no es suficiente o porque no ha sido propuesta prueba alguna), el Tribunal puede valorar el documento así firmado de acuerdo con las reglas de la sana crítica<sup>46</sup>.

Así, ante la impugnación de autenticidad de un documento firmado con una firma electrónica avanzada, debe el responsable del documento electrónico impugnado auxiliarse mediante la prueba pericial para probar la autenticidad de la firma, ya que recae sobre él la carga de la y la Ley no hace presunción alguna en la presente situación lo que significa que se trata de un sistema de prueba complejo y, por eso, su utilización no es, en nuestra opinión, la más deseable.

Por su turno, sobre la eficacia jurídica de la firma electrónica reconocida tenemos que atender, una vez más, al art. 3, párrafos 4 y 8, de la Ley de la firma electrónica. De su lectura se comprueba que el legislador concedió la equivalencia funcional de la firma electrónica reconocida con la firma manuscrita del documento presentado en soporte de papel. Se trata de una equiparación que, como hemos visto, no

---

<sup>45</sup> En línea con lo aquí expuesto *Vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, A. Firma electrónica (...), cit., pág. 88.

<sup>46</sup> Refiere, en concreto, el art. 326.2 LEC que: “cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del art. 320. Cuando no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica”.

se verifica respecto de otras clases de firma electrónica que presentan una forma menos exigente, como es el caso de la firma electrónica avanzada.

Más adelante, el mismo art. 3.8 hace referencia a la posibilidad de impugnación de la autenticidad de la firma electrónica reconocida y menciona que *“si se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica”*.

Nótese que compete al sujeto que ha presentado el documento electrónico, firmado con la firma reconocida, la carga de realizar las comprobaciones referidas. Cuando el resultado de las comprobaciones es positivo resultan directamente de la Ley dos consecuencias: una primera indica que se presume la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado los documentos en causa; y una segunda refiere que compete a quien haya formulado la impugnación responsabilizarse exclusivamente por las costas y gastos causados por la comprobación.

Como referimos arriba, el proceso de prueba pericial es complejo y, por eso, respecto a las firmas electrónicas reconocidas (que, como hemos señalado, reúnen determinados requisitos adicionales) muchas legislaciones establecen una presunción de autenticidad. Así ocurre en los ordenamientos jurídicos alemán, francés y español.

Del art. 3.8 de la Ley de firma electrónica resulta expresamente que quien presenta el documento electrónico y comprueba que el prestador de servicios responsable de la expedición de los certificados electrónicos cumple todos los requisitos establecido en la Ley como necesarios para la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, en particular los relacionados con la autenticidad, conservación e integridad de la información generada bien como la identidad del firmante, gozará de la mencionada presunción de autenticidad.

En suma, la presunción de autenticidad de la firma electrónica reconocida libera a quien presenta el documento electrónico de todas las complicaciones presentes en el proceso de prueba derivadas especialmente de su naturaleza técnica.

En conclusión, mientras el responsable de un documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida, después de hacer las comprobaciones exigidas por el art. 3.8 no tiene que hacer prueba sobre la confidencialidad, integridad y no repudio del documento presentado ya que tiene a su favor la presunción de autenticidad, quienes presenten documentos electrónicos firmados solamente con firma simple o avanzada tienen a su cargo las comprobaciones de confidencialidad, integridad y no repudio.

Es clara, así, la diferencia entre la fuerza probatoria concedida a las firmas electrónicas avanzadas basadas en un certificado reconocido y las firmas electrónicas que no reúnen tales requisitos. Se comprende la razón del legislador al conceder más valor a las firmas electrónicas avanzadas basadas en certificados reconocidos que a las restantes. Teniendo esto en cuenta, y como hemos referido anteriormente, si el principal objetivo es que las firmas electrónicas produzcan los mismos efectos que la firma manuscrita, entonces aquéllas deben reunir los requisitos de integridad y autenticidad, y garantizar que no habrá rechazo o repudio del contenido firmado. Técnicamente hablando, solamente las firmas electrónicas avanzadas basadas en un certificado reconocido, producidas mediante un dispositivo seguro de creación de firma, satisfacen y concretizan plenamente los requisitos mencionados.

También con la redacción introducida en diciembre de 2007, la Ley ha estipulado la posibilidad de imponer una multa (de 120 a 600 euros) a aquél que solicita la impugnación de la firma electrónica reconocida siempre que, a juicio del tribunal, tal impugnación sea calificada como temeraria.

Si, a contrario, resulta la autenticidad del documento, se aplicará lo dispuesto en el art. 320.3 LEC: *“cuando de un cotejo o comprobación resulte la autenticidad o exactitud de la copia o testimonio impugnados, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente de cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 20.000 a 100.000 pesetas”*.

Así, en atención a lo dispuesto, cuando se trata de una firma electrónica reconocida tal consecuencia procesal resulta ahora directamente del art. 3.8 de la Ley de la firma electrónica.

Con relación a la firma avanzada, la consecuencia referida se extrae de la conjugación de varios preceptos: primeramente del art. 3.8 de la Ley de la firma electrónica, después de los arts. 326.2 y 320.3 ambos de la LEC.

Con la redacción referida del párrafo octavo el legislador cumple lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva sobre firma electrónica. Efectivamente, el legislador comunitario ha estipulado que sobre los efectos jurídicos de la firma electrónica “*los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel; y sea admisible como prueba en procedimientos judiciales*”. Más refiere el párrafo segundo del mismo art. que: “*los Estados miembros velarán porque no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que: ésta se presente en forma electrónica, o no se base en un certificado reconocido, o no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma*”.

Con el objetivo de cumplir el citado párrafo segundo, tal como ya analizamos, el legislador español ha introducido el art. 3.9, que impide que sean negados efectos jurídicos “*a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica*”.

Para concluir la exposición sobre la eficacia jurídica de los documentos electrónicos tenemos que hacer una brevísima referencia a otra clase de documentos electrónicos: los documentos electrónicos no firmados electrónicamente.

Tales documentos no firmados electrónicamente representan una gran parte de todos los documentos electrónicos enviados, sin embargo se trata de una materia que queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley de la firma electrónica.

Realmente, como observamos cuando hablamos de la noción de documento electrónico, en este momento, tras la modificación introducida en la Ley de Firma Electrónica por la Ley 57/2007 de 28 de diciembre, el art. 3.5 de la Ley de firma electrónica, abarca, en la noción de documento electrónico, a los documentos



electrónicos no firmados electrónicamente. La modificación referida no buscaba alterar el ámbito de aplicación de la Ley de firma electrónica que, como anotamos, incide sobre la regulación de la firma electrónica, de su eficacia jurídica y de la prestación de servicios de certificación. Así, aunque la Ley de firma electrónica también se refiera a documentos digitales que no están firmados electrónicamente, no los regula.

Pero esta circunstancia no permite concluir que los mismos carezcan de eficacia jurídica. Antes bien, la eficacia de tales documentos se queda bajo la valoración concedida por la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como se deduce de los arts 299 y 384, prevé la admisibilidad de estos documentos como medios de prueba en juicio y su valoración por el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica que, según su naturaleza, les sean aplicables.

## **II. TIPOLOGÍA EMPRESARIAL; ESPECIAL ATENCIÓN AL EMPRESARIO SOCIAL**

### **1. Introducción: Costes de creación de empresas**

Es innegable que las sociedades constituyen actualmente la más importante forma jurídica de gestión de las empresas, incluidas de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs). Son, en efecto, las sociedades mercantiles, las verdaderas promotoras de los mercados nacionales de los países de la Unión Europea; como lo son también del propio mercado interior de la Unión. Es por eso natural que los Estados promuevan la creación de nuevas sociedades y que se preocupen no sólo de remover los obstáculos que surgen para constituir las sociedades, sino también de todos aquellos que impiden el buen funcionamiento y pervivencia de las sociedades en el mercado.

Actualmente la fuerte incidencia de la tramitación administrativa, con todos los trámites que requiere, es entendida como una traba a la creación de las empresas en general y de las sociedades mercantiles en particular.

Son normalmente tres los índices que se utilizan en el cálculo de la incidencia de los trámites administrativos en la creación de las empresas. El primero es, sin duda, el tiempo utilizado en la creación de las empresas. El segundo, que influencia claramente

al primero, reside en la cantidad de trámites necesarios para la creación de una empresa. Y en tercer lugar, los costes asociados a los procedimientos constitutivos.

Como es sabido, el tiempo determina la vida y sobre todo la vida económica de los mercados; por eso, el tiempo se convierte en un elemento verdaderamente determinante en la creación de las empresas. En realidad el factor tiempo representa el indicador más significativo en el registro de los obstáculos impuestos por la tramitación administrativa para la creación de empresas. Obsérvese que un mayor dispendio de tiempo con los trámites administrativos se traduce directamente en un aumento de los costes en variados niveles, como son los casos, por ejemplo, de los aumentos de los costes de oportunidad de la nueva empresa y de financiación del inmovilizado, además, por supuesto, del lucro cesante que conlleva todo retraso en la puesta en funcionamiento de la empresa.

También la cantidad de los trámites administrativos se puede convertir en una gran traba a la creación de las empresas. Los trámites administrativos tienen una implicación directa en el dispendio de tiempo, y es fundamentalmente por eso que se traducen en un obstáculo a la creación de las empresas. Pero, al contrario de lo que se podría pensar, un mayor número de trámites no implica necesariamente mayor dispendio de tiempo. En definitiva, más importante que el número de trámites es, por una parte, el tiempo necesario para resolverlos, es decir, la dificultad que cada uno presenta y la obligación de realizar desplazamientos a distintas oficinas públicas para cumplirlos.

Mencionamos arriba que los costos asociados a los procedimientos pueden implicar un inconveniente a la creación de empresas pero no son, normalmente, un elemento disuasorio. Parece que, en concreto, son más disuasorios los costes de oportunidad debidos a la tramitación administrativa y los costes indirectos (pagos, por ejemplo, en asesorías) necesarios para cumplir las solicitudes asociadas a las licencias de actividad.

De acuerdo con el estudio *Doing Business*, sobre los trámites para crear una empresa, desarrollado por el Banco Mundial, España ocupaba en el año de 2007 el puesto 118, frente al puesto 94 en 2005, y 108 en 2006<sup>47</sup>. Desde 2007, España siguió perdiendo puestos de forma bastante significativa. Así, en el más reciente estudio del

---

<sup>47</sup> Cfr. Grupo del Banco Mundial, *Doing Business 2008*, Mayol Ediciones, página 138.

*Doing Business*, se puede verificar que actualmente España ocupa, en el tema “apertura de un negocio”, el puesto 146 en el ranking del *Doing Business* 2010, perdiendo 7 puestos frente al ranking presentado en 2009. Una atención más detallada a los datos referidos en dicho estudio, permite concluir que, en el tema en análisis, España se encuentra posicionada cerca de países como Vietnam, Kosovo, Filipinas, Islas Salomón, Namibia, RDP de Laos, Zimbabue o Surinam y no, como naturalmente se esperaría, de países cuya economía es más desarrollada como Francia, Bélgica, Dinamarca, Italia o Canadá. Las causas para el desprestigiante puesto ocupado por España siguen siendo las mismas: innumerables trámites administrativos, mucho tiempo para que sean realizados y elevados costes. De hecho, de acuerdo con los números más recientes, España sigue exigiendo el cumplimiento de 10 pasos para la apertura de un negocio mientras el promedio en la OCDE es de 5,7<sup>48</sup>. Consecuentemente, el tiempo medio que requiere la apertura de un negocio en España se sitúa en 47 días frente a los 13 de la media OCDE<sup>49</sup>. Relativamente a los costes, España sigue presentado valores poco animadores: 15% (de ingreso *per capita*) frente a 4,7% en la OCDE<sup>50</sup>.

Ya anunciamos anteriormente que también el “*Global Competitiveness Report 2009-2010*”, elaborado por el “*World Economic Forum*”, revela pérdidas de puestos de España frente a los índices mostrados en 2008/2009. Más propiamente, España ocupa ahora, en el informe de 2008/2009, el puesto 33 cayendo 4 puestos frente al informe anterior del “*World Economic Forum*”. Se demuestra así, que España, con el pasar de los años, ha perdido posiciones en esta materia en relación con otros países, donde se han realizado avances normativos para facilitar la creación de nuevas empresas. No olvidemos asimismo que, como ya mencionamos en las palabras introductorias, España está perdiendo puestos frente a sus competidores más directos, lo que puede efectivamente traducirse en problemas económico-financieros más gravosos.

Conscientes de la existencia de trabas administrativas a la creación de empresas y conociendo que una mayor facilidad en su creación se traduce en un factor estimulante

---

<sup>48</sup> España se acerca de países como Namibia, Pakistán, São Tomé y Príncipe, Sudan, Burundi, Uruguay y Zimbabue.

<sup>49</sup> En relación con el tiempo que toma la apertura de un negocio España se aproxima, una vez más, a países que normalmente ocupan puestos bajos en los rankings económicos y de desarrollo sostenible internacionales, como son, Vietnam, Filipinas, Islas Salomón, Indonesia, Ecuador, Namibia o Togo, entre otros.

<sup>50</sup> Con los mismos costes tenemos, entre otros, los siguientes países: Republica de Corea, Bosnia Herzegovina y Marruecos.

para el crecimiento de la actividad económica, las instituciones europeas han desarrollado numerosos impulsos a la creación de condiciones favorables a la constitución de las empresas. Teniendo en cuenta que tales indicaciones advienen desde los años noventa es extraño que actualmente aún no se encuentren completamente concretizadas en todos los Estados miembros.

De hecho, ya la Comisión, en su Recomendación de 22 de abril de 1997 sobre mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (97/344/CEE), alertaba sobre determinados problemas a los que los emprendedores y las empresas tenían que hacer frente, particularmente: el entorno administrativo cambiante que impone enormes cargas a las empresas; la cantidad exagerada de registros y autorizaciones específicas; el desánimo de los emprendedores frente a la enorme burocracia; el excesivo tiempo necesario para la puesta en marcha de una sociedad mercantil; la falta de integración de las nuevas tecnologías en el derecho societario... Obsérvese, entonces, que ya desde aquella temprana fecha la Comisión apuntó como un factor negativo para la creación de empresas la falta de utilización de las nuevas tecnologías de la información en el Derecho societario. Para superar esos obstáculos, la Comisión recomendó, entre otras medidas, la reducción y simplificación de las cargas administrativas que soportan las empresas; la coordinación entre los servicios públicos; la creación de puntos de contacto únicos para la puesta en marcha de empresas; o poner a disposición formularios únicos para el mismo fin.

Asimismo, el Consejo Europeo de Feira aprobó, en junio de 2000, la Carta Europea de la Pequeña Empresa que refería la necesidad de una disminución de costes en el momento de constitución de las sociedades con el objetivo de crear un tejido empresarial más competitivo. La ejecución de la Carta Europea de la Pequeña Empresa se concretó con el “Programa plurianual a favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para las PYMES”.

Posteriormente, en febrero de 2002, se pronunció el Parlamento Europeo, en la Conferencia de Ministros de Economía de Aranjuez de 2002, mediante Resolución (2002/0079) sobre la Estrategia para el pleno empleo y la inclusión social, en la que estimulaba a los Estados miembros a apoyar el uso de formularios estándar y, una vez más, el uso intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación en los intercambios de información con las Administraciones públicas, en particular en los

procedimientos relativos a los registros y publicidad de la creación de empresas en consonancia con la *Carta de Feira*.

En el mismo sentido, en febrero de 2002, los Ministros Europeos celebraron una conferencia sobre pequeñas y medias empresas – Conferencia de Ministros Europeos de PYME– donde se reforzó la necesidad de simplificar los procedimientos administrativos de las empresas.

Los mismos objetivos fueron remarcados en el Consejo Europeo de Barcelona que tuvo lugar en marzo de 2002.

Ya más recientemente, en el año de 2006, debemos destacar las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 23 y 24 de marzo, que reafirmaron la primordial importancia de crear condiciones favorables para las empresas. Asimismo, estipuló, el Consejo Europeo, como objetivo para el año de 2007, que la creación de una empresa en la UE, en particular una PYME, debería hacerse en el plazo medio de una semana<sup>51</sup>.

España, con el objetivo de cumplir las metas definidas por el Consejo Europeo, determinó, en su Consejo de Ministros, que se deberían analizar las trabas administrativas que pueden existir en la Administración General<sup>52</sup>.

España no concretó el objetivo marcado en el Consejo Europeo para el año 2007. En efecto, de acuerdo con el estudio *Doing Business*, son necesarios una media de 47 días y 10 procedimientos para poner en marcha una empresa<sup>53</sup>, sin incluir los gastos

---

<sup>51</sup> Se puede leer en el punto 30 de las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 23 y 24 de marzo de 2006 que “Los Estados miembros deberían establecer antes de 2007 la ventanilla única -o disposiciones de efecto similar- para que la creación de una empresa se efectúe de manera rápida y sencilla. Los Estados miembros deberían tomar las medidas adecuadas para reducir considerablemente el plazo medio necesario para crear una empresa, en especial una PYME, con el objetivo de poder hacerlo en el plazo de una semana en cualquier país de la UE antes de finales de 2007. Los gastos iniciales que requiere la creación de una empresa deberían ser lo más bajos posible y la contratación del primer empleado debería poder hacerse con un solo contacto con la Administración”.

<sup>52</sup> “A propuesta del ministro de Administraciones Públicas, el Consejo de Ministros, en su reunión de 30 de marzo de 2007, acordó los programas y políticas que serían objeto de evaluación en 2007: el Programa Nacional de Reformas de España; los trámites administrativos para la creación de empresas; el registro nacional de emisión de gases de efecto invernadero; y, la calidad de los servicios de los museos de titularidad estatal.” Cfr. Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, Ministerio de Administraciones Públicas, *Trámites administrativos para la creación de empresas en España (E06-2007)*, Colección “Evaluaciones de la Agencia”, n.º 6, Madrid, diciembre 2007, página 2. (disponible en edición electrónica volumen 6 en el [site http://www.map.es/publicaciones/Agencia estatal de evaluacion de las politicas publicas/monografias/parrafo/018/text\\_es\\_files/file1/E06-2007.pdf](http://www.map.es/publicaciones/Agencia%20estatal%20de%20evaluacion%20de%20las%20politicasy%20calidad%20de%20los%20servicios/parrafo/018/text_es_files/file1/E06-2007.pdf)).

<sup>53</sup> La sociedad en la cuál el estudio *Doing Business* se basa es la sociedad de responsabilidad limitada que representa la forma más popular de empresa en el país de referencia, tiene cinco propietarios y opera en la ciudad más populosa del país. Así, relativamente a España los datos se refieren a Sociedades Limitadas,

en el manejo de licencias que son, de media, de acuerdo con el mismo estudio, de 233 días distribuidos en la satisfacción de 11 procedimientos. Como avanzamos anteriormente, los datos apurados más recientemente siguen siendo desastrosos, desde luego, porque en España la puesta en marcha de un negocio exige en 2010 los mismos 47 días que exigía en 2007 y exactamente el mismo número de trámites procedimentales para obtener las licencias y, más grave, los mismos 233 días. No ha producido, así, ningún avance con relación a los datos apurados para el año de 2007.

La disparidad entre el tiempo necesario en España para crear una empresa y el tiempo empleado en otros países es efectivamente enorme. Así, por ejemplo, los 5 días y solamente un procedimiento necesario para crear una empresa en Canadá y los 75 días para la tramitación de licencias; o los 6 días y los 6 procedimientos en los Estados Unidos, más los 40 para la obtención de las licencias. En los países del entorno de España, destacamos los 6 días y el mismo número de procedimientos necesarios para crear una empresa en Portugal, que ha disminuido un procedimiento y un día desde el Informe de 2007. Asimismo, en Francia se puede poner en marcha una empresa en 7 días mediante la práctica de cinco procedimientos. A su vez, en el Reino Unido son necesarios 13 días para completar 6 procedimientos. Italia sigue exigiendo 6 procedimientos desde los datos aportados en 2007, aunque ha disminuido el número de días para completar la creación de la empresa de 13 a 10. En cuanto a los días necesarios para la gestión de licencias, Portugal ocupaba ya en 2007 el último lugar, en referencia a los países ahora mencionados, con la exigencia del cumplimiento de 20 procedimientos que ocupan, por media, 326 días. Actualmente, sigue ocupando el último lugar, aunque no podemos dejar de mencionar el significativo avance que se puede notar, ya que se exige, ahora en 2010, el cumplimiento de 19 procedimientos que se concretizan en 287 días, lo que implicó una progreso de más de un mes. Aun así sigue estando muy por detrás de la mayoría de los países de referencia y por eso deberá seguir intentado disminuir estos plazos. A su vez, Francia, que en 2007 ocupaba el primer lugar permitiendo la obtención de las licencias en regla, en un periodo de 137 días con la concretización de cerca de 13 procedimientos, sigue, en 2010 exigiendo los mismos 13 procedimientos pero ha reducido dos días en su concretización. Aún así,

---

creadas en Madrid, por procedimientos tradicionales y sin actividad específica. Cfr. Grupo del Banco Mundial, *Doing Business 2008*, Mayol Ediciones, página 80.

Francia ha sido superada por el Reino Unido, que consiguió una disminución notoria al reducir la exigencia de 19 procedimientos hasta 11 y de 144 días a 95, razón por la que ocupa el primer lugar de los países aquí en referencia. Italia ocupa el tercer puesto con la exigencia del cumplimiento de 14 procedimientos y la duración de 257 días, datos que mantiene desde el estudio de 2007.

Ante la decisión del Consejo de Ministros de Lisboa que estableció el objetivo del plazo de una semana para la creación de una empresa en los Estados miembros, fue necesario estudiar nuevamente la situación de cada uno de los Estados miembros<sup>54</sup>. El estudio se centró exclusivamente en la sociedad mercantil más popular de los Estados miembros, es decir, en la sociedad limitada<sup>55</sup>. Primeramente, el estudio pretendía analizar, por una parte, los procedimientos necesarios para la obtención de personalidad jurídica y, por otra, los manejos de licencias de las actividades estudiadas, pero, en octubre de 2007, el estudio fue reducido hasta la obtención de la personalidad jurídica porque, ante la grande heterogeneidad de procedimientos en los diferentes países no era viable hacer un estudio conclusivo sobre licencias administrativas. Aún así, se concluyó que el coste medio para crear una empresa en la Unión Europea ronda los 485 €, con un plazo de entre 10 y 12 días; mientras que en España el coste medio se sitúa en 617 € con un plazo medio de entre 30 y 40 días.

De las consideraciones anteriores cabe concluir que la tramitación administrativa para la creación de empresas en España es más compleja, más lenta y más costosa que en el resto de los países de su entorno. Cambiar esta situación es muy importante, principalmente porque el actual estado de las cosas representa una clara desventaja competitiva ante un mercado económico cada vez más libre. En verdad, los inversores y emprendedores internacionales buscan los países que menos trabas administrativas presentan y que proporcionan una constitución de empresas más rápida y barata.

No podemos olvidar que el referido objetivo de superar las trabas administrativas, solamente puede ser logrado si no interfiere con el objetivo principal de

---

<sup>54</sup> Cfr. Cfr. Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, Ministerio de Administraciones Públicas, *Trámites administrativos para la creación de empresas en España (E06-2007)*, Colección “Evaluaciones de la Agencia”, n.º 6, Madrid, diciembre 2007, página 36 y siguientes.

<sup>55</sup> Las empresas estudiadas fueron: un fabricante de productos de acero o aleaciones; un fabricante de aparatos, instrumentos o componentes electrónicos; un hotel con restaurante; una empresa de fontanería.

la seguridad jurídica<sup>56</sup>. Obsérvese que, siendo fundamental que el Estado permita y promueva el derecho constitucional de la libertad de empresa, favoreciendo con ello que los ciudadanos puedan llevar a cabo actividades empresariales, no es menos importante que garantice también la seguridad jurídica y exija el cumplimiento de las normas de protección al ciudadano. Lamentablemente, a menudo la seguridad jurídica solamente es alcanzada a coste de una tramitación administrativa que, a su vez, dificulta (o puede dificultar) la concreción del principio de la libertad de empresa. Es por eso que es importante un compromiso de equilibrio entre los intereses ahora mencionados. Es decir, es necesaria una efectiva disminución de la tramitación administrativa que no ponga en peligro la seguridad jurídica.

Recientemente, el Consejo de la Unión Europea, en las Conclusiones de la Presidencia, se congratuló de los progresos alcanzados en 2007, dado que todos los Estados miembros han agilizado los procedimientos para la creación de las empresas estableciendo, por ejemplo, ventanillas únicas o disposiciones similares que, en especial a través de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, facilitan considerablemente la puesta en marcha de las empresas<sup>57</sup>.

En efecto, entre otras medidas que no pueden ser olvidadas, creemos que la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación pueden ser muy útiles en la creación de las empresas y pueden alcanzar la solución de equilibrio que arriba referimos. Actualmente España las utiliza, pero, en nuestra opinión, de forma poco eficaz. Realmente, la tramitación electrónica que es utilizada en la creación de empresas no dispone de una información suficiente para que los inversores la utilicen y, por lo tanto, hasta la fecha, la mayor parte de las empresas con forma jurídica de sociedad mercantil siguen creándose sin recurrir a las nuevas tecnologías.

---

<sup>56</sup> Para la OCDE las trabas administrativas acarrear, además, el fomento de la corrupción una vez que muchas empresas recurren a vías no legales para alcanzar su legalización; y, por otra parte, favorece la existencia de empresas que van a actuar en el mercado sin todavía tener los permisos exigidos por la legislación. Cfr. *OCDE, Framework for the Evaluation of DMR & Entrepreneurship Policies and Programmes. Final draft, CFE/SME, 2007.*

<sup>57</sup> Cfr. Consejo de la Unión Europea, *Conclusiones de la Presidencia – 13 y 14 de marzo de 2008*, página 6 e siguientes. Disponible en el site, consultado por la ultima vez en el día 10 de octubre de 2008, [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_Data/docs/pressdata/es/ec/99415.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/es/ec/99415.pdf)



## **2. Tipología empresarial. En especial la empresa social**

Antes de intentar demostrar cuáles son las trabas administrativas más significativas en la creación de las sociedades mercantiles y de qué manera pueden contribuir las nuevas tecnologías de la información para reducir las dificultades asociadas a los procedimientos y al tiempo inherentes a la creación de las sociedades, tenemos que hacer algunos breves apuntes sobre las formas jurídicas de las empresas, prestando especial atención a las sociedades mercantiles de capital, por ser éstas las formas jurídicas de empresa predominantes en el tráfico mercantil.

En verdad, ante la decisión de crear una empresa, la primera y más relevante decisión consiste en elegir la forma jurídica más adecuada. Es decir, si se pretende adquirir el estatuto de empresario individual o de empresario social y, en tal caso, la forma de sociedad mercantil que mejor se ajusta a las características de la empresa y a las necesidades del fundador o fundadores de la misma.

El Código de Comercio dispone, en su art.1, que son sujetos mercantiles el comerciante individual y el empresario social o sociedades mercantiles. La norma no define al empresario, limitándose a establecer que el empresario es quien ejerce el comercio de forma habitual, incluyendo a las sociedades mercantiles. Sin embargo, conviene advertir que actualmente la correspondencia entre comercio y actividad mercantil que existió otrora no ocurre más. De esta forma, en el presente, el comercio es solamente un sector de la actividad mercantil, tal como el comerciante es únicamente una clase de empresario. Así las cosas, es importante precisar el concepto general de empresario que, como se antevé, no se centra exclusivamente en la figura del comerciante, comprendiendo también otros sectores de la actividad económica en los cuáles el sujeto opere, como son los casos de la industria y de los servicios. Además, la noción de comerciante individual definida en el Código de Comercio – *“son comerciantes para los efectos de este Código los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente”* – tiene que ser precisada una vez que, por una parte, no hace mención a todos los elementos esenciales del concepto y,

por otra parte, al exigir la capacidad legal para actuar en el tráfico deja de lado aquellos que son empresarios mientras carecieren de la capacidad<sup>58</sup>.

Lo anteriormente dicho permite concluir que no existe una norma legal que comprenda la definición completa de empresario, de modo que tal concepto debe ser construido tomando como punto de partida las normativas en vigor al respecto. Así – escribe el maestro ÁNGEL ROJO – , “*es empresario la persona natural o jurídica que, por sí o por medio de representantes, ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad*”<sup>59</sup>. El concepto jurídico de empresario que ahora relatamos adviene del concepto económico de empresario, que lo define como la persona que coordina y dirige de forma directa distintos factores de producción, asumiendo una función de intermediación que pretende ajustar el proceso productivo a un determinado programa, asumiendo el llamado *riesgo de empresa*, esto es, que con el desarrollo de la actividad no obtenga lo suficiente para cubrir los costes que la misma representa<sup>60</sup>. Pero, el concepto jurídico de empresario no se confunde con el concepto económico, desde luego, porque aquél no exige que el empresario desarrolle la actividad de forma directa y personal, al contrario de lo que sucede con éste. Así, frente al concepto jurídico de empresario, y como ya vimos arriba, lo más importante es que la actividad empresarial sea ejercitada en nombre del empresario independientemente de si es o no él que la desarrolla directamente. Por eso es posible que personas que no tienen capacidad jurídica para tanto puedan ser clasificados como comerciantes siempre que en su nombre actúen los representantes; y lo mismo sucede con las personas jurídicas que, obviamente, solo pueden actuar a través de personas naturales. Así, fácilmente concluimos que, en

---

<sup>58</sup> Así sucede con los menores de dieciocho años y con los incapacitados que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 5 CCom, “*podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio*”.

<sup>59</sup> Cfr. ÁNGEL ROJO, «Lección 2 – El Empresario», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, coordinación a cargo de Aurelio Menéndez Menéndez, 2ª ed., Editorial Civitas, 2005, páginas 41-68, aquí página 42; y ÁNGEL ROJO, «Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial» en *Curso de Derecho Mercantil*, dirección a cargo de RODRIGO URÍA y AURELIO MENÉNDEZ y coordinación de MARIA LUISA APARICIO, Thomson Civitas, 2ª ed, 2006.

<sup>60</sup> Nótese que, en los sistemas capitalistas, el poder de dirección de los elementos personales y materiales que hacen parte del establecimiento a cargo del empresario es justificado por la asunción del riesgo de empresa; lo mismo sucede en relación a la apropiación de las ganancias resultantes de la actividad desarrollada que se considera legítima a causa, otra vez, del referido riesgo de empresa.

sentido jurídico, empresario es quien ejercita de forma habitual en su nombre una actividad empresarial<sup>61</sup>. Por lo demás, la actividad empresarial desarrollada por el empresario es una actividad económica que se realiza teniendo por base un método económico que busca, al menos, cubrir los costes inherentes a la actividad. Así pues, el ánimo de lucro, no es requisito esencial para la condición de empresario, no obstante estar, como se sabe, en la base de la mayoría de las actividades económicas. De otra forma, podemos afirmar que, en el Derecho Español, no se niega la condición de empresario a quien no tiene ánimo de lucro.

Como referimos arriba, distinguimos entre el empresario individual y el empresario social, o empresario-persona natural y empresario-persona jurídica. Tal clasificación se encuentra ya en el art. 1 CCom de 1885, que considera comerciantes “*las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código*”. Sin embargo, como tendremos ocasión de demostrar más adelante, las personas jurídicas que asumen la condición de empresario no son exclusivamente sociedades mercantiles. En verdad, pueden adquirir la condición de comerciante otras personas jurídicas distintas de las sociedades mercantiles desde que ejerzan una actividad empresarial –muchas veces es cierto con carácter instrumental al fin último no lucrativo que persiguen– como sucede en los casos de las asociaciones-empresa y fundaciones-empresa.

El empresario individual se define como la persona física o natural que realiza en su nombre, por sí o por medio de representante, una determinada actividad comercial, industrial o profesional<sup>62</sup>. Como ya apuntamos, con arreglo a lo dispuesto en

---

<sup>61</sup> Porque tratándose de una actividad profesional, la misma tiene que ser desarrollada de forma habitual y no ocasional. Significa esto que la práctica aislada de un acto de comercio no confiere la calidad de comerciante a su practicante, lo cual no impide que le resulten aplicables normas mercantiles, como las relativas a la propiedad intelectual y el derecho de la competencia. No obstante, el comerciante puede tener más de una profesión, es decir, puede acumular con la profesión de comerciante otra u otras si la ley no lo impida. Tampoco es necesario que la actividad sea desarrollada de forma continua. Véanse los casos de las llamadas actividades cíclicas o de temporada que aunque se desarrollaren solamente en determinadas épocas nadie duda de su mercantilidad.

<sup>62</sup> Un pequeño apunte sobre los profesionales liberales que, no obstante desarrollar una actividad profesional, han permanecido tradicionalmente al margen del Derecho Mercantil. Los comerciantes están sometidos a un régimen propio que se funda en el hecho de desarrollar actividades que requieren un determinado grado de organización, con carácter profesional y habitual. Al respecto de los profesionales liberales, podemos decir que, hasta hace pocos años, eran considerados meros prestadores de servicios que ni coordinaban ni organizaban los factores de la producción. Pero esta definición de profesionales liberales ha cambiado, y resulta hoy día que existen ya muchos profesionales liberales que efectivamente coordinan y organizan los factores de la producción e incluso se organizan de modo semejante al de los empresarios. Además, son ya muchos los profesionales liberales que ejercen su actividad bajo formas

el art. 1 CCom., el empresario individual recibe el nombre de comerciante. El empresario integra la empresa en su patrimonio personal, asumiendo en su propio nombre la gestión y el control de la organización empresarial, sin perjuicio de que pueda valerse de auxiliares, así como la responsabilidad por todas las obligaciones que sean contraídas en el seno de la empresa, de acuerdo con el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1902 CC). El domicilio del empresario individual coincide, como regla general, con su domicilio civil, es decir, el lugar de su residencia habitual<sup>63</sup>.

Las características ahora apuntadas revelan que se trata de una forma empresarial que se encuentra dirigida para el funcionamiento de pequeñas empresas, en verdad de empresas de tamaño muy reducido, y ya no es idónea para el funcionamiento de medianas y, sobre todo, de grandes empresas. Teniendo en cuenta que no se constituye una persona jurídica distinta del empresario individual, es natural que sea la forma empresarial que requiere menos trámites jurídicos y que resulta más económica.

El mayor inconveniente apuntado a esta forma empresarial reside en el hecho de que el empresario responde con todo su patrimonio personal de las deudas generales resultantes de la actividad mercantil, con todas las consecuencias que tal régimen acarrea<sup>64</sup>.

Es fundamentalmente a causa del inconveniente ahora mencionado que la mayor parte de los emprendedores optan por una forma empresarial distinta de la del

---

jurídico-societarias mercantiles, cuando la ley así lo admite. No obstante esta aproximación entre empresarios y profesionales liberales, que empieza a derivar en un concepto amplísimo de empresario entendido como operador económico al que le resultan aplicables normas propias del derecho mercantil, entre ellas las relativas al derecho de la competencia, el Derecho Español aún no concede formalmente la condición de empresario a los profesionales liberales a título individual; pero sí se reconoce expresamente el carácter mercantil (y, por tanto, de empresario social) a las sociedades profesionales constituidas de acuerdo con la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, alterada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, siempre que adopten formas societarias propiamente mercantiles (sociedades colectivas, anónimas, limitadas). De acuerdo con el art. 1.º de la Ley 2/2007, las sociedades de profesionales son aquellas que tienen por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, lo que significará, en los términos de dicha ley, que el efectivo desempeño de la actividad profesional exige titulación universitaria oficial o titulación profesional. Afirma igualmente el párrafo 2 del mismo precepto legal que “*las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes*” y que, en su caso, se regirán por lo dispuesto en la Ley de sociedades profesionales y de forma supletoria por las normas que rigen la forma social adoptada. Para más desarrollos cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, Civitas-Tomson Company, 2009.

<sup>63</sup> Cfr. Art. 40 CC que refiere que “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

<sup>64</sup> Y si el empresario esta casado puede suceder que sus actividades alcancen al otro cónyuge no comerciante. Sobre el régimen de responsabilidad del comerciante casado, cfr., arts. 6-12 Ccom.

empresario individual; a saber, la del empresario social. Aunque, como es sobradamente conocido, no todas las clases de empresarios sociales permiten limitar la responsabilidad de los socios al capital aportado, como veremos en seguida.

Nuestro estudio abarca solamente la forma societaria que, como es sabido, es aquella que representa el mayor número de empresarios en la actualidad y sobre la cual existen más disposiciones específicas<sup>65</sup>. La forma societaria implica, en su génesis, la unión de dos o más personas físicas o jurídicas que se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con el objetivo de repartir entre sí las ganancias (art. 1665 CC). Esa unión de personas adquiere personalidad jurídica propia (cfr., art. 35.2º CC), es decir, origina la creación de un nuevo ente, una persona jurídica, entendida como un nuevo centro unitario de imputación y responsabilidad diferente y ajeno a los socios que la integran. El nacimiento de la personalidad jurídica<sup>66</sup> requiere una serie de trámites distintos en función del tipo societario escogido por los fundadores; así puede nacer con un simple contrato de sociedad entre los socios fundadores (como sucede con la sociedad civil), o bien puede necesitar superar trámites formales, como la elevación a público del negocio constitutivo mediante una escritura notarial y la inscripción de esa escritura constitutiva en el Registro mercantil. Aunque actualmente, la legislación societaria más acabada –la relativa a sociedades mercantiles de capital– reconoce la existencia de personalidad jurídica, siquiera imperfecta o relativa, en las sociedades en formación (aquellas pendientes de inscripción registral) y en las sociedades irregulares (aquellas donde la inscripción ha fracasado al superarse el plazo legal sin solicitarla, pero abiertas en todo caso a una posible inscripción extemporánea), como demuestra el tenor literal de los arts. 15 y 16 TRLSA 1989 y 11.3 LSRL 1995 (ahora, arts. 36-40 TRLSC 2010)<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Conviene aun así hacer un pequeño apunte sobre las comunidades de bienes regladas en el art. 392 y ss CC. De acuerdo con dicho precepto “*hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*”. Se trata de una institución jurídica que no aparece revestida de personalidad jurídica. En lo que concierne a la responsabilidad por las deudas contraídas en el desarrollo de una actividad empresarial en nombre de la comunidad de bienes, jurisprudencia y doctrina están de acuerdo en recalificar las comunidades de bienes como sociedades colectivas y hacer a los respectivos comuneros responsables subsidiarios, personales y solidarios entre sí por el pago de las dichas deudas.

<sup>66</sup> Cuando hablamos en el nacimiento de un nuevo ente de Derecho hablamos de forma meramente metafórica porque, en verdad, lo que sucede es un aislamiento del patrimonio común.

<sup>67</sup> Para más desarrollos *vide*, entre otros, ALONSO UREBA, A., «La sociedad en formación», en *Derecho de Sociedades Anónimas, Estudios en Homenaje a Girón Tena*, I, «La Fundación», Madrid, Civitas, 1991; y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ J.A., *La sociedad de capital en formación*, Aranzadi, 1996.

De entre las sociedades, que pueden ser civiles<sup>68</sup> o mercantiles, nos importan solamente las sociedades mercantiles, es decir, las sociedades que según el art. 116 CCom se constituyen cuando “*dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro*” y que será mercantil “*cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código*”<sup>69</sup>. Esas últimas se dividen, tradicionalmente en dos bloques distintos: sociedades personalistas y sociedades de capital<sup>70</sup>. En las sociedades personalistas lo más importante es quiénes son los socios, es decir, las personas que componen la sociedad y la colaboración activa entre ellas para conseguir el fin común (*intuitus personae*). Al contrario, en las llamadas sociedades capitalistas prima la esencia patrimonialista (*intuitus pecuniae*), importando, sobre todo, la constitución de un patrimonio de explotación y de responsabilidad (capital social) formado por las aportaciones dinerarias y no dinerarias de los socios, que reciben a cambio acciones o participaciones representativas (cuotas alícuotas) del capital social y no responden por las deudas sociales.

En la actualidad, fruto de la evolución estructural de las sociedades de capital potenciando su esencia patrimonialista (*intuitus pecuniae*) frente al elemento plurisubjetivo tradicional que exige una colaboración entre socios, se reconocen plenamente las sociedades de capital con un solo socio (sociedad unipersonal), incluso *ab initio* (cfr., arts. 125-129 LSRL y 311 LSA; cfr., actualmente, arts. 12-17 TRLSC)<sup>71</sup>.

Son consideradas sociedades personalistas la sociedad regular colectiva y la sociedad comanditaria. Las sociedades colectivas se encuentran reguladas en el art. 125 y siguientes CCom y se caracterizan fundamentalmente por el hecho de que todos los socios están llamados a la gestión social (autoorganicismo) y están “*obligados personal*

---

Concretamente sobre la naturaleza jurídica de la sociedad unipersonal en formación *vide* CARBAJO CASCÓN, Fernando, *La sociedad de capital unipersonal*, Aranzadi Editorial, 2002, p. 329 y ss.

<sup>68</sup> Las sociedades civiles son reguladas por las disposiciones del Código Civil salvo aquellas que revistan las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, refiere art. 1670 CC, que “les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código”.

<sup>69</sup> Sobre la mercantilización objetiva y subjetiva *vid.*, entre otros, CÁNDIDO PAZ-ARES, «Las sociedades mercantiles» en AAVV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, bajo dirección de Aurelio Menéndez, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2008, pp 267 y ss.

<sup>70</sup> Para un mayor desarrollo de la noción de sociedades mercantiles y, asimismo, para un estudio sobre los conceptos de las sociedades personalistas y capitalistas *vid.*, por todos, URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., (en Estudio Colectivo): *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edición, Madrid, 2006; y VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

<sup>71</sup> Para un mayor desarrollo *vide* CARBAJO CASCÓN, Fernando, *La sociedad de capital unipersonal*, Aranzadi Editorial, 2002.

y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla”<sup>72</sup>. Entonces, de una forma resumida, podemos afirmar que la sociedad colectiva se caracteriza por explotar una actividad mercantil que debe tener carácter duradero o permanente y por tener una razón social común bajo la cual se produce el ejercicio de la actividad. En relación con la responsabilidad de los socios que, como referimos anteriormente, es ilimitada y, por tanto, obliga a los socios a responder personal e ilimitadamente, con carácter subsidiario a la sociedad-persona jurídica (previa excusión de los bienes sociales) por las deudas sociales ante los acreedores, no puede ser limitada en el contrato de sociedad, es decir, adviene de un precepto legal absolutamente imperativo.

La participación de los socios en la vida de la sociedad es muy elevada y muchos son los asuntos que reclaman la formación de la voluntad social. Nótese que sobre la formación de los acuerdos sociales no hay ningún procedimiento preestablecido y por eso son admisibles todas las formas de agregación de las voluntades individuales. Así, los socios podrán emitir su voluntad de forma escrita y hasta verbal a través de hechos concluyentes<sup>73</sup>.

Como tendremos ocasión de demostrar más adelante, las nuevas tecnologías pueden ser una herramienta en la formación de los acuerdos sociales. Teniendo en cuenta la libertad existente en las sociedades colectivas para la formación de la voluntad social, las nuevas tecnologías pueden ser utilizadas en su máxima plenitud, es decir, los socios pueden no sólo formular su voluntad mediante documentos electrónicos sino que la propia junta o asamblea de socios se puede reunir a través de medios telemáticos y así recoger las deliberaciones y votos de los socios. A falta de pacto en contrario, el ejercicio del derecho de voto es personal y los acuerdos son tomados por unanimidad. Las nuevas tecnologías también son una herramienta útil en el ejercicio del derecho de la información de los socios que, como es sabido, en las sociedades colectivas es muy amplio, permitiendo un verdadero derecho de inspección o de examen para que los socios -que como referimos tienen asumen una responsabilidad ilimitada relativamente a las deudas sociales- puedan comprobar el estado de la administración (cfr., arts. 129-

---

<sup>72</sup> Cfr. art. 127 del CCom.

<sup>73</sup> Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 2 de noviembre de 1975.

133 Ccom). Este derecho, al permitir que los socios examinen toda la documentación, incluyendo los justificantes contables, también puede ser ejercido mediante medios telemáticos, siempre que así se prevea estatutariamente.

A su vez, la sociedad comanditaria presenta, desde luego, una especificidad frente a la sociedad colectiva, que reside en el hecho de que en ella conviven dos tipos de socios: los socios colectivos y los socios comanditarios. Los primeros, que son equiparados en sus derechos y en sus deberes a los socios de la sociedad regular colectiva, quedan obligados personal y solidariamente a las resultas de las operaciones de la sociedad. Los segundos, son solamente responsables por las obligaciones y pérdidas de la sociedad hasta el límite de los fondos que colocaran o se obligaran a colocar en la sociedad<sup>74</sup>. Además las sociedades en comandita pueden tener su capital dividido en acciones o no; si lo tienen son designadas de sociedades en comandita por acciones<sup>75</sup>; si no, son llamadas de sociedades en comandita simple. Fíjese que doctrinalmente la sociedad comanditaria por acciones no se comprende como una forma de la sociedad comanditaria sino como una sociedad sui generis, de naturaleza híbrida, entre capitalista (socios comanditarios accionistas) y personalista (socios colectivos encargados de la gestión)<sup>76</sup>.

A su vez, son sociedades de capital la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. En ambos casos nos encontramos ante sociedades mercantiles por razón de la forma escogida, independientemente del objeto (cfr., arts. 3 TRLSA y 3 LSRL; cfr., art. 2 TRLSC).

La sociedad anónima es regulada por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 cuyo art. 1 afirma que el capital de esas sociedades estará dividido en acciones y que los socios no asumen una responsabilidad personal por las deudas sociales y participan en la sociedad en proporción al número de acciones de que disponen. Asimismo en la sociedad de

---

<sup>74</sup> Cfr. Art. 140 CCom.

<sup>75</sup> Cfr. Art. 151 y ss CCom (cfr., art. 1.4 TRLSC 2010).

<sup>76</sup> En este sentido refiere JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA que “...en contra de lo que parece sugerir su propia denominación, esta sociedad no se concibe legalmente como una clase o modo de la sociedad comanditaria, sino antes bien como una sociedad anónima especial”. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, «La sociedad anónima: principios fundamentales. La fundación de la sociedad anónima. Las aportaciones sociales. La sociedad comanditaria por acciones.» en en *Lecciones de Derecho Mercantil*, bajo dirección de Aurelio Menéndez, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2008, página 301.



responsabilidad limitada, regulada por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, los socios no responden personalmente de las deudas sociales pero el capital social, al contrario del de las sociedades anónimas, no se encuentra dividido en acciones, sino en participaciones sociales que no son valores mobiliarios. Ambas leyes se han refundido en el reciente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, unificando la sistemática y muchos aspectos de su normativa, pero conservando asimismo las especificidades más características de cada tipo social<sup>77</sup>.

La sociedad anónima constituye el paradigma o prototipo conceptual de sociedad de capital, pero, sin duda, la forma societaria más extendida en el derecho español -al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos extranjeros- es la sociedad de responsabilidad limitada, que presenta importantes especificidades tipológicas y normativas respecto a la sociedad anónima, destacando, sobre todo, por un régimen jurídico mucho más flexible, plagado de normas dispositivas.

También la sociedad de responsabilidad limitada tiene una regulación autónoma, aunque muchos de sus aspectos se rijan en común con lo previsto para las sociedades anónimas por la proximidad conceptual y finalista entre ambas, confirmada ahora por la nueva sistemática reflejada en el TRLSC 2010. Los motivos de la autonomía normativa de la sociedad limitada son bien comprensibles, visto que son esas las sociedades que completan la mayor parte del tejido empresarial de los países de la Europa. Se trata de una sociedad que presenta, entre otras características y tal como resulta directamente de la Exposición de Motivos de la LSRL 1995, una cierta flexibilización de su régimen jurídico, que le concede alguna polivalencia funcional al permitir que los socios asuman el protagonismo en la ordenación de las relaciones sociales, una vez que admite que ellos definan una gran parte del régimen que pretenden aplicar a su sociedad de acuerdo con las necesidades y especificidades que la misma presenta.

En 2003, mediante la Ley 7/2003, de 1 de Abril, el legislador adicionó un nuevo capítulo, el XII – arts 130 y 134 –, en la LSRL y creó un subtipo de la sociedad de

---

<sup>77</sup> El régimen de las sociedades mercantiles es completado con el Reglamento del Registro Mercantil, de 19 de julio de 1996, que desarrolla muchos de los aspectos referidos en la Ley. Además de la legislación ahora apuntada, hay que tener en cuenta normativa específica de sociedades anónimas especiales o de subtipos societarios en razón de su actividad específica o del hecho de actuar en mercados intensamente reglamentados. Así sucede con las sociedades anónimas cotizadas y con las sociedades de seguros, bancos, de capital de riesgo, entre otras.

responsabilidad limitada, la denominada Sociedad Nueva Empresa (cfr., Título XII, arts. 434-454 TRLSC 2010) Así, el legislador partió de la tipología de la sociedad de responsabilidad limitada y simplificó su régimen sustantivo y los trámites del proceso constitutivo. El objetivo principal para la creación de la sociedad nueva empresa reside en el fomento de la inversión en la pequeña y mediana empresa, facilitando los trámites de creación y funcionamiento de empresas en forma de sociedad, y consecuentemente impulsar el desarrollo de la actividad económica y generar más empleos. Más adelante tendremos ocasión de mostrar cómo el legislador fomenta la utilización de las nuevas tecnologías en la creación de la sociedad nueva empresa y como ellas agilizan el proceso constitutivo.

La organización corporativa de la sociedad anónima, así como la de la sociedad de responsabilidad limitada, se basa en la existencia de una dualidad de órganos: el órgano deliberante y el órgano ejecutivo. El primero, el deliberante, tiene como objetivo reunir los socios y expresar la voluntad social, es la junta general. El segundo, el ejecutivo, tiene como tarea hacer la gestión de la sociedad y representarla en las relaciones con terceros. En los dos próximos capítulos de este trabajo haremos una exposición más detallada sobre los órganos de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada y sobre la posibilidad de utilización de las nuevas tecnologías en su funcionamiento.

En este estudio no vamos analizar la sociedad cooperativa, sin embargo conviene hacer una pequeña referencia a sus principales características. La sociedad cooperativa es una asociación de personas (físicas o jurídicas) que presentan intereses o necesidades socio-económicas comunes y, para tanto, desarrollan una actividad empresarial. Los resultados económicos se imputan a los socios, después de considerados los fondos comunitarios, en función de la actividad cooperativa que practican. Se trata, por lo tanto, de una sociedad que presenta un elevado carácter social y cuyo objetivo se centra en facilitar a sus socios determinadas ventajas que pueden ser bienes o servicios o cualesquiera ventajas económicas al precio más bajo posible, cuando se tratan de las cooperativas de consumo, o retribuir sus prestaciones al precio más elevado posible, en el caso de las llamadas cooperativas de producción. Otras características apuntadas a las sociedades cooperativas se relacionan con el régimen de libre adhesión y baja voluntaria de las personas que a ella se asocian y,

fundamentalmente, con el funcionamiento de la propia cooperativa, que es verdaderamente democrático con arreglo a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional. Las sociedades cooperativas están reguladas por la Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas. Nótese que la precedente ley solamente abarca las cooperativas de ámbito estatal porque en relación con aquellas que presentan un carácter regional son reguladas por las legislaciones de las respectivas Comunidades Autónomas que, en este ámbito, poseen legislación propia, al no tratarse de una competencia exclusiva del Estado. La constitución de una sociedad cooperativa exige, además, la celebración de la escritura pública y la inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas, con lo que adquirirá personalidad jurídica. El capital social de la cooperativa estará constituido por las aportaciones de los socios a las cuáles éstos limitaran su responsabilidad por las deudas sociales. Los órganos de las cooperativas son la asamblea general, órgano deliberativo, el consejo rector, órgano de gestión, y la intervención, órgano de fiscalización de la cooperativa.

Para finalizar este pequeño encuadramiento sobre los protagonistas del Derecho mercantil veamos si las asociaciones y las fundaciones pueden ejercer la actividad mercantil.

El Derecho de Asociación se encuentra regulado en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo<sup>78</sup>. En primer lugar es necesario asentar que a las asociaciones no les está vedado el ejercicio de la actividad mercantil, ni a las asociaciones de utilidad pública. Como regla general, las asociaciones ejercen una actividad principal, que no tiene carácter mercantil, y se dedican de forma marginal al ejercicio del comercio. Ahora bien, es igualmente posible que las asociaciones se dediquen de forma principal y aún exclusiva al ejercicio de la actividad empresarial, si bien con carácter meramente instrumental relativamente a los fines propios de la asociación, por lo que no pierden la naturaleza de asociación. Al respecto véase el art. 13 de la Ley reguladora del Derecho de Asociación que dispone, en el párrafo primero, que *“las asociaciones deberán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien habrán de atenerse a la legislación específica que regule tales actividades”*; añadiendo en su párrafo segundo que *“los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del*

---

<sup>78</sup> Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho de asociación: comentarios a la Ley orgánica 1-2002, de 22 de marzo*, 1ª ed., Madrid Civitas, 2002.

*ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo*". Si no se cumple lo ahora referido, es decir, si no se verifica la instrumentalización de la actividad mercantil y si las ganancias con ella obtenidas no se destinan exclusivamente a la ejecución de los fines de la asociación y se reparten entre los asociados se verifica un cambio en la naturaleza de la asociación que se convierte en una sociedad irregular. Pues bien, la cuestión que se impone es la siguiente: ¿pueden las asociaciones adquirir la condición de empresario? Sí, pueden<sup>79</sup>. En verdad, siempre que la asociación ejercita una actividad empresarial, con carácter instrumental respecto de sus fines, independientemente de realizar tal actividad de modo principal, secundario o accesorio, la asociación adquiere la condición de empresario, carácter de sujeto mercantil<sup>80</sup>.

A su vez, las fundaciones, regladas por la Ley 50/2002, de Fundaciones, también pueden realizar actividades empresariales. Fundaciones son organizaciones que no tienen ánimo de lucro y cuyo patrimonio se encuentra afectado de modo duradero a la realización de fines de interés general fijados por el fundador. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 24 de la Ley de Fundaciones y en el art. 23.2, del Reglamento de las Fundaciones de competencia estatal<sup>81</sup>, es lícito que las fundaciones desarrollen actividades económicas desde que las mismas tengan como objetivo alcanzar los fines fundacionales<sup>82</sup>. Asimismo, las fundaciones pueden participar en el capital de sociedades mercantiles en las cuales los socios no asuman responsabilidad personal por

---

<sup>79</sup> Para mayores desarrollos *Vid.* PÉREZ ESCALONA, Susana, *La asociación y el derecho de sociedades: una revisión en clave contractual*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2007 y PÉREZ ESCALONA, Susana, *El derecho de asociación y las asociaciones en el sistema constitucional español*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2007.

<sup>80</sup> No es así en todos los ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en Portugal, las asociaciones, mismo que realicen actividades mercantiles, no admiren la condición de comerciante porque el Código Comercial Portugués les niega tal condición. Cfr. art.s 14 y 17 del "Código Comercial".

<sup>81</sup> Aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre.

<sup>82</sup> Cfr. Art. 24/1, de la Ley de Fundaciones, que refiere que "1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia".

las deudas de la sociedad<sup>83</sup>. A semejanza de lo referido para las asociaciones, las fundaciones que ejerciten actividades mercantiles adquieren naturalmente la condición de empresario<sup>84</sup>.

Siempre que las fundaciones optan por ejercitar una actividad empresarial tienen que respetar lo estipulado en el art. 27 de la Ley de Fundaciones que, entre otras obligaciones, impone que la fundación destine el setenta por ciento de los ingresos netos obtenidos a la realización de los fines propios de la fundación<sup>85</sup>. La legislación, con el objetivo de proteger el patrimonio de la fundación de los riesgos inherentes a las actividades mercantiles, exige que el desarrollo de tales actividades por parte de las fundaciones respete distintos requisitos, como sucede con la exigencia, en determinadas situaciones, de la previa y expresa autorización del Protectorado.

---

<sup>83</sup> Cfr. Art. 24, de la Ley de Fundaciones, que menciona que “*además, podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades, con arreglo a lo previsto en los siguientes apartados. 2. Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca. 3. Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación*”.

<sup>84</sup> Nótese que las “Cajas de Ahorro” son un caso especial de fundación. En verdad, las “Cajas de Ahorro” asumen la condición de verdaderos empresarios porque se dedican a una actividad indiscutiblemente mercantil, no obstante dedican a obras benéfico-sociales una parte de las ganancias obtenidas por el ejercicio de la actividad que desarrollan. Al propósito de la regulación de las Cajas de Ahorros, véase el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

Para un estudio profundizado sobre la fundación-empresa Vid. LA CASA GARCÍA, Rafael, *La fundación-empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

<sup>85</sup> Cfr. Art. 27, de la Ley de Fundaciones, que establece que “*1. A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 % de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato. Los gastos realizados para la obtención de tales ingresos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios. El plazo para el cumplimiento de esta obligación será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido los respectivos resultados e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio. En el cálculo de los ingresos no se incluirán las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de la constitución o en un momento posterior, ni los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concorra dicha circunstancia. 2. Se entiende por gastos de administración los directamente ocasionados por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y aquellos otros de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 15.4. Reglamentariamente se determinará la proporción máxima de dichos gastos*”.

Del panorama empresarial expuesto, vamos a centrar el estudio relativo al uso de nuevas tecnologías en las sociedades mercantiles de capital: sociedades anónimas y limitadas y los subtipos de ambas (sociedad cotizada y sociedad nueva empresa) reconocidos en la Ley. Sin duda este tipo de sociedades constituyen el referente en el mercado como formas jurídicas de organización de empresas. En reconocimiento de esa realidad, la normativa relativa al uso de las nuevas tecnologías se centra casi exclusivamente en este tipo de sociedades, fundamentalmente en las sociedades anónimas. No obstante, nada impide que también puedan emplearse soluciones prácticas similares para otras formas de organización de empresas, sean societarias, asociativas o fundacionales.

Veamos ahora, en trazos generales, los trámites administrativos legalmente exigidos para la creación de sociedades mercantiles hasta la adquisición de la personalidad jurídica, es decir, hasta la su inscripción en el Registro Mercantil.

## **CAPÍTULO II**

### **LA UTILIZACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN LA CREACIÓN DE EMPRESAS**

#### **I. LOS TRÁMITES ADMINISTRATIVOS NECESARIOS PARA LA CREACIÓN DE EMPRESAS EN FORMA DE SOCIEDADES MERCANTILES**

En el plan nacional, verificamos que la tramitación administrativa en la creación de una empresa no es homogénea para todas las empresas y depende de la naturaleza de la actividad económica que se pretende desarrollar. Comprobamos, además, que se dividen en dos los periodos más importantes del proceso de creación de una empresa: el primero reside en la ejecución de los trámites necesarios para la creación de la empresa, es decir, el momento en que la empresa empieza a gozar de personalidad jurídica que le permite contratar con terceros; el segundo, comprende el momento después de la adquisición de la personalidad jurídica hasta el momento en que se encuentran cumplidos todos los trámites administrativos que son indispensables para el ejercicio de la actividad económica propuesta por el emprendedor<sup>86</sup>.

La tramitación administrativa para la constitución de una sociedad mercantil depende de la forma jurídica elegida por el emprendedor, que deberá ser naturalmente la más adecuada a la actividad que se va a desarrollar a través de la estructura societaria. Entre otros factores decisivos en la elección del tipo societario, deberá el emprendedor valorar el número de socios que va constituir la sociedad en causa, el capital social necesario y la responsabilidad frente a los acreedores sociales. Asimismo, a la hora de elegir el tipo societario podrá el emprendedor analizar cuáles son los trámites legales necesarios para su constitución así como los costes asociados. En efecto, es posible garantizar, en ocasiones, las mismas necesidades a través de un modelo societario cuya

---

<sup>86</sup> Además de los trámites administrativos el emprendedor debe cumplir con la normativa vigente en materia de seguridad, medio ambiente, sanidad, entre otras.

constitución necesite un menor número de trámites administrativos o, al menos, más sencillos.

Sin embargo, independientemente de la forma jurídica adoptada siempre se torna necesario concretar numerosos trámites que se realizan ante diferentes organismos o entidades que son, la mayor parte de las veces, administraciones locales.

Sobre los distintos trámites podemos mencionar que algunos son verdaderamente indispensables para la creación jurídica, propiamente dicha, de la sociedad, mientras otros son puramente administrativos. Veamos primeramente aquellos trámites que se relacionan con la formación jurídica de las sociedades mercantiles y luego mencionaremos aquellos otros.

Como es sabido, es en el otorgamiento de la escritura pública donde reside el principal trámite de constitución de sociedades. En efecto, cuando se trata de una sociedad de capital la constitución exige escritura pública que se otorga frente al Notario y que requiere la presentación de la certificación negativa de la denominación social y de los estatutos. Con la necesidad de facilitar los trámites administrativos de constitución de las sociedades comerciales existen sistemas jurídicos que se apartan un poco de la formalización más tradicionalista y permiten, hoy día, la constitución de sociedades sin la necesidad de otorgar la escritura. Así sucede, por ejemplo, en el régimen jurídico portugués en que se permite, actualmente, que las sociedades se constituyan con un mero documento escrito con reconocimiento presencial de las firmas de todos los socios. Como mejor analizaremos adelante, la escritura pública en el sistema portugués solamente es necesaria cuando se hacen aportaciones no dinerarias y cuando la transmisión de los bienes aportados carece de escritura pública (que puede aun así ser sustituida por un documento particular autenticado). En el régimen español, como se desprende de lo anteriormente dicho, la escritura pública en la formalización de la sociedad es un procedimiento, desde hace mucho tiempo, enraizado en el sistema. Esta tradición se mantiene en el muy reciente TRLSC 2010 que sigue manteniendo la formalidad de la escritura pública para la constitución de las sociedades de capitales. De hecho, refieren los arts. 20 y 21 de la nueva Ley que “*la constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil*” y que “*deberá ser otorgada por todos los socios fundadores*”. Dentro de los dos meses, desde el otorgamiento de la escritura, frente al Registro Mercantil, con la presentación



de la liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales y de la primera copia de la escritura de constitución, se debe proceder a la inscripción de la sociedad de la sociedad en el Registro Mercantil<sup>87</sup>. Así lo dictaba tanto el art. 17.2 LSA<sup>88</sup> respecto de las sociedades anónimas, como el art. 15 LSRL respecto de las sociedades de responsabilidad limitada<sup>89</sup> y sigue dictando el TRLSC, ahora para ambos tipos societarios, en el art. 32, afirmando que *“los socios fundadores y los administradores deberán presentar a inscripción en el Registro Mercantil la escritura de constitución en el plazo de dos meses desde la fecha del otorgamiento y responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación”*.

Nótese no obstante, que solamente después de transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado el registro, se derivan consecuencias legalmente tipificadas que afectan la subsistencia de la sociedad (más allá de aquella que ya resulta del art. 32 TRLSC que reside en hacer incidir sobre los socios fundadores y los administradores una responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios que resulten de la no inscripción en el registro, como arriba señalamos). De hecho, apunta el art. 39.1 TRLSC que *“una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la*

---

<sup>87</sup> Existen muchas sociedades cuyos trámites de constitución y registro exigen autorizaciones especiales que son concedidas por diferentes organismos. A título de ejemplo, compete a la Dirección General de Turismo conceder las licencias para las actividades de cafeterías, restaurantes y establecimientos hoteleros y turísticos y agencias de viajes; al Ministerio de Educación y Ciencia las autorizaciones para aperturas de centros escuelas privadas de educación preescolar y general básica y centros docentes extranjeros; al Banco de España compete las autorizaciones para el funcionamiento de entidades de financiación; las sociedades y agencias de valores y las sociedades y fondos de inversión mobiliaria tienen de solicitar autorización frente a la CNMV del Ministerio Economía y Hacienda.

Paralelamente con las autorizaciones especiales arriba mencionadas, existen determinadas empresas que carecen de registros especiales. Son los casos, por ejemplo, de las empresas de espectáculos y actividades recreativas; de editoriales no periódicas; de las entidades gestoras de fondos de pensiones, entre muchísimas otras. Cfr. CEPYME

<sup>88</sup> *“Los fundadores y administradores deberán presentar a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social la escritura de constitución en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su otorgamiento y responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación”*.

<sup>89</sup> *“La escritura de constitución deberá presentarse a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su otorgamiento”*.

*sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones*". El apartado segundo, del mismo artículo, avisa que, caso de que la sociedad se inscriba posteriormente al plazo de un año, no se aplicará lo dispuesto en el art. 38.2. Se percibe así la cautela del legislador. En verdad, el legislador intentó, en nombre de la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, que sociedades constituidas mediante escritura pública fuesen efectivamente registradas en un plazo no superior a un año. Por ser así, estableció una consecuencia muy grave en caso de incumplimiento: aplicar a las sociedades de capitales, no inscritas en el registro, las reglas de las sociedades colectivas o de las sociedades civiles. Además, siempre que la sociedad se inscriba después del plazo de un año, no cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes por la práctica de los actos y contratos que hubieran sido celebrados antes de esa fecha (art. 38.2 TRLSC).

Además de lo referido, hay aun otra consecuencia igualmente grave para la no inscripción mercantil de la constitución de la sociedad en el plazo de un año desde su constitución mediante escritura pública: la legitimación para cualquier socio de *"instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones"* (cfr., arts. 16 TRLSA y 11.3 LSRL; cfr., art. 40 TRLSC)

Los mismos plazos son aún aplicables a las sociedades anónimas que hagan, con anterioridad al otorgamiento de la escritura, una promoción pública de la suscripción de las acciones. De hecho, también en este caso la escritura será presentada para su inscripción en el Registro Mercantil dentro de los dos meses siguientes a su otorgamiento (art. 51.3 TRLSC, antiguamente descrito en el 29.3 TRLSA) y una vez *"transcurrido un año desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, los suscriptores podrán exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido"*, art. 55 TRLSC.

Sobre el mencionado art. 32 TRLSC conviene apuntar que, al contrario de lo que se verificaba tanto en la TRLSA como en la LSRL, no hace referencia a que la presentación del registro se hará en el Registro Mercantil del domicilio social. Sin embargo, por aplicación del art. 17 del Reglamento del Registro Mercantil, sobre la

competencia registral, “*la inscripción se practicará en el Registro correspondiente al domicilio del sujeto inscribible*”. Creemos que con la utilización de las nuevas tecnologías sería posible repensar la organización territorial del Registro (no sólo del registro mercantil) para permitir que la inscripción de cualquier acto pudiese ser presentada ante cualquier registro independientemente del domicilio del sujeto inscribible. Así, permanecería la competencia en razón de la materia inscribible, pero se podría elegir cualquier delegación de registro sin tener que ser obligatoriamente la del domicilio del sujeto inscribible.

En la escritura se incluyen los estatutos que fijan las reglas de funcionamiento de la sociedad y, por eso, debe ser redactada por profesionales que deben, además, ajustar los estatutos a los intereses de los promotores y de la clase de sociedad que se pretende constituir. No obstante, en muchas ocasiones es el propio Notario, quien, a instancias de los socios acomoda los estatutos a las necesidades de los socios fundadores.

Además de los estatutos, otros elementos deben constar de la escritura. Así sucede, naturalmente, con los datos relativos a la identificación de los socios (nombre, dirección, profesión, estado civil, régimen patrimonial); a la denominación de la sociedad; la indicación del domicilio social; la mención al montante de capital suscrito y/o aportado en general y en particular por cada uno de los socios y en el número de acciones o participaciones en que se divide el mismo. Asimismo, debe la escritura recoger cuál es el régimen de transmisión de las acciones o participaciones y cómo se constituye el órgano de administración de la sociedad.

El otorgamiento de la escritura y la aprobación de los estatutos de la sociedad se hacen ante notario con la firma de los socios fundadores e implica la presentación de determinados documentos, fundamentalmente, del certificado del Registro Mercantil Central referente a la no-coincidencia del nombre propuesto y del comprobante de depósito bancario de las aportaciones dinerarias que conforman el capital social, así como del documento nacional de identificación y del número de identificación fiscal de cada socio.

La Notaría deberá expedir, además de la copia auténtica, otras dos copias simples, de las cuales una deberá ser entregada para su depósito en el respectivo archivo, en la Delegación de Hacienda de la Comunidad Autónoma correspondiente, en el momento de la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos

Jurídicos Documentados. La otra copia simple será presentada cuando se produzca la solicitud de la inscripción de la sociedad en el registro mercantil.

El otorgamiento de la escritura no constituye el primer procedimiento que el emprendedor tiene que cumplir. De hecho, antes de iniciar el proceso fundacional propiamente dicho es necesario solicitar, frente al Registro Mercantil, la certificación negativa de la denominación social mediante la presentación de la instancia con el nombre escogido. Es una obligación que resulta directamente del art. 413 del Reglamento del Registro Mercantil que menciona de forma expresa que *“no podrá autorizarse escritura de constitución de sociedades y demás entidades inscribibles o de modificación de denominación, sin que se presente al Notario la certificación que acredite que no figura registrada da denominación elegida”*.

Una vez expedida la certificación confirmando que la denominación solicitada no figura registrada, la denominación escogida se va a incorporar a la Sección de denominaciones, con carácter provisional, durante el plazo de seis meses, contados desde la fecha de expedición (art. 412.1 del Reglamento del Registro Mercantil, según la redacción Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero). Después de transcurrido este plazo sin que el Registro Mercantil Central haya recibido comunicación de la inscripción de la sociedad y no se verifique ninguna de las causas admitidas para la prorrogación del plazo<sup>90</sup>, la denominación registrada caduca y, consecuentemente, se procederá a la respectiva cancelación ante la Sección de denominaciones. Sobre el plazo de vigencia de la certificación, a efectos del otorgamiento de escritura, se pronuncia el art. 414 del mismo Reglamento, que le reconoce el plazo de tres meses contados desde la fecha de su expedición por el Registrador Mercantil Central. Sin embargo, ante la caducidad de la certificación puede el interesado solicitar la respectiva renovación con la misma denominación<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> De acuerdo con el mismo art. 412, 3 y 4, *“si el documento presentado en el Registro Mercantil estuviera pendiente de despacho por cualquier causa, el Registrador comunicará esta circunstancia al Registrador Mercantil Central dentro de los quince últimos días del plazo de reserva de la denominación, quedando prorrogada, por virtud de la comunicación, la duración de dicha reserva durante dos meses, contados desde la expiración del plazo”* y *“si se hubiese interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador Mercantil, éste lo comunicará al Registrador Mercantil Central, a los efectos de prorrogar la reserva de la denominación durante dos más, contados desde la fecha de la resolución de aquél”*.

<sup>91</sup> En su caso, a la solicitud deberá acompañar la certificación caducada.

La certificación negativa de denominación puede ser solicitada a través de tres formas admitidas<sup>92</sup>. Así, es posible que el interesado se desplace directamente a las oficinas del Registro Mercantil Central para rellenar el impreso de solicitud de certificación y satisfacer su pretensión. Es igualmente posible para el interesado recurrir al correo remitiendo una solicitud o una carta a las oficinas del Registro Mercantil Central que, a su vez, se encargará de contestar remitiendo la certificación (contra reembolso) a la dirección mencionada en la solicitud. Finalmente, puede el interesado optar por dirigir la solicitud por vía telemática lo que implica rellenar el formulario existente en la página web del Registro Mercantil Central. La posterior entrega del certificado se hará por una de estas modalidades: 1) envío por correo certificado; 2) envío por mensajería ordinaria; 3) envío por mensajería contra reembolso; 4) recogida en la sede del Registro Mercantil Central<sup>93</sup>.

Una vez constituida la empresa, los trámites en hacienda se hacen previamente al inicio de la actividad de la empresa, excepto los trámites relativos a las diligencias contables. Así, tienen las sociedades, bien como otras empresas, que hacer la declaración de alta del impuesto de actividades económicas, delante de la Administración o Delegación de Hacienda (en función que se tribute por cuota municipal, provincial o nacional), diez días antes del inicio de actividad, en un impreso modelo cumplimentado y con la presentación del código de identificación fiscal si se tratar de una sociedad.

Aún anteriormente al inicio de actividad y delante de la Administración de Hacienda (la correspondiente al domicilio fiscal de la empresa) se efectúa la declaración censal en el impreso modelo 036 y con la presentación de la fotocopia del código de

---

<sup>92</sup> No se podrá confundir la solicitud de certificación negativa de denominación con la mera posibilidad de consulta previa de denominaciones, que presenta un carácter meramente informativo que se limita a indicar si la denominación pretendida se encuentra o no disponible. Esta consulta se puede efectuar por vía telemática, desde la terminal del suscriptor. La nota simple de denominaciones se puede aún solicitar directamente en la sede del Registro Mercantil Central o por correo postal.

<sup>93</sup> Al solicitar la denominación se efectúa de inmediato, mediante tarjeta, el pago del arancel respectivo y asimismo de los gastos de envío. El pago solamente no se hará al momento de la solicitud cuando se opta por el envío del certificado por mensajería contra reembolso.

Nótese aún que para solicitar la certificación en la sede del Registro Mercantil deberá el presentante, acreditado por medio de D.N.I o persona debidamente autorizada por éste, o aportarse el número de presentación que fue enviado por correo electrónico al solicitante que en el formulario de solicitud indicó dicha dirección. En caso de que el solicitante no aportase el número de presentación deberá entonces indicar el número de referencia asignado a la solicitud por el Registro Central Mercantil.

identificación fiscal y de la alta en el impuesto de actividades económicas. Es también en una Delegación de Hacienda que se procede al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (1% sobre el capital), a través del impreso Modelo 600 y con la primera copia y copia simple de escritura de constitución, en los treinta días a partir del otorgamiento de la escritura.

Asimismo, dentro de los treinta días, es necesario proceder a la constitución del código de identificación fiscal mediante el relleno del impreso modelo 036 y con la presentación de la copia de la escritura y la fotocopia del documento nacional de identidad del solicitante si es socio o fotocopia del poder notarial si es un apoderado.

Delante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y antes del inicio de la actividad, es necesario hacer la inscripción de la empresa en la Administración de la Seguridad Social que exige, por lo demás, la copia de la escritura de constitución y el documento nacional de identidad del solicitante o poder notarial del firmante para sociedades bien como el certificado de inscripción en el registro general.

Frente al Ayuntamiento se solicitan las licencias de obras y de actividades de instalaciones y los cambios de titularidad e de actividad.

En definitiva, como resulta de lo expuesto sintéticamente, el proceso de constitución de sociedades mercantiles exige la realización de numerosos trámites administrativos y cuando se hace presencialmente tal cumplimiento ocupa mucho tiempo.

El emprendedor tiene que visitar diferentes organismos para concluir el proceso de constitución de la sociedad; y cada organismo tiene una función material y temporal distinta en el proceso. Ciertamente, más importante que conocer las entidades delante de las cuáles tenemos que cumplir los trámites administrativos, es saber en qué momento las mismas tienen que ser cumplidas. Veamos, entonces, cuál es la secuencia lógica del cumplimiento de los trámites administrativos.

Una vez concluida la constitución legal de la sociedad es necesario solicitar, en el plazo de treinta días, el código de identificación fiscal. Este código de identificación fiscal tiene naturaleza provisional, con una validez de seis meses dentro de los cuales se debe retirar el definitivo.

El paso siguiente lo constituye la liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales y de actos jurídicos documentados que se hace, como referimos arriba, en los treinta días posteriores a la fecha de otorgamiento de escritura pública.

El próximo paso consiste en la presentación de la declaración censal. El Real Decreto 1041/2003, de 1 de agosto, que aprueba el Reglamento de Censos Tributarios, refiere que deben presentar declaración de alta en censo de obligados tributarios las personas que vayan a desarrollar en territorio español el ejercicio de actividades empresariales<sup>94</sup>.

Seguidamente, la sociedad debe ser inscrita en el registro de la seguridad social. En efecto, la inscripción en el régimen general de la seguridad social es obligatoria para todas las empresas que vayan a tener trabajadores y exige la presentación de los documentos referidos arriba.

Pero los trámites administrativos no se quedan ahí. También compete al empresario la obligación de solicitar la afiliación y alta de los trabajadores que ingresen a su servicio y que anteriormente no hayan prestado servicios para otras empresas<sup>95</sup>. Es así porque la afiliación es única durante toda la vida de la persona. También se debe hacer la afiliación en la seguridad social de los socios que ejercen funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador y aun en determinadas situaciones en que presten servicios para la sociedad<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Así, están obligados a presentar da declaración censal tanto las personas residentes en España como aquellas que no lo siendo actúen en territorio español por medio de establecimiento permanente o satisfagan, en tal territorio, rentas sujetas a retención.

<sup>95</sup> Nótese que si el empresario no realiza voluntariamente la afiliación del trabajador la misma puede ser solicitada por el interesado o realizarse de oficio por la seguridad social.

<sup>96</sup> En las sociedades de responsabilidad limitada y anónima tenemos que distinguir cuatro regímenes: el general; el general con exclusión de desempleo y FOGASA; el régimen especial de trabajadores autónomos R.E.T.A; régimen de los excluidos del sistema de seguridad social. El régimen general se aplica a los socios que no ejercen funciones de gerencia pero prestan servicios retribuidos a la empresa, en los casos que su participación social es inferior a ¼ o a ½ si la misma se encuentra repartida con su cónyuge u otros parientes con línea de sangre de hasta segundo grado. El segundo régimen se aplica cuando los socios son administradores con funciones de gerencia retribuidas y cuya participación es inferior a ¼ del capital social y aún a los administradores que no sean socios de la empresa. El régimen especial de trabajadores autónomos R.E.T.A. alcanza los socios que sean consejeros o administradores gerentes y que prestan servicios retribuidos a la empresa y cuya participación social es superior a ¼ o ½ si se encuentra repartido con su cónyuge u otros parientes con línea de sangre de hasta segundo grado. Este tercer régimen también se aplica a los consejeros o administradores no socios. Asimismo, se aplica aquellos que presten servicios retribuidos a la empresa (socio o no) con una participación directa del 50% o más del capital social. Finalmente, son excluidos del sistema de seguridad social aquellos socios que, sean o no administradores, no tiene un cargo retribuido y que únicamente se dediquen a la administración del patrimonio de los socios.

A continuación, debe la sociedad proceder a la formalización de los contratos de trabajo que, cuando tienen forma escrita, deben ser registrados en el servicio público de empleo. Aunque la empresa no tenga trabajadores tiene que disponer de un libro de visitas para los inspectores del trabajo que debe ser legalizado y sellado en la primera página por el jefe provincial de Inspección de trabajo.

Por otra parte, estipula el código de Comercio la obligación de comerciantes y empresarios de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad y un libro diario y otro de inventario y cuentas anuales<sup>97</sup>. Tiene, por lo tanto, el empresario la obligación de legalizar los libros oficiales. Además dispone el mismo Código de Comercio que las sociedades mercantiles *“llevarán también un libro o libros de actas, en las que constarán, al menos todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones”* y que *“los administradores deberán presentar en el Registro Mercantil, dentro de los ocho días siguientes a la aprobación del acta testimonio notarial de los acuerdos inscribibles”*. El art. 27 del Código de Comercio establece que los libros deberán ser presentados ante el Registro Mercantil del lugar del domicilio del respectivo empresario *“para que antes de su utilización, se ponga en el primer folio de cada uno diligencia de los que tuviere el libro y, en todas las hojas de cada libro, el sello del Registro. En los supuestos de cambio de domicilio tendrá pleno valor la legalización efectuada por el Registro de origen”*. No obstante, en el párrafo 2 del predicho precepto se estipula la validez de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas móviles que serán posteriormente debidamente encuadradas con el objetivo de formar los libros obligatorios que serán subsiguientemente legalizados antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio económico. A su vez, el libro de actas se encuentra igualmente sujeto a las reglas del Reglamento del Registro Mercantil que, en su art. 106, estipula la posibilidad de que las sociedades lleven un libro de actas para cada órgano y de que se pueda materializar en hojas móviles. Menciona sin embargo el apartado 3 del

---

<sup>97</sup> El Real Decreto 296/2004, de 20 de febrero, establece la posibilidad de llevar una contabilidad simplificada para determinadas empresas.



mismo precepto que los libros de actas “*deberán legalizarse por el Registrador Mercantil necesariamente antes de su utilización*”.

Finalmente es necesario solicitar la licencia de apertura que tiene como finalidad la autorización del uso del local o las instalaciones abiertas al público. Esta licencia es emitida siempre que las instalaciones se encuentran debidamente acabadas y preparadas, de acuerdo con las normativas urbanísticas, ambientales y de seguridad adecuadas a la destinación concreta en su caso.

En definitiva, como referimos anteriormente, la tramitación administrativa necesaria para la creación de empresas en España envuelve un gran número de trámites, a veces complejos, lo que retarda la constitución de empresas y, en algunos casos, disuade la voluntad de los inversores de crear nuevas empresas. Consciente de estos peligros, en los últimos años han surgido nuevas iniciativas que buscan agilizar el proceso de creación de empresas.

En efecto, hasta ahora el ordenamiento jurídico español ha introducido algunas medidas que tratan de reducir las trabas administrativas a la puesta en marcha de las empresas. Las actuaciones se han traducido sobre todo en la utilización de las herramientas telemáticas en algunos trámites administrativos, pero creemos que una real simplificación de las trabas administrativas pasa, antes que nada, por una efectiva disminución y reconsideración de los trámites administrativos y por una utilización de las medidas telemáticas en general, es decir, en la constitución de todas las empresas y utilizable en muchos más trámites. Creemos, además, que relativamente a los trámites necesarios a la puesta en marcha de las empresas y a las formas de realizarlos se verifica actualmente un importante problema de falta de información sistematizada y accesible a los emprendedores. En definitiva, creemos que el Gobierno tiene que actuar coordinadamente en tres frentes distintos: el normativo, desarrollando las normas necesarias para una disminución de los trámites administrativos y para una nueva forma de tramitarlos; el tecnológico, creando un sistema eficaz, seguro y accesible; y el administrativo, consiguiendo una efectiva coordinación entre todos los organismos intervinientes en el proceso de constitución de sociedades.

Antes de exponer y valorar los proyectos más importantes que buscan la utilización de las nuevas tecnologías en la creación de empresas, resulta necesario hacer ahora un breve apunte sobre la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los

ciudadanos a los Servicios Públicos, más conocida como Ley de la Administración Electrónica. En la década de los noventa comenzaron los primeros desarrollos de la administración electrónica en España; sin embargo, las normas que existían eran pocas y bastante dispersas. A modo de ejemplo, el art. 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, preveía el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos informáticos y telemáticos por las Administraciones públicas en el desarrollo de su actividad y en el ejercicio de sus funciones. El tratamiento dado por la citada Ley 11/2007 al desarrollo de la administración electrónica, además de ser mucho más completo e integral que las normas existentes por entonces, se basa en un paradigma sustancialmente distinto del que existía al introducir el derecho de los ciudadanos a acceder a los servicios públicos de las Administraciones Públicas por medios electrónicos. En el art. 1 la Ley 11/2007 reconoce, pues, *“el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos”*. Sigue la misma norma refiriendo que el ámbito de aplicación de la ley abarca la regulación de *“los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica”*. Fija igualmente la misma norma, en su apartado 2, que la utilización de las tecnologías de la información será utilizada por las Administraciones Públicas *“asegurando la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad y la conservación de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias”*. El art. 6 enuncia los derechos que la ley reconoce que los ciudadanos pueden ejercer recurriendo a los medios electrónicos; a saber: los ciudadanos tendrán derecho a utilizar los medios electrónicos para ejercer los derechos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>98</sup>, en particular, entre otros derechos, a *“conocer por medios*

---

<sup>98</sup> Según el art. 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *“los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: A) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener*

*electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados”; a “obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado”; “a obtener los medios de identificación electrónica necesarios, pudiendo las personas físicas utilizar en todo caso los sistemas de firma electrónica del Documento Nacional de Identidad para cualquier trámite electrónico con cualquier Administración Pública”; y “a la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos”. El apartado 3, del art. 6, redactado nuevamente por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, establece que “en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, y a la obtención de la siguiente información a través de medios electrónicos, que deberá ser clara e inequívoca: a) los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio; b) los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como los datos de las asociaciones y organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener asistencia o ayuda; c) los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios”, entre otros.*

En la misma Ley de Administración electrónica se dispuso que los derechos que en ella se reconocen a los ciudadanos (y que anteriormente apuntamos) podrían ser

---

*copias de documentos contenidos en ellos. B) A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos. C) A obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento. D) A utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del Ordenamiento Jurídico. E) A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución. F) A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante. G) A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar. H) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes. I) A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. J) A exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente. K) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las Leyes”.*

ejercidos a partir del 31 de diciembre de 2009, en relación a todos los procedimientos y actuaciones competencia de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta (párrafo 2 de la disposición final tercera de la Ley 11/2007). Ya en lo que concierne al ejercicio de los procedimientos y actuaciones de la competencia de las Comunidades Autónomas y de las Entidades que integran la Administración Local deberán desarrollarse de forma electrónica, a partir del 31 de diciembre de 2009, siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

Ante lo expuesto, no podemos dudar del notable impulso que ha supuesto la Ley 11/2007 para el desarrollo de la Administración Electrónica. El principio subyacente a dicha Ley, que podemos calificar como el principal marco normativo en esta temática, es el del principio de la eficacia de los servicios públicos. Principio que proviene de la propia Constitución Española, la cual establece, como es sabido, en su art. 103 que *“la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”*. En verdad, la aplicación de las nuevas tecnologías en la ejecución de los servicios competencia de las Administraciones Públicas derivará seguramente en un importante incremento del grado de eficiencia en la gestión, porque admite que tales servicios sean ejecutados de forma más rápida y barata. Lo que hizo la Ley 11/2007 fue un verdadero compromiso jurídico de incorporar las nuevas tecnologías en los servicios administrativos. Compromiso que se sedimentó con la decisión, ambiciosa tal vez, de imponer como fecha límite el día 31 de diciembre de 2009 para que los ciudadanos pudiesen ejercer con plenitud sus derechos por medios electrónicos en cualquier procedimiento y actividad de competencia de la Administración. Para cumplir los objetivos estipulados en la Ley 11/2007 fue necesario desarrollar y complementar las previsiones contenidas en la misma, lo cual tuvo lugar con la promulgación del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre. En efecto, como apunta este Real Decreto, *“el cumplimiento de los objetivos legales establecidos por la Ley 11/2007, de 22 de junio, y de los plazos previstos para su efectividad, justifican la necesidad de desarrollo de sus previsiones, en la medida que: a) la Ley 11/2007, de 22 de junio, no agotó la regulación del acceso electrónico a los servicios públicos como consecuencia de los criterios de distribución de competencias y su incidencia en las competencias de auto organización que*

*corresponde al resto de las Administraciones públicas; b) por otro lado, por su carácter transversal, esta regulación presupone operaciones de adaptación a los distintos procedimientos y actividades (...)*". En definitiva, lo que pretendió el legislador con la publicación del Real Decreto 1671/2009 fue dotar a la Administración General del Estado de las herramientas necesarias para que pudiese facilitar efectivamente la realización de los derechos reconocidos a los ciudadanos en la Ley 11/2007, facilitando su ejecución "en la medida que lo permite el estado de la técnica, y la garantía de que no resultan afectados otros bienes constitucionalmente protegidos, como pueden ser la protección de datos, los derechos de acceso a la información o la preservación de intereses de terceros". Se trata de una norma de carácter transversal cuyas previsiones abarcan distintas materias, entre ellas las de identificación y autenticación de los ciudadanos ante la Administración. A estos efectos, pretendió establecer "los elementos mínimos imprescindibles para afianzar el criterio de flexibilización impulsado en la Ley 11/2007, de 22 de junio, en la que junto a la admisión como medio universal de los dispositivos de identificación y firma electrónica asociados al documento nacional de identidad, se admite la utilización de otros medios de autenticación que cumplan con las condiciones de seguridad y certeza necesarias para el normal desarrollo de la función administrativa". En suma, el Real Decreto 1671/2009 supone un paso más en la introducción efectiva de las nuevas tecnologías en la Administración, permitiendo administrar los servicios públicos de forma más eficiente, rápida y segura.

Asimismo es necesario apuntar las alteraciones que se han verificando en la esfera del BORME. Antes que nada conviene recordar que, desde el 1 de enero de 2009, la edición electrónica del BORME, publicada en la sede electrónica de la Agencia, tiene carácter de oficial y auténtica. El Real Decreto 1979/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la edición electrónica del BORME, tuvo como principal objetivo conformar la Ley 1/2007 que, como ya mencionamos anteriormente, reconoció en sede legal el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos. Ahora bien, como menciona la propia Ley 11/2007 en su art. 11.1, las publicaciones que se realicen en formatos electrónicos tendrán los mismos efectos que los atribuidos a la edición impresa. Igualmente en el año de 2007, se aprobó el Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre, que creó la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y que aprobó su estatuto quedando, sin embargo, pendiente la regulación de la

edición electrónica del “*Boletín Oficial del Registro Mercantil*” para dar cumplimiento a lo previsto en el art. 11.1 de la Ley 11/2007, de 22 de junio. El presente Real Decreto 1979/2008 viene a dar cumplimiento a los objetivos plasmados en la llamada Ley de Administración Electrónica y complementa la regulación del BORME que resulta de las normas del Reglamento del Registro Mercantil, que sigue vigente. Además, no podemos olvidar el Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero que, nuevamente en la secuencia de aquel art. 11.1 de la Ley 11/2007, establece el carácter universal y gratuito del acceso a la edición electrónica al BOE (y los requerimientos de su aparición diaria en la sede electrónica de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado). Es natural que los decretos 181/2008 y 1979/2008 no se contradigan; antes bien, se denota un efectivo paralelismo en sus normas. En verdad, como resulta de lo dispuesto, mientras el primero se dedica a la edición electrónica del BOE, el segundo trata de la edición electrónica del BORME y, por eso, lo más natural es que ambas ediciones electrónicas se basen en los mismos requisitos. El legislador, en el Real Decreto 181/2008, subraya que *“la difusión de las normas jurídicas a través de las nuevas redes electrónicas (y muy especialmente por la red Internet) sitúa la publicación normativa en un plano de accesibilidad y propagación muy superior a todo lo hasta ahora conocido. De ahí la relevancia de conferir a los textos normativos así publicados el carácter oficial y auténtico que durante siglos ha tenido, en exclusiva, su impresión en papel”*. Las palabras ahora parafraseadas aunque pensadas en relación con el BOE, se aplican perfectamente a los objetivos del BORME, puesto que ambos Boletines buscan satisfacer los mismos objetivos jurídicos y respetan principios jurídicos equivalentes.

Sobre los preceptos jurídicos oriundos del Real Decreto 1979/2008 no hay mucho más que apuntar. Así, tal como resulta de anteriormente dicho, tiene como misión regular la publicación electrónica del BORME y aplicarle los mismos efectos que son atribuidos a su edición impresa que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 5, sigue existiendo. En el art. 6 y siguientes podemos encontrar las reglas sobre la estructura y los requisitos de la edición electrónica. En este ámbito se aprecia, lo que no sorprende, una preocupación añadida por la autenticidad e integridad del documento que resulta igualmente del art. 42 de la Ley 11/2007. En este sentido, puede leerse en el art. 10 que *“la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se dotará de las medidas de seguridad que garanticen la correspondencia entre la información que remite el Registro*

*Mercantil Central y la que la Agencia recibe e inserta en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», así como la integridad de su contenido»; y que “la edición electrónica del «Boletín Oficial del Registro Mercantil» deberá incorporar firma electrónica avanzada como garantía de la autenticidad, integridad e inalterabilidad de su contenido. Los ciudadanos podrán verificar el cumplimiento de estas exigencias mediante aplicaciones estándar o, en su caso, mediante las herramientas informáticas que proporcione la sede electrónica de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado”. Así, “corresponde a la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: a) garantizar la integridad e inalterabilidad de los contenidos de la edición electrónica del «Boletín Oficial del Registro Mercantil», así como la correspondencia con sus fuentes; b) custodiar y conservar la edición electrónica del «Boletín Oficial del Registro Mercantil». c) Velar por la accesibilidad de la edición electrónica diaria del «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y su permanente adaptación al progreso tecnológico; d) Garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en sus ficheros, sistemas y aplicaciones”<sup>99</sup>.*

Asimismo, el art. 11 del citado Real Decreto 1979/2008 estipula que “la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado garantizará, a través de redes abiertas de telecomunicación, el acceso universal y gratuito a la edición electrónica diaria del «Boletín Oficial del Registro Mercantil»”; y que “la edición electrónica del «Boletín Oficial del Registro Mercantil» deberá estar accesible en la sede electrónica de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado en la fecha que figure en la cabecera del diario, salvo que ello resulte imposible por circunstancias extraordinarias de carácter técnico”. La consulta por los ciudadanos es libre y gratuita y comprende la posibilidad de búsqueda y examen de su contenido, pudiendo además archivar e imprimir el diario completo o partes del mismo (art. 12)<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Sobre la regulación del Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración electrónica véase el reciente Real Decreto 3/2010, de 8 de enero.

<sup>100</sup> La inserción de anuncios en éste Boletín ha experimentado también alteraciones significativas. En correspondencia con las citadas Ley 30/1992 y Ley 11/2007, así como con la Orden Ministerial HAC/729/2003, de 28 de marzo (que regula los supuestos y las condiciones generales para el pago por vía telemática de las tasas que constituyen recursos de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos) y la Resolución de 14 de diciembre de 2009 de la Dirección de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (que establece el procedimiento y las condiciones para el pago de las tasas aplicables por la inserción de anuncios en los diarios «BOE» y «BORME», mediante soporte papel o por vía telemática, a través de entidades colaboradoras en la gestión recaudatoria), y aún en virtud de lo dispuesto en los arts. 37, 38 y 44 del Estatuto de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, aprobado

Pese a que no se relacionen de modo exclusivo con la simplificación de los trámites de constitución de sociedades mercantiles, las disposiciones anteriormente mencionadas conducen a una Administración Pública más eficiente y, como es sabido, las medidas para agilizar y simplificar la constitución de empresas se encuentran íntimamente conectadas con la eficiencia y rapidez de la Administración Pública en la ejecución de sus servicios. De ahí esta las anteriores referencias a la Administración Electrónica. Sin embargo, la Ley de la Administración Electrónica no constituye la única manifestación legislativa demostrativa del objetivo del legislador por intentar agilizar los trámites administrativos relacionados con la creación de empresas.

La más reciente reside en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible que ya referimos anteriormente. Este Proyecto de Ley dedica la Sección 1ª, del Capítulo I, del Título II, a la *“agilización de la constitución de empresas y la adopción de actos societarios”*. En concreto, el art. 38 del Proyecto hace referencia a las *“medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles de capital”*, señalando que la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por vía telemática se hará de acuerdo con una serie de reglas que explicamos a continuación.

Una primera reflexión sobre este texto no permite apuntar que el legislador asocia la agilización y simplificación de la constitución de sociedades mercantiles al uso de las nuevas tecnologías. De hecho, la constitución telemática de sociedades de capital será la mejor forma de superar la lentitud en la ejecución de muchos trámites administrativos. Veamos entonces cuáles son las más significantes alteraciones que el Proyecto de Ley de Economía Sostenible pretende introducir en relación con la constitución de sociedades mercantiles de capital. Notamos, sin embargo, que el proyecto Les no se coordina bien ni con la antigua LSRL ni ahora con el TRLSC.

El mencionado art. 38 presenta trámites distintos en función de los diferentes tipos sociales. Así, el apartado primero es exclusivamente dedicado a la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por vía telemática, salvo cuando estas posean un

---

por el Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre, entró en vigor el día 1 de marzo de 2010 la Resolución de 22 de febrero de 2010, de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, por la que se establece el procedimiento para la inserción de anuncios en el BOE y en el BORME. De acuerdo con esta Resolución se establece que la elaboración del anuncio se realizará, en todo caso, a través de formularios disponibles en la sede electrónica de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, o a través de la Plataforma de Contratación del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda para los organismos que así lo tengan previsto.



capital social no superior a 3.100 euros y sus estatutos se adapten a alguno de los aprobados reglamentariamente porque, en tal caso, deberán seguir las reglas del apartado segundo. Finalmente, el apartado tercero fija las reglas de constitución de *“las sociedades mercantiles de capital que no sean de responsabilidad limitada o que, siéndolo, tuvieren entre sus socios personas jurídicas o el capital social fuere superior a 30.000 euros o cuyo órgano de administración delimitado en los estatutos sociales no se estructure como un administrador único, varios administradores solidarios, cualquiera que sea su número, o dos administradores mancomunados”*.

De la lectura de los tres apartados, resulta, desde luego, que la intervención legislativa conducirá a una evidente y efectiva disminución del plazo legalmente instituido para el otorgamiento de la escritura de constitución. De hecho, menciona la letra a) del precitado art. 38.1 del Proyecto – a propósito de la constitución de sociedades de responsabilidad limitada – que *“el plazo de otorgamiento de la escritura de constitución, una vez suministrados al notario todos los antecedentes necesarios para ello, será de un día hábil contado desde la recepción de la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central, la cual se expedirá por vía telemática en el plazo de un día hábil desde su solicitud a éste”*. Así se parte de la previa intensificación en el uso de las nuevas tecnologías en las relaciones entre los distintos intervinientes dentro de la Administración. Para ello, instituye que algunos documentos serán enviados de forma telemática como sucede, en el proceso en análisis, en que la expedición de la certificación negativa de denominación desde el Registro Mercantil Central al Notario se hará por vía telemática. Igualmente, la solicitud de la certificación negativa de denominación podrá, de acuerdo con el Proyecto, llevar incluidas hasta cinco denominaciones sociales alternativas (al revés de las tres ahora admisibles), correspondiendo al Registro Mercantil Central elegir aquélla que cumpla lo exigido por el Reglamento del Registro Mercantil siguiendo, lógicamente, las preferencias jerárquicas del solicitante. Después del respectivo otorgamiento, y en ese mismo día, la escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada será remitida, de forma telemática, por el Notario otorgante al Registro Mercantil del domicilio social. Esta remisión telemática podrá ser impedida por el solicitante, al que se concede la posibilidad de no autorizar la remisión telemática de la escritura, de modo que le corresponderá a él en tal caso presentar o remitir personalmente la escritura al

Registro Mercantil, lo que podrá hacer o no de forma telemática obteniendo al efecto la copia electrónica de la escritura. Una vez recibida la escritura de constitución en el Registro Mercantil tendrá el registrador tres días hábiles para proceder a la necesaria calificación y inscripción. Resulta, por tanto, que la constitución de estas sociedades se concretizará en un plazo máximo de cuatro días hábiles. Encontramos, sin embargo, aquí un desajuste con lo dispuesto en la disposición final primera del TRLSC que dispone que las sociedades de responsabilidad limitada que adopten los estatutos previamente aprobados sean constituidas en el plazo máximo de 48 horas. Fíjese que el párrafo dos del art. 38 del proyecto solamente contempla aquellas sociedades que tengan un máximo de 3.100 euros de capital y adopten el modelo orientativos de los estatutos y, por eso, quedan fuera aquellas otras que estipulan un capital superior mismo que adopten lo dicho modelo orientativo siendo contempladas por el apartado primero. Tratase de una incongruencia que deberá ser colmata antes de la aprobación del proyecto LES.

Por lo demás, el mismo texto proyectado señala que *“para acreditar la correcta inscripción en el registro de las sociedades, así como el nombramiento de los administradores designados en la escritura, bastará la certificación electrónica o en papel que, a solicitud del interesado, expida, sin coste adicional, el registrador mercantil el mismo día de la inscripción. Este plazo también aplicará para la remisión al notario autorizante de la escritura de constitución, de la notificación de que se ha procedido a la inscripción con los correspondientes datos registrales, que se unirán al protocolo notarial”*.

El Proyecto de LES refleja claramente la preocupación del legislador por disminuir los trámites de la creación de la empresas en forma de sociedad mercantil de capital, incluso después de su constitución legal en sentido estricto. De hecho, la solicitud de asignación provisional de un Número de Identificación Fiscal quedará bajo la iniciativa del Notario autorizante que, de forma telemática, deberá tramitarla ante la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. El carácter definitivo del Número de Identificación Fiscal llegará poco después y contará con la actuación del encargado del Registro Mercantil, que deberá notificar telemáticamente a la Agencia Estatal de la inscripción de la sociedad. Finalmente, compete a la mencionada Agencia Estatal de la Administración Tributaria notificar, telemáticamente también, al Notario y al

Registrador mercantil el carácter definitivo del Número de Identificación Fiscal. Asimismo se intentan disminuir los costes asociados a la creación de sociedades, lo que se verifica letra f) del citado art. 38.1 que menciona que la inscripción de la sociedad en el BORME estará exenta del pago de tasas. Igualmente en materia de costes, establece la letra g) del mismo precepto en proyecto, que se deberán aplicar los debidos aranceles notariales y registrales, si bien *“el importe resultante de la aplicación de ambos aranceles por cualesquiera conceptos aplicables no podrá superar en total la cuantía de 250 euros”*.

Como hemos dicho arriba, la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada que presenten un capital social no superior a 3.100 euros y cuyos estatutos se adapten a algunos de los aprobados reglamentariamente, presenta determinadas especificidades frente a los procedimientos acabados de referir para la constitución de sociedades limitadas en general. En estas situaciones el Notario deberá otorgar la escritura de constitución en el *“mismo día en el que, aportados todos los antecedentes necesarios para ello, reciba la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central”* (art. 38.2, a). A su vez, *“el registrador mercantil procederá a la calificación e inscripción en el mismo día de la recepción telemática de la escritura”*. El plazo acabado de referir coadunase bien con lo dicho en la disposición final primera TRLSC.

La conclusión extraída de la comparación entre ambos apartados es clara: el legislador pretende simplificar aún más la constitución de sociedades con un capital social reducido y que no presenten singularidades estatutarias, adaptando alguno de los modelos de estatutos que la propia Administración ponga a disposición del socio o socios fundadores. Y es así porque una constitución de sociedad mercantil así de rápida no se compadece con la necesidad de analizar la validez o invalidez de las reglas insertas en los estatutos. Naturalmente, los modelos aprobados deberán respetar todas las normas legales y, por lo tanto, no deberían plantearse duda alguna sobre su validez. Es también comprensible que, ante este escenario, los costes asociados a la constitución de las sociedades sean aún más reducidos que aquellos otros que vimos con anterioridad. Por ello, estipula la letra c) del art. 38.2 que tales costes no podrán superar la cuantía de 100 euros. La utilización de un modelo orientativo de estatutos sociales no

es absolutamente nueva puesto que la Orden JUS 1445/2003, de 4 de junio, ya lo hizo relación con la sociedad limitada nueva empresa.

Finalmente, en lo que atiene a la constitución de las sociedades mercantiles de capital que “*no sean de responsabilidad limitada o que, siéndolo, tuvieren entre sus socios personas jurídicas o el capital social fuere superior a 30.000 euros o cuyo órgano de administración delimitado en los estatutos sociales no se estructure como un administrador único, varios administradores solidarios, cualquiera que sea su número, o dos administradores mancomunados*”, se aplicarán las reglas resultantes del 38.3 del Proyecto LES. Aunque los procedimientos de constitución sean semejantes a los anteriormente mencionados en el apartado primero del art. 38, la situación difiere sustancialmente cuando hablamos de plazos puesto que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 38.3 g), la calificación e inscripción por parte del registrador mercantil deberá ajustarse a los plazos previstos del art. 18.4 del Código de Comercio, es decir, un máximo de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación<sup>101</sup>. Además, corresponderá al Notario autorizante solicitar al Registro Mercantil el certificado negativo de denominación social, lo que hará de forma telemática, salvo petición expresa en sentido contrario de los interesados. La certificación negativa será expedida igualmente de forma telemática. Una vez otorgada la escritura pública de constitución deberá ésta ser remitida telemáticamente al Registro Mercantil competente. Es posible que los interesados impidan la utilización de las nuevas tecnologías en la tramitación de constitución de la respectiva sociedad; en este caso resultarán aplicables los arts. 412.1 y 414.1 del Reglamento del Registro Mercantil<sup>102</sup>. La gestión

---

<sup>101</sup> Puede leerse en el art. 18.4 del Código de Comercio que “*el plazo máximo para inscribir el documento será de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación. El registrador en la nota a pie de título, si la calificación es positiva, o en la calificación negativa deberá expresar inexcusablemente la fecha de la inscripción y, en su caso, de la calificación negativa a los efectos del cómputo del plazo de quince días. Si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviera defectos subsanables o existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días se computará desde la fecha de la devolución del título, la subsanación o la inscripción del título previo, respectivamente. En estos casos, la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada hasta la terminación del plazo de inscripción*”.

<sup>102</sup> Cfr. Art. 412.1 del Reglamento del Registro Mercantil que refiere que “*expedida certificación de que no figura registrada la denominación solicitada, se incorporará ésta a la Sección de denominaciones, con carácter provisional, durante el plazo de seis meses, contados desde la fecha de expedición. Cuando la certificación comprenda varias denominaciones, sólo se incorporará a la sección, la primera respecto de la cual se hubiera emitido certificación negativa*”. Cfr. Asimismo el art. 414.1 del mismo Reglamento que apunta que “*la certificación negativa tendrá una vigencia de tres meses contados desde la fecha de su expedición por el Registrador Mercantil Central. Caducada la certificación, el interesado podrá solicitar una nueva con la misma denominación. A la solicitud deberá acompañar la certificación caducada*”. La

telemática del Número de Identificación Fiscal ante la Agencia Estatal de la Administración Tributaria es en todo semejante al referido anteriormente para las sociedades limitadas en el art. 38.1 del Proyecto de LES (cfr., art. 38.3 e.).

Nótese que, este plazo no es, de todo, compatible con lo dicho en la disposición final primera, párrafo tres, de las cuarenta y ocho horas que se debería aplicar igualmente a las sociedades de responsabilidad limitada mismo que estas comportasen un capital social superior a 30.000 euros o tuviesen entre sus socios personas jurídicas, desde que la respectiva escritura de constitución contuviese íntegramente los estatutos orientativos (que, como menciona el apartado segundo de la disposición final primera, podrán ser aprobados para todas las sociedades de responsabilidad limitada, incluso estas). Parece pues que el legislador no adecuó bien el proyecto a lo ya existente (recuérdese que la disposición final primera del TRLSC es la reproducción de la disposición final tercera introducida en 2007 en la LSRL) ni pensó en valerse del TRLSC para eliminar estas discrepancias legales. Esperase, por tanto, que cuando el proyecto se apruebe tales descoordinaciones, siempre indeseables y impulsoras de dudas jurídicas, se eliminen por completo.

En suma, a la vista de lo expuesto en relación con el proyecto de ley de economía sostenible, parece que, efectivamente, el Gobierno español está haciendo un considerable esfuerzo para introducir las nuevas tecnologías en la constitución de las sociedades mercantiles y hacer así el procedimiento de constitución de empresas en forma de sociedad de capital mucho más simple y ágil, lo cual es fundamental para el desarrollo de la propia economía porque incentiva la creación de empresas nuevas y, consecuentemente, al avance económico-financiero.

Otro gran obstáculo para la creación de empresas reside -como ya se expuso más arriba- en la existencia de demasiadas cargas administrativas en los actos societarios. El art. 40 del Proyecto de Ley de Economía Sostenible pretende reducir estas cargas administrativas, disponiendo al efecto que *“las obligaciones de publicidad de los actos del tráfico mercantil podrán realizarse a través de medios alternativos y se facilitarán mediante la remisión de oficio por el registrador mercantil al Boletín Oficial del Registro Mercantil, de forma telemática y sin coste adicional para los interesados en*

*los términos establecidos en el Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la redacción resultante de las Disposiciones finales vigésimo primera y vigésimo segunda de la presente ley”<sup>103</sup>.*

En suma, podrá observarse, entonces, los efectivos desarrollos legislativos para fomentar la aplicación de las nuevas tecnologías al servicio de una Administración Pública más eficiente, incluyendo todos los trámites jurídicos y tributarios en la creación de empresas en forma de sociedad mercantil. Sin embargo, y a pesar de este significativo impulso legal, sobre todo el que pueda resultar de la aprobación del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, el legislador español, apoyándose incluso en algunas experiencias extranjeras, podría haber sido un poco más ambicioso y osado en la aplicación de las nuevas tecnologías en la constitución de las sociedades mercantiles. Enseguida destacamos los proyectos más importantes que buscan la utilización de las nuevas tecnologías en la constitución de las empresas para, a continuación, hacer referencia a las medidas que, en nuestra opinión, el legislador español podría adoptar en el futuro.

## **II. LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES CON MEDIOS TELEMÁTICOS**

### **1. Breve introducción**

El proceso de flexibilización del régimen jurídico societario y de simplificación de los trámites necesarios para la creación de empresas ha sido impulsado desde las instituciones comunitarias. De hecho, desde 1997, con la Recomendación 97/344/CEE, presentada por la Comisión Europea, el legislador comunitario ha venido insistiendo en la necesidad de mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas. Esta Recomendación, como decimos, fue solamente el punto de partida para despertar

---

<sup>103</sup> Naturalmente, en caso de aprobarse finalmente la Ley de Economía Sostenible, deberá corregirse el texto para tener en cuenta el nuevo TRLSC que ha sustituido al TRLSA y a la LSRL.

en los Estados miembros la conciencia sobre la necesidad de simplificar los trámites administrativos para la creación de empresas. Por haber sido la primera iniciativa dio lugar a otras iniciativas posteriores. Así sucedió cuando la Comisión Europea creó, por mandato del Consejo Europeo de Ámsterdam de 1997, el llamado *Grupo BEST*, que tenía por objetivo fundamental estudiar los métodos de simplificación del entorno empresarial. Los estudios del *Grupo BEST* se culminaron, en 1999, con la aprobación del *Plan de Acción BEST* que buscaba promover el espíritu empresarial y la competitividad. El *Plan de acción BEST* concordaba con las propuestas incluidas en la Recomendación 97/344/CEE. Un año después, en marzo de 2000, el Consejo Europeo de Lisboa renovó la voluntad de actuar en esta temática identificando como una de las tareas a cumplir a corto plazo la formación de un entorno jurídico para simplificar y facilitar la creación de empresas innovadoras, en especial las pequeñas y medianas empresas. Como fruto del Consejo Europeo de Lisboa se adoptó, en junio de 2000, la *Carta Europea de la Pequeña Empresa*, denominada de *Carta de Feira*, donde los Estados miembros asumieron el compromiso de crear las circunstancias administrativas y jurídicas necesarias para el impulso de la actividad empresarial. La ejecución de estos objetivos condujo a la aprobación del *Programa plurianual a favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para las PYME*, vigente durante el periodo 2001-2005. Durante este período, la Resolución 2002/0079 del Parlamento Europeo, sobre la Estrategia para el pleno empleo y la inclusión social -en el marco de la preparación de la Cumbre de primavera de 2002- fomentó expresamente el uso intensivo de las nuevas tecnologías de información y comunicación en los intercambios con las Administraciones públicas y, acompañando lo que ya decía la Carta de Feira, afirmó de nuevo que las tecnologías deberían ser utilizadas además en los procedimientos de establecimiento, registro y publicidad de la creación de empresas. La necesidad de utilizar más y mejor las nuevas tecnologías fue reafirmada asimismo en la Conferencia de Ministros Europeos de Industria en Aranjuez. Los objetivos trazados por los labores anteriores salieron reforzados tras el Consejo Europeo de Barcelona del año 2002, y, sin duda, más aún, con el Consejo Europeo de 2005 que relanzó la Estrategia de Lisboa. Posteriormente, y siguiendo en la misma dirección, el Consejo Europeo de Bruselas de marzo de 2006 estableció como objetivo concreto que los Estados miembros hicieran las reformas necesarias para procurar la creación de empresas en una semana, y el

Consejo Europeo de 2007 impulsó la reducción de las cargas administrativas a las empresas en un 25% para el año 2012. A su vez, el Consejo Europeo de Bruselas de 2008 reconoció que los Estados miembros estaban haciendo esfuerzos para crear el entorno necesario para facilitar la creación y desarrollo de las empresas y reforzó de nuevo la necesidad de mejorar este esfuerzo y asimismo de concretar la reducción de las cargas administrativas en consonancia con lo estipulado en el Consejo Europeo de 2007.

Todas las iniciativas referidas siguen el mismo objetivo: simplificar el entorno jurídico y administrativo en el que las empresas desarrollan su actividad, particularmente en el ámbito de la creación de empresas.

Así y en consonancia con las exigencias europeas el legislador español promovió, y esta aún promoviendo, la flexibilización en la creación de sociedades mercantiles a través de distintas intervenciones legislativas. A tales fines, el legislador español ha introducido en la legislación el recurso a las nuevas tecnologías para facilitar la creación de pequeñas y medianas empresas en forma de sociedad limitada; sin duda, la forma social más utilizada en las últimas décadas en el tráfico económico, hasta el punto de constituir actualmente la forma básica de organización jurídica de empresas. Para ello, ha optado por facilitar la creación de microempresas, mediante el reconocimiento de un subtipo societario: la sociedad limitada nueva empresa.

La regulación de este subtipo societario se acometió mediante una reforma de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, a través de la Ley 7/2003, de 1 de abril, que añadió a la LSRL un nuevo capítulo – el capítulo XII – y cinco disposiciones adicionales. Actualmente la regulación de la Sociedad Nueva Empresa se encuentra plasmada en los 21 artículos que constituyen en el título XII del TRLSC 2010, bajo el mismo nombre (Sociedad Nueva Empresa).

Sin duda que la creación de este subtipo societario refleja las intenciones del legislador español de seguir conformando el ordenamiento jurídico nacional con las sugerencias provenientes de las instituciones europeas que, como vimos arriba, viene fomentando desde hace años la simplificación de las condiciones para la creación de empresas. Nótese que estimular la actividad empresarial, en especial de aquellas empresas que, como decimos ya, forman la columna vertebral de la economía española (y asimismo de la economía europea) conduce al aumento de puestos de trabajo y, como tal, al avance de la economía.



Como resulta de lo dicho, el objetivo de la Ley 7/2003 sobre la Sociedad Limitada Nueva Empresa consistía sobre todo en la posibilidad de ofrecer a las pequeñas y medianas empresas herramientas que les permitieran competir en el seno del Mercado Único, empezando por facilitar su creación mediante la eliminación de las barreras que la dificultan.

## **2. Nuevas formas de constitución de empresas. Proceso de tramitación telemática de constitución de empresas**

### **2.1. La iniciativa española**

Veamos ahora un poco los detalles de la Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa; sobre todo en lo que concierne a la aplicación de las nuevas tecnologías. De una primera lectura concluimos de inmediato que la Sociedad Limitada Nueva Empresa presenta, en determinadas materias, un régimen jurídico propio y que todo el proceso de constitución gira en torno al denominado Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), ofreciendo un régimen de funcionamiento más simplificado y asimismo un sistema de contabilidad simplificada.

Como apuntamos arriba, la normativa que regula las sociedades de responsabilidad limitada permite, desde el año 2003, con el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, la utilización de los medios telemáticos en la constitución de la empresa. Primeramente, solo la puesta en marcha de la sociedad limitada nueva empresa admitía la utilización de las nuevas tecnologías (Ley 7/2003, de 1 de abril)<sup>104</sup>, pero en el año 2006, a través del Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, tal facultad se extendió a las sociedades de responsabilidad limitada en general, tal como dejaba entrever el contenido de la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, añadida por la Ley 7/2003, al referir que “*así mismo, reglamentariamente se establecerán las especificaciones y condiciones para el empleo del DUE para la constitución de cualquier forma societaria*”. Y más recientemente, mediante el Real Decreto 368/2010, se posibilita igualmente al empresario individual la utilización del “*procedimiento*

---

<sup>104</sup> En este sentido, GALINDO GIL, Pedro, *El procedimiento de constitución telemática de la sociedad limitada nueva empresa*, Cuadernos de Derecho y Comercio, n. 39, junio 2003, Consejo General del Notariado, Madrid, página 92.

*electrónico del sistema CIRCE para llevar a cabo los trámites de creación de su empresa mediante la utilización del Documento Único Electrónico”*<sup>105</sup>. Como decimos, la sociedad nueva empresa se regula actualmente por el título XII del TRLSC 2010 y antes por el capítulo XII de la LSRL.

Fíjese entonces que el empleo del DUE es actualmente utilizado en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada generales, además de las sociedades nueva empresa.

En relación con la tramitación telemática hemos de tener en consideración fundamentalmente los arts. 435 a 444 del TRLSC, así como las disposiciones adicionales tercera, cuarta, quinta y sexta. Los preceptos legales ahora enumerados son básicamente la transcripción de los preceptos de la LSRL que se dedicaban a regular la sociedad nueva empresa, en especial, de los arts. 131 y 134 y de las disposiciones adicionales octava, referente al Documento Único Electrónico, añadida por la Ley 7/2003 y modificada por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre; novena, relativa a la colaboración social, y undécima, concerniente a la modificación del régimen disciplinario de Notarios y Registradores de la Propiedad, de Bienes Muebles y Mercantiles. No podemos, además, olvidar el Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del DUE para la puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática. Esta mezcla de preceptos culmina en alguna confusión. Efectivamente, lo que sucede es que, respecto con la constitución telemática de las sociedades el TRLSC es una mera reproducción de lo dicho en la LSRL. Ahora bien, como vimos, lo dicho en la LSRL se dirigía solamente a las sociedades nueva empresa. Como hicimos referencia, fue solamente más tarde, con el Real Decreto 1332/2006 que desarrolló lo mencionado en las normas respectivas de la LSRL, que se admitió la posibilidad de se constituir telemáticamente sociedades de responsabilidad limitada generales. Al presente, el TRLSC solamente hace referencia al empleo del DUE y de la respectiva constitución telemática de sociedades de responsabilidad limitada nueva empresa dejando trasparecer que relativamente a las limitadas en generales tal método no es admitido lo que, como vimos, no corresponde a realidad

---

<sup>105</sup> Real Decreto 368/2010, de 26 de marzo, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la puesta en marcha de las empresas individuales mediante el sistema de tramitación telemática.

visto que sigue vigorando el Real Decreto 1332/2006 que, reforzamos, extiende el empleo del DUE para la puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática.

Veamos ahora de forma pormenorizada en régimen que resulta de estos preceptos legales, tanto para las sociedades nueva empresa como para las sociedades de responsabilidad limitada en general, empezando por aquellas. Teniendo en cuenta que el TRLSC ha entrado en vigor recientemente (1 de septiembre de 2010), seguiremos apelando a los preceptos de la LSRL y respectivas normas de desarrollo, haciendo naturalmente las respectivas actualizaciones legales.

### **2.1.1. Especificidades del sistema de tramitación telemática de las sociedades limitadas nueva empresa**

Empecemos por analizar la denominación social de la sociedad nueva empresa<sup>106</sup>. Sobre ello, tendremos que llamar el art. 435 TRLSC puesto que ampara exactamente lo que antiguamente constaba del art. 131 LSRL, relativo a la obtención de la denominación de la sociedad y que fue desarrollado por la Orden ECO/1371/2003, de 30 de mayo<sup>107</sup>, por la que se regula el procedimiento de asignación del código ID-CIRCE que permite la identificación de la sociedad limitada Nueva Empresa y su solicitud en los procesos de tramitación no telemática, y por la Instrucción de 30 de mayo de 2003 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La regulación

---

<sup>106</sup>En extenso, *vd.* EMBID IRUJO, J. M., “Aproximación al régimen jurídico de la sociedad limitada nueva empresa”, en *Revista valenciana de economía y hacienda*, n.º 10, 2004, págs. 187-204.

Sobre la naturaleza jurídica de la denominación social, véase MIRANDA SERRANO, Luis, «Algo está cambiando... ¿Es la denominación social un nuevo signo distintivo de propiedad industrial?», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n. 48, diciembre 2007, págs. 9-53.

<sup>107</sup> Esta Orden tiene como objetivo la obtención y asignación del número de identificación fiscal. Básicamente su objeto no reside en la obtención de la reserva de denominación social sino en la regulación de la adjudicación del código alfanumérico que se debe añadirse a los apellidos y nombre del socio fundador que compone la denominación social. Compete al Sistema de Tramitación Telemática generar el código que se compone de una secuencia alfanumérica de diez caracteres compuesta por nueve números (los nueve primeros caracteres) y por una letra (el décimo carácter). Fíjese aún que, desde la perspectiva registral, la obtención del código ID-CIRCE no supone la reserva de la denominación social (véase en este sentido el contenido del apartado séptimo de la Orden ahora en análisis, que se remite al Reglamento del Registro Mercantil y, por extensión, a la Instrucción de 30 de mayo de 2003 de la Dirección General de los Registros y del Notariado).

de la denominación social se recoge en el art. 395 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

El código ID-CIRCE es generado por el Sistema de Tramitación Telemática STT-CIRCE<sup>108</sup> y está constituido por una secuencia de diez caracteres alfanuméricos<sup>109</sup>. La generación del ID-CIRCE de la sociedad limitada nueva empresa no representa la denominación social ni implica su reserva automática y, por lo tanto, el emprendedor, después de la obtención del código, tiene que solicitar la certificación de reserva de denominación al Registro Mercantil Central, añadiendo al código alfanumérico los apellidos y el nombre del socio fundador o de uno de los socios fundadores así como la expresión «Sociedad Limitada Nueva Empresa» o su abreviatura «SLNE». Sin embargo, este formato especial de la denominación social solamente es obligatorio en el momento de la constitución de la sociedad. En verdad, desde la entrada en vigor de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, es posible hacer el cambio de la denominación después de constituida la sociedad<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Que queda bajo la administración y gestión del Ministerio de Economía a través de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa.

<sup>109</sup> Tal como resulta expresamente de la Instrucción de 30 de mayo de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, “*los primeros nueve caracteres son dígitos decimales y el décimo es una letra simple mayúscula de acuerdo con la estructura siguiente: una primera parte numérica secuencia que será un número entero de siete dígitos, una segunda parte numérica que será un número entero de dos dígitos de control, y una tercera que será una letra*”. Afirma igualmente aquella Instrucción que “*el algoritmo de la generación del código ID-CIRCE responde al funcionamiento siguiente: a) cuando se solicite al Sistema de Tramitación Telemática-STT-CIRCE el ID-CIRCE correspondiente a un Sociedad Limitada Nueva Empresa, el sistema generará la primera parte del código cuyo carácter secuencial garantiza su unicidad. Inmediatamente, el sistema dividirá el número anterior por los números 97 y 23; b) los primeros dos dígitos del resto de la división por el número 97 constituirán los dígitos de control, es decir, la segunda parte del código. Los primeros dos dígitos del resto de la división por 23 se convertirán a una letra utilizando la siguiente matriz de conversión: (00=T, 01=R, 02=W, 03=A, 04=G, 05=M, 06=Y, 07=F, 08=P, 09=D, 10=X, 11=B, 12=N, 13=J, 14=Z, 15=S, 16=Q, 17=V, 18=H, 19=L, 20=C, 21=K, 22=E)*”. Finalmente el sistema, de forma automática, “*concatenará el resultado de los cálculos anteriores componiendo así el ID-CIRCE*”.

<sup>110</sup> Este cambio de denominación social es gratuito en lo que respecta a aranceles notariales y registrales durante los tres primeros meses después de la constitución de la sociedad. En los casos de las empresas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/2005, el cambio de denominación social fue gratuito en los primeros tres meses de la entrada en vigor de la dicha Ley. El cambio de la denominación social puede ser voluntario o obligatorio. Caso de ser voluntario se puede optar por una denominación social objetiva o de fantasía o por una denominación social subjetiva, es decir, formada por los apellidos y nombre de uno de los socios más un código alfanumérico único. Cuando se trata de un cambio voluntario y se pretende alterar la denominación social para una denominación objetiva o de fantasía, la solicitud del cambio puede ocurrir de forma presencial en las oficinas del Registro Mercantil Central, por correo o mensajería para la dirección del Registro Central, por Internet en el sitio Web del Registro Mercantil Central o a través de la plataforma e-not@rio. En este último caso la certificación de denominación social será enviada al notario con la firma electrónica reconocida del registrador titular del Registro Mercantil Central. Cuando el cambio es voluntario pero se opta por una denominación social subjetiva la alteración ocurre a través del acceso al menú “cambio de denominación social” del sitio Web

Entonces, en el momento de la constitución es imperativo que la denominación social esté compuesta por el mencionado código alfanumérico conjugado con los apellidos y el nombre del socio fundador o de uno de los socios fundadores y con la expresión «Sociedad Limitada Nueva Empresa» o su abreviatura «SLNE». Se trata de una exigencia necesaria para conseguir la rapidez y sencillez asociada a la constitución de este subtipo societario. En efecto, solamente así será seguro admitir el registro de una denominación social distinta de las demás sin que ella sea objeto de un análisis jurídico previo que, naturalmente, no permitiría la mencionada rapidez en la creación de la sociedad. Veremos más adelante que el sistema portugués optó por una vía distinta: la creación de la llamada bolsa de denominaciones sociales o “*bolsa de firmas*”. Esta posibilidad, que estudiaremos con mayor detalle más tarde, ha presentado resultados bastante satisfactorios y, en nuestra opinión, es una vía que el régimen español debería seguir. De hecho, el legislador español ya previó en la disposición adicional tercera de la LSRL, añadida por la 56/2007, de 28 de diciembre, ahora enteramente reproducida en la disposición final primera del TRLSC 2010 que “*se autoriza al Gobierno para regular una Bolsa de Denominaciones Sociales con reserva*”. Pensamos, por lo tanto, que el legislador ha seguido el camino correcto al poner las bases para crear la bolsa de denominaciones sociales, medida que permitirá que la constitución de las sociedades mercantiles se haga con más rapidez y con la misma seguridad jurídica. Pese a que el legislador tenga permitido al Gobierno crear la mencionada *Bolsa de Denominaciones Sociales* ya en el año de 2007 tal no sucedió todavía hasta al presente. Recuérdese que, a par de esta medida, es también impulsora de una mayor rapidez en la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada la posibilidad, planteada también en 2007 por la dicha Ley 56/2007, reiterada posteriormente en el Proyecto LES y mantenida en el TRLSC (exactamente en los mismo términos de la Ley 56/2007) de se crearen los modelos orientativos de estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada en general e ya no solamente de las limitadas nueva empresa, como referimos anteriormente<sup>111</sup>. Nótese, sin embargo, que mientras la bolsa de denominaciones es común para todas las sociedades de capital y no es privativa de las sociedades de

---

de Centro de Información y Red de Creación de Empresas. Finalmente puede suceder la obligatoriedad de cambiar la denominación social a causa de pérdida de la condición de socio del titular de la denominación social. En tal caso, es posible optar por una denominación social objetiva o subjetiva que implicará los trámites referidos anteriormente.

<sup>111</sup> *Vd.* Capítulo II, punto I, del presente estudio.

responsabilidad limitada la utilización de los aludidos modelos orientativos está solamente prevista para estas últimas.

El caso es que permitir solamente que la denominación social de la sociedad nueva empresa se haga a través de la conjugación del código alfanumérico y por los apellidos de los socios, es restringir muchísimo la elección de la denominación social (elemento sobremanera importante, ya que será la primera imagen de la sociedad ante los terceros, al emplearse la denominación no sólo como un signo de la personalidad en el tráfico jurídico sino también como signo de empresa en el tráfico económico, a modo de marca o nombre comercial de hecho). En verdad, una denominación social constituida por un código alfanumérico y por los apellidos y el nombre del socio fundador o de uno de los socios no es, desde el punto de vista comercial, mínimamente atractiva. El legislador apreció ésta realidad y para superar este obstáculo introdujo, con la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, cambios en la redacción original del art. 131 LSRL disponiendo que los requisitos de formación de la denominación social solamente se exigirán en el momento de la constitución de la sociedad.

Creemos, por lo demás, que este cambio legislativo venía obligado por las circunstancias, puesto que no sería razonable que todas las sociedades nuevas empresas tuviesen la respectiva denominación social compuesta por los apellidos y nombre del socio fundador o de uno de los socios. En verdad, además del problema referido – tratarse de denominaciones sociales poco atractivas para la actividad comercial –, pensamos que otro problema surgiría con regularidad: siempre que el socio, cuyo nombre y apellidos figuren en la denominación social, perdiera por cualquier causa la condición de socio, la sociedad tendría de modificar su denominación social, lo que conduciría, a cada paso, a alteraciones obligatorias en las denominaciones sociales. Así estaba previsto en la propia Ley, al indicar el art. 140.3 LSRL (ahora, art. 451.2 TRLSC) que *“en caso de que el socio cuyo nombre y apellidos figuren en la denominación social pierda dicha condición, la Sociedad estará obligada a modificar de inmediato su denominación social”*. Ahora bien, sabemos que estas sociedades no son aquellas en que más se verifican las transmisiones de participaciones sociales, *entre vivos*, aunque existan otras causas posibles que conducen a pérdida de condición de socio, especialmente la muerte del socio, que podrá originar las transmisiones *mortis*

*causa*. Así, lo más probable es que una sociedad no consiga mantener durante toda su vida la denominación social inicial compuesta por los apellidos y nombre del socio fundador o de uno de los socios fundadores. Esta eventualidad no es deseable porque cada vez que la sociedad cambia su denominación social pierde parte de su posición en el mercado, puesto que el público en general, y los terceros que con ella se relacionan, no la van reconocer bajo el nuevo nombre, salvo que el cambio vaya acompañado de un gran esfuerzo en publicidad y comunicaciones. Así las cosas, si la sociedad, una vez constituida, opta por cambiar la denominación social original, además de poder ganar una denominación social más atractiva evitará todos estos posibles problemas. De hecho puede recomendarse que esa modificación de la denominación se haga lo más rápido posible, ya que a partir de la fecha de constitución la sociedad comienza a posicionarse en el mercado y a construir su fondo de comercio a través de su denominación (que, como antes dijimos, actúa frecuentemente no sólo como signo de identificación del sujeto de derecho en el tráfico jurídico, sino también como signo de empresa en el tráfico económico).

Actualmente y hasta que la bolsa de denominaciones sociales sea creada, la composición de las denominaciones sociales de las sociedades nueva empresa se harán en los términos arriba mencionados. Por eso, reforzamos la importancia de la creación de dicha bolsa de denominaciones sociales, que permitirá que, en el mismo momento de la constitución de la sociedad, se opte por una denominación social de fantasía evitando así algunos de los problemas anteriormente apuntados.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 135 LSRL (ahora, art. 443 TRLSC), el capital social de la sociedad nueva empresa no podrá ser inferior a tres mil doce euros ni superior a ciento veinte mil doscientos dos euros, el cual sólo podrá ser desembolsado mediante aportaciones dinerarias. Sabemos que el legislador impide la integración en el capital de aportaciones no dinerarias con el objetivo de favorecer la rápida constitución de estas sociedades. Pero, en nuestra opinión, hubiera sido deseable que los socios pudiesen satisfacer sus aportaciones en bienes distintos al dinero. Éste impedimento tiene aun menos sentido cuando los socios pretenden integrar un capital social superior al mínimo satisfaciendo el valor mínimo con aportaciones dinerarias y lo restante con otros bienes. Comprendemos que el legislador considerase que, en el momento de la creación del régimen de la sociedad nueva empresa, no existían condiciones técnicas

suficientes para garantizar la seguridad de las aportaciones no dinerarias en una constitución mucho más rápida que las tradicionales. Sin embargo, hoy día no es así. Lo prueba precisamente el régimen portugués que, como veremos adelante, permite aportaciones no dinerarias en la constitución de la “*empresa na hora*” y asimismo en la creación *on-line* de sociedades (en éste último caso, solamente prohíbe que se aporten bienes cuya transmisión exija escritura pública o documento particular autenticado). De ello podemos deducir que el legislador ha desaprovechado la oportunidad de avanzar en el sentido de admitir aportaciones no dinerarias en la incorporación del capital social en la nueva empresa, poniendo así dificultades a la creación de empresas.

Por lo demás, la sociedad nueva empresa tendrá como objeto social todas o algunas de las actividades mencionadas expresamente en el art. 132.1 LSRL (ahora, art. 436.1 TRLSC, o sea, actividad agrícola; ganadera; forestal; pesquera; industrial; de construcción; comercial; turística; de transportes; de comunicaciones; de intermediación; de profesionales o de servicios en general. A continuación, el apartado 2, permite a los socios incluir en el objeto social cualquier actividad singular diferente de aquellas mencionadas en el apartado 1. Resulta aún del mismo art. 132 LSRL (art. 436 TRLSC) que no podrán incluirse en el objeto social las actividades que solamente pueden ser ejercidas bajo forma de sociedad anónima ni aquéllas cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo.

Finalmente, antes de empezar a analizar los pasos necesarios para la constitución de la sociedad, conviene hacer un breve apunte sobre los requisitos subjetivos y sobre la unipersonalidad de este subtipo societario. De acuerdo con el art. 133.1 LSRL (art. 437 TRLSC), la condición de socio de una sociedad nueva empresa está limitada a las personas físicas. Además, al tiempo de la constitución, cinco es el número máximo de socios permitidos (art. 133.2 LSRL; art. 437.2 TRLSC). Por lo demás, la sociedad nueva empresa puede ser unipersonal, sin embargo no podrá adquirir la condición de socio único de una sociedad nueva empresa quien ya presenta esta condición (de socio único) en otra sociedad nueva empresa; al revés, será perfectamente admisible que el socio único de la sociedad nueva empresa ostente semejante condición en una sociedad de responsabilidad limitada regular (cfr., art. 133.2 LSRL; art. 438 TRLSC).

En lo que concierne ya al proceso relativo a la constitución de la sociedad nueva empresa, debemos centrarnos que en el art. 134 LSRL (trasladado ahora, con mayor



corrección sistemática, a los arts. 439 a 442 TRLSC) y en el desarrollo efectuado por el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, por el que se regula el sistema de tramitación telemática a que hace referencia la normativa ahora en causa, y también por la disposición adicional octava de la LSRL (ahora reproducida en la disposición adicional tercera del TRLSC) y por la ya mencionada Orden ECO/1371/2003, de 30 de mayo, así como por la Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio, por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la sociedad nueva empresa.

Comienza el art. 134.1 LSRL por exigir que la constitución de la sociedad se hiciera mediante la realización de escritura pública seguida de su inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social. Ahora esa exigencia resulta de las disposiciones generales que se aplican a todas las sociedades de capitales y que se encuentran plasmadas, como referimos ya, en los arts. 20 y 33 TRLSC<sup>112</sup>.

Actualmente, el art. 439.1 TRLSC dispone (como antes el art. 134.2 I LSRL) que los *“trámites necesarios para el otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución de la sociedad Nueva Empresa podrán realizarse a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas”*. La copia autorizada de la escritura de constitución de la sociedad será remitida telemáticamente por el notario al Registro Mercantil (art. 134.2 II LSRL; art. 440.1 TRLSC). La autenticidad de los envíos telemáticos que se demuestren necesarios estará amparada por el uso de firma electrónica avanzada (art. 439.2 TRLSC que sustituye lo dicho en el art. 134.2 III LSRL).

La obligación del notario de enviar telemáticamente al Registro la copia de la escritura de constitución de sociedad puede ser apartada por voluntad de los socios, de acuerdo con lo previsto en el art. 134.3 LSRL (art. 440.1 II TRLSC). En efecto, es posible que los socios fundadores eximan al Notario autorizante de enviar telemáticamente al Registro la copia de constitución de la sociedad y designen un *“representante para la realización de los trámites conducentes a la constitución de la sociedad conforme a las reglas generales o expresar su voluntad de hacerlo por sí mismos”*. En tal caso, deberá el Notario expedir *“la primera copia autorizada en*

---

<sup>112</sup> En extenso, véase CABANAS TREJO, Ricardo, «Constitución de la Sociedad Nueva Empresa: escritura y procedimiento registral», en Nuevas tecnologías en la contratación, sociedad nueva empresa e hipoteca electrónica: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio de 2003, bajo dirección de José Javier Escolano Navarro, 2005, pps 47-72.

*soporte papel en un plazo no superior a veinticuatro horas, computado desde la autorización de la escritura de constitución de la sociedad*". Esta opción, pese a que resulta legalmente admisible, es desaconsejada por el propio mecanismo de creación telemática de sociedad que aconseja el envío de la escritura por el Notario.

Compete al Notario, antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad, comprobar que la denominación social de la sociedad que se pretende constituir no coincide con ninguna denominación social anterior (art. 134.4 LSRL: art. 440.2 TRLSC). El paso siguiente se regula en el art. 134.5 LSRL (art. 440.3 TRLSC) y consiste en el envío de la escritura autorizada, junto con el Documento único Electrónico, a las Administraciones tributarias competentes para la obtención del número de identificación fiscal de la sociedad.

Los socios fundadores tienen a su disposición un modelo orientativo de estatutos de la Sociedad Nueva Empresa, aprobado, como referimos arriba, por la Orden JUS/1445/2003 del Ministro de Justicia, en cumplimiento de lo señalado en el apartado segundo de la disposición adicional décima (también en la LSRL era la disposición adicional décima que hablaba de estos modelos orientativos). Ahora bien, la necesidad de la aprobación de este modelo orientativo es muy clara: permitir que en los plazos definidos por la ley sea posible constituir la sociedad nueva empresa sin que los respectivos estatutos sociales presenten posibles defectos y, consecuentemente, se instale una situación de incertidumbre en el tráfico jurídico. La utilización, por los socios, del modelo orientativo produce efectos de extrema importancia que se traducen, sobre todo, en la agilización del proceso de constitución. Veamos. El art. 134.6 LSRL (art. 441.1 TRLSC) dispone que siempre que los socios opten por utilizar los estatutos sociales orientativos oficiales, el "*registrador mercantil deberá calificar e inscribir, en su caso, la escritura de constitución en el plazo máximo de veinticuatro horas, contado a partir del momento del asiento de presentación o, si tuviere defectos subsanables, desde el momento de presentación de los documentos de la subsanación*"<sup>113</sup>. El

---

<sup>113</sup> Los apartados 7 y 8 del art. 134 LSRL (apartados 2 y 3 del art. 441 TRLSC) señalan que "*en el caso de que el registrador mercantil califique negativamente el título presentado, lo hará saber al notario autorizante de la escritura de constitución y, en su caso, al representante que, a tal efecto, los socios fundadores hubieren designado en ella, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación. Asimismo, lo notificará a las Administraciones tributarias competentes*"; y que "*si la naturaleza de la falta apreciada permitiere, con arreglo a la legislación notarial, su subsanación de oficio por el notario y éste estuviere de acuerdo con la calificación, procederá a su subsanación en el plazo máximo de veinticuatro horas, computado desde el momento de la notificación de la calificación del registrador*

legislador, no impide que los socios opten por redactar sus propios estatutos, pero, en tal caso, no les atribuye los mismos efectos, como claramente asume en el preámbulo de la precitada Orden JUS/1445/2003 al mencionar que *“los socios pueden elaborar otro tipo de estatutos sociales, con los límites de derecho imperativo establecidos en la Ley, como consecuencia lógica del principio de autonomía de la voluntad, tan esencial en todos los tipos de negocios jurídicos, pero muy especialmente en los societarios, en cuyo caso el plazo para calificar e inscribir será el general contemplado en la legislación específica”*.

Después de practicar el registrador la inscripción de la sociedad, deberá notificar al notario autorizante los datos registrales para que constaten en la escritura matriz y asimismo en las copias que vayan a ser expedidas. De igual modo, deberá el registrador remitir al notario la parte correspondiente del Documento Único Electrónico en el que fueran incorporados los datos registrales de la sociedad (art. 134.9 LSRL; art. 442.1 TRLSC).

En la fase final del proceso de constitución, deberá el notario expedir en soporte papel la copia autorizada de la escritura de constitución de la sociedad en un plazo no superior a 24 horas, contabilizado a partir del momento en que el registrador mercantil notifica los datos registrales. Según el art. 134.10 LSRL (art. 442.1 TRLSC) en la escritura deberá el notario dejar *“constancia del número de identificación fiscal de la sociedad y de la remisión de la copia de la escritura de constitución y del Documento Único Electrónico a las Administraciones tributarias competentes, para que éstas procedan a enviar el número de identificación fiscal definitivo de la sociedad a los socios fundadores”*. Ante la solicitud de los socios fundadores, el notario procederá a la remisión de los documentos necesarios para que ellos puedan cumplir las obligaciones relacionadas con la seguridad social (art. 134.10 in fine LSRL; art. 442.1 II TRLSC).

Una vez inscrita la sociedad, compete al registrador mercantil dar el último paso que consiste en la remisión al Registro Mercantil Central de los datos relativos a los actos sociales de la sociedad (art. 134.11 LSRL; art. 442.2 TRLSC).

---

*mercantil, dando cuenta de la subsanación a los socios fundadores o a sus representantes”, respectivamente.*

Los procedimientos expuestos son aquellos que, de forma general, estipuló el legislador como necesarios para la creación de la Sociedad Nueva Empresa. Vimos que este subtipo societario fue el primero en admitir una efectiva utilización de las nuevas tecnologías en su constitución. Dígase que el legislador se empeñó verdaderamente en fomentar la creación de empresas bajo este subtipo social. Lo dicho, se prueba además con la creación del régimen especial de medidas fiscales aplicable solamente aquellos que optan por este subtipo social. Las mencionadas medidas fiscales surgirán en 2003 con la Ley 7/2003<sup>114</sup> y siguen estipuladas, en los mismo moldes, actualmente en la disposición adicional sexta del TRLSC<sup>115</sup>.

### **2.1.2. La constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática – notas**

Como antes advertimos, actualmente (desde 2006) también se admite, en las mismas condiciones, crear una sociedad de responsabilidad limitada. Parece asimismo que el legislador pretende, a corto plazo, extender a otros tipos societarios el uso de las

---

<sup>114</sup> La Ley 7/2003, de 1 de abril, añadió a la LSRL, entre muchos otros preceptos, la disposición adicional decimotercera que estipulaba las medidas fiscales especialmente aplicables a las sociedades nueva empresa.

<sup>115</sup> El texto original de la Ley 7/2003 fue mantenido en la disposición adicional sexta del TRLSC, bajo título “*medidas fiscales aplicables a la sociedad limitada nueva empresa*” que dispone que “*la Administración tributaria concederá, previa solicitud de una sociedad limitada nueva empresa y sin aportación de garantías, el aplazamiento de la deuda tributaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por la modalidad de operaciones societarias, derivada de la constitución de la sociedad durante el plazo de un año desde su constitución. La Administración tributaria también concederá, previa solicitud de una sociedad nueva empresa y sin aportación de garantías, el aplazamiento de las deudas tributarias del Impuesto sobre Sociedades correspondientes a los dos primeros períodos impositivos concluidos desde su constitución. El ingreso de las deudas del primer y segundo períodos deberá realizarse a los 12 y seis meses, respectivamente, desde la finalización de los plazos para presentar la declaración-liquidación correspondiente a cada uno de dichos períodos. Asimismo, la Administración tributaria podrá conceder, previa solicitud de una sociedad nueva empresa, con aportación de garantías o sin ellas, el aplazamiento o fraccionamiento de las cantidades derivadas de retenciones o ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que se devenguen en el primer año desde su constitución. Las cantidades aplazadas o fraccionadas según lo dispuesto en este apartado devengarán interés de demora. 2. La sociedad nueva empresa no tendrá la obligación de efectuar los pagos fraccionados a que se refiere el artículo 45 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el, a cuenta de las liquidaciones correspondientes a los dos primeros períodos impositivos concluidos desde su constitución*”.

tecnologías en la constitución del ente social y de empresas en general; así lo demuestra el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, como vimos anteriormente.

Independientemente del tipo societario que se pretenda constituir, lo cierto es que, como ya apuntamos, la utilización de las nuevas tecnologías en la creación de sociedades mercantiles depende del funcionamiento de las infraestructuras creadas al efecto y que se apoyan en el Centro de Información y Red de Creación de Empresas, en el Sistema de Tramitación Telemática, en el Documento único Electrónico y en los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación. Todos estos conceptos se encuentran desarrollados por el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio y por el Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico para la constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el Sistema de Tramitación Telemática.

En efecto, el Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, refiere de inmediato en el art. 1 que *“constituye objeto de este real decreto la regulación de las especificaciones y condiciones para el empleo del DUE a efectos de la constitución y puesta en marcha de Sociedades de Responsabilidad Limitada”*. Vimos anteriormente de forma sucinta cómo se solicita la denominación social cuando se trata de una sociedad limitada nueva empresa; sin embargo, para la sociedad de responsabilidad limitada general no se aplican las mismas reglas. En verdad, con arreglo a lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto 1332/2006, *“quienes deseen constituir una Sociedad de Responsabilidad Limitada deberán previamente obtener una certificación negativa de denominación con arreglo a lo establecido en el Reglamento de Registro Mercantil”*. Añade el mismo artículo que la certificación referida podrá aún ser obtenida de acuerdo con lo dispuesto en el art. 140.4 LSRL (art. 451.1 TRLSC), es decir, mediante solicitud al notario autorizante para que la remita telemáticamente al Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación.

El proceso de tramitación telemática de creación de una sociedad implica, fundamentalmente, concretar de forma telemática una serie de requisitos jurídicos, como son: la obtención de la reserva de denominación de la sociedad; la autorización por el notario de la escritura de constitución de la sociedad; la expedición al registrador mercantil (por parte del notario) de la copia auténtica electrónica de constitución de la

sociedad; la remisión al notario (por parte del registrador mercantil) de los datos de inscripción trasladados para la matriz después de calificada la sociedad; y la entrega al emprendedor (por parte del notario) de una copia de la escritura de constitución con los datos de inscripción.

### **2.1.3. El Centro de Información y Red de Creación de Empresas**

Pues bien, veamos ahora de qué forma se realizan los requisitos jurídicos arriba mencionados. Verdaderamente, el objetivo de agilizar el proceso de creación de empresas en España originó la creación del Centro de Información y Red de Creación de Empresas. En el punto III de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003 se refiere que el proyecto Nueva empresa se basa fundamentalmente en tres elementos, siendo uno de ellos el Centro de Información y Red de Creación de Empresas. Enseguida define el Centro de Información y Red de Creación de Empresas como *“una red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT), en los que se asesora y se prestan servicios a los emprendedores, tanto en la gestación, tramitación administrativa y puesta en marcha de sus iniciativas empresariales como durante los primeros años de actividad de las mismas”*. La mencionada Exposición de Motivos, adelanta además que con esta red se pretenden concretar dos de los objetivos del proyecto Nueva Empresa que son, por una parte, crear una infraestructura de centros de asesoramiento, información y servicios (accesible en todo territorio nacional mediante Internet) y, por otra parte, *“la constitución de una red de creación de empresas que facilite al máximo a los empresarios la puesta en marcha de sus iniciativas empresariales”*.

La regulación jurídica del Centro de Información y Red de Creación de Empresas se prevé en el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, por el que se regula el sistema de tramitación telemática a que se refiere la disposición adicional octava de la LSRL, que se corresponde ahora con la disposición adicional tercera del TRLSC. Así, en el art. 1 del Real Decreto 682/2003 se menciona que *“este Real Decreto tiene por objeto regular el funcionamiento de los puntos de asesoramiento e inicio de tramitación*

(PAIT), que constituirán el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), así como del documento único electrónico (DUE), para la constitución y puesta en marcha de las sociedades constituidas al amparo del capítulo XII de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada” Debemos ahora leer “constituidas al amparo del título XII del TRLSC”.

El diploma acabado de referir ofrece, en su art. 2, la definición de Centro de Información y Red de Creación de Empresas disponiendo que “*el CIRCE es un sistema de información para la tramitación a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas de la constitución de la sociedad limitada Nueva Empresa, dando soporte a la coordinación entre los distintos elementos que lo integran*”. Se trata de un sistema que integra: 1) el sistema de tramitación telemática, es decir, “*el sistema informático de tramitación de expedientes electrónicos que articula el proceso de creación de empresas basado en el DUE*” (ahora definido en la disposición adicional tercera del TRLSC; 2) el portal PYME cuyo objetivo principal reside en facilitar informaciones a los emprendedores con el auxilio de la Internet; 3) la red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT) que busca principalmente asesorar a los emprendedores en la concretización de sus proyectos<sup>116</sup>.

El Sistema de Tramitación Telemática es un sistema informático que tiene por base el Documento Único Electrónico – formulario administrativo que ofrece la ventaja de sustituir innumerables formularios en papel exigidos en la creación de una sociedad limitada a través del procedimiento tradicional<sup>117</sup> – y que permite la creación de

---

<sup>116</sup> Véase también la Orden PRE/2491/2003 de 3 de septiembre, por la que se regulan las prescripciones tecnológicas de los sistemas de información de los Centros de Ventanilla Única Empresarial a que se refiere la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En el punto primero de la dicha Orden PRE se refiere que “*los centros de Ventanilla Única Empresarial VUE prestarán, de forma universal y gratuita, servicios de información y asesoramiento sobre las características y beneficios de la Sociedad Limitada Nueva Empresa así como, en su caso, la tramitación de la misma, según lo dispuesto en el Real Decreto por el que se regula el sistema de tramitación telemática a que se refiere el artículo 134 y la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada*”. Ahora el precepto mencionado deberá leerse con las adaptaciones debidas al TRLSC, es decir, art. 440 y disposición adicional tercera, pero sigue actualizado.

<sup>117</sup> El contenido del Documento Único Electrónico se encuentra plasmado en el art. 4.2, del Real Decreto 682/2003, que distingue, por una parte, los elementos que se deben cumplimentar en el momento del inicio de la tramitación en el Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación y, por otra parte, los elementos que solamente se incorporan en el Documento Único Electrónico, por el notario, por el registrador y por las Administraciones Públicas competentes, en cada fase de la tramitación inherente al inicio de la actividad de la empresa. El elenco de datos que actualmente debe ser cumplido por el Documento Único Electrónico puede ser aumentado a través de convenios entre las Administraciones Públicas. Efectivamente el legislador concedió al Documento Único Electrónico un carácter abierto a las

empresas a través de expedientes electrónicos. En este sentido, como mencionamos, refiere el mismo art. 2, letra a), que se trata de un “*sistema informático de tramitación de expedientes electrónicos que articula el proceso de creación de empresas basado en el Documento Único Electrónico*” y que “*facilita la información entre los intervinientes en el proceso*”. Añadiendo que “*a través del STT se llevará a cabo el intercambio de la documentación necesaria para la creación de empresas mediante la interacción con los sistemas informáticos dispuestos por cada uno de los actores que intervienen en el mismo. El STT garantiza al emprendedor un servicio global y unificado para la creación de empresas*”. Obviamente, el Sistema de Tramitación Telemática no altera la información ni los documentos electrónicos emitidos. En todo caso, con arreglo a lo dispuesto en el art. 2.1 a) del Real Decreto 682/2003, la expedición de documentos públicos que se realicen por notarios y registradores mediante el sistema CIRCE se entenderá que cumple con las normas sobre la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en la seguridad jurídica preventiva estipuladas en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Al fin, el portal PMYE proporciona un vasto contenido informativo *on line* que tiene como principal objetivo informar y asesorar a los emprendedoras a través de Internet, con arreglo a lo dispuesto en el mencionado art. 2 c), que afirma que “*el portal PYME está constituido por un conjunto de contenidos multimedia para proporcionar*

---

nuevas necesidades del futuro. Nótese que ya fue dado un paso en este sentido con la entrada en vigor del Real Decreto 1332/2006, que, al extender la utilización de los medios telemáticos en la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada general, provocó un aumento del elenco de los datos del Documento Único Electrónico. La disposición adicional octava LSRL ya lo mencionaba y ahora se reafirma en el TRLSC que “*reglamentariamente o, en su caso, mediante la celebración de los oportunos convenios entre las Administraciones públicas competentes, podrán incluirse nuevos datos en el DUE a fin de que pueda servir para el cumplimiento de trámites, comunicaciones y obligaciones distintas a las anteriores. Así mismo, reglamentariamente se establecerán las especificaciones y condiciones para el empleo del DUE para la constitución de cualquier forma societaria, así como para el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social inherentes al inicio de la actividad, con pleno respeto a lo dispuesto en la normativa sustantiva y de publicidad que regula estas formas societarias*”. Con la posibilidad de la constitución de sociedades de responsabilidad limitada generales con el auxilio de las nuevas tecnologías se dio el primero paso.

Entre otros, con el Documento Único Electrónico es posible sustituir los modelos de papel destinados a realizar la declaración censal, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, el impuesto sobre actividades económicas y la inscripción del empresario en la Seguridad Social y apertura de cuenta de cotización principal.

De acuerdo con Marín Calero debe desecharse como incorrecta la calificación que se hace en el preámbulo del Real Decreto 682/2003, que califica el Documento Único Electrónico como un «documento administrativo». Vid. MARÍN CALERO, Carlos, *Artículo 134*, en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, (Dir.), *La sociedad Limitada Nueva Empresa. Comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pgs. 101 y siguientes.



*servicios de información y asesoramiento a los emprendedores a través de Internet desde la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa”.*

Así, en los puntos de asesoramiento inicio de Tramitación, oficinas pertenecientes a entidades públicas o privadas, los emprendedores puedan solicitar ayuda en la gestación empresarial, en la tramitación administrativa y en la constitución de su empresa, del mismo modo que pueden ser asesorados durante los primeros años de vida de sus empresas<sup>118</sup>. Es efectivamente lo que resulta del art. 2 c), del Real Decreto 682/2003: “*la red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación, en los que se asesora y se prestan servicios a los emprendedores, tanto en la gestación, tramitación administrativa y puesta en marcha de sus iniciativas empresariales, como durante los primeros años de su actividad*”. También podrán los emprendedores solicitar junto del PAIT la reserva de denominación social referida en el art. 440.2 TRLSC. Además de las informaciones relacionadas con la creación de las empresas, los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación también elaboran o tutelan el plan de empresa interactivo de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, que tiene como objetivo demostrar si la idea empresarial es o no viable. Aseguran igualmente informaciones sobre financiación, fiscalidad, programas de ayudas, contratación laboral, internacionalización, investigación, desarrollo tecnológico e innovación y cooperación empresarial<sup>119</sup>. Para constituirse como Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación es necesario cumplir requisitos de índole legal y

---

<sup>118</sup> La red de Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación cuenta con la participación de varios organismos, como las Agencias de Desarrollo Autonómico y Local, los Ayuntamientos, las Cámaras de Comercio y, entre otras, las Asociaciones Empresariales (todas estas entidades tienen firmado un convenio de colaboración con el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio). Cfr., art. 3/4 del Real Decreto 682/2003, según la redacción dada por el Real Decreto 368/2010, de 26 de marzo. También las Ventanillas Únicas pueden ser PAIT. A fecha 6 de mayo de 2008, la red de Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación contaba con más de 344 oficinas repartidas por trece Comunidades Autónomas. Cfr. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio – Secretaría General de Industria, Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, *Proceso de Tramitación Telemática de Constitución de Empresas*, mayo, 2008, disponible en el *site* [http://www.circe.es/WebFiles/images/c/c7/PROCESO\\_TRAMITACION\\_TELEMATICA\\_DE\\_CONSTITUCION\\_DE\\_EMPRESAS.pdf](http://www.circe.es/WebFiles/images/c/c7/PROCESO_TRAMITACION_TELEMATICA_DE_CONSTITUCION_DE_EMPRESAS.pdf) (última consulta a 15 de mayo de 2010). En dos años la red de PAIT prácticamente dobla esas cifras. De hecho, a fecha 22 de abril de 2010, la red PAIT cuenta con más de 650 puntos establecidos en trece Comunidades Autónomas (cfr. <http://www.circe.es/Circe.Publico.Web/Articulo.aspx?titulo=ProcedimientoPAIT#> visualizado por la última vez el 1 de julio de 2010).

<sup>119</sup> En este sentido *vid.* HIERRO ANIBARRO, Santiago, *La sociedad limitada nueva empresa*, Tratado de Derecho Mercantil, Manuel Olivencia, Carlos Fernández-Nóvoa, Rafael Jiménez de Parga (directores) y Guillermo Jiménez Sánchez (coordinador), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006, página 103.

técnica, y la garantía de su correcta operatividad se efectúa mediante la realización de varias pruebas previas<sup>120</sup>.

El sistema de creación telemática de empresas puede contemplar hasta doce trámites, pero algunos dependen de la actividad a desarrollar por la empresa y otros son opcionales<sup>121</sup>. Sin embargo, para crear una sociedad limitada (bien sea nueva empresa o una regular) es necesario llevar a cabo de manera telemática por el Sistema de Tramitación Telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas, por lo menos, ocho pasos (nueve si se trata de una sociedad limitada nueva empresa).

Primeramente el emprendedor se dirige al Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación donde un técnico especializado en creación de empresas le ofrece todas las informaciones necesarias al proceso de creación de empresas e inicia el proceso complementándose para ello el documento único electrónico<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Para que una entidad se pueda constituir como Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación necesita antes que nada de firmar un convenio con la Dirección General de Política de la Pequeña y Media Empresa (creada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) órgano dependiente de la Secretaría General de Industria. Inicialmente, con arreglo a lo dispuesto en la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, introducida por la Ley 7/2003, las entidades que podían firmar el convenio tenían que poseer naturaleza de Administraciones Públicas o entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, bien como los centros de ventanilla única empresarial. Pero este elenco fue ampliado a través del Real Decreto 682/2003 que, en el art. 3.4, admite que concurren a la categoría de Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación los colegios profesionales, las organizaciones empresariales y las Cámaras de Comercio. La redacción más reciente de este art. 3.4 surgió con el Real Decreto 368/2010, de 26 de marzo, según el cual *“la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, celebrará convenios para el establecimiento de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación con otras Administraciones públicas y con entidades públicas o privadas, colegios profesionales, organizaciones empresariales y cámaras de comercio, siempre que lo soliciten y puedan acreditar las condiciones requeridas. En cualquier caso, las ventanillas únicas empresariales, creadas al amparo del Protocolo de 26 de abril de 1999 mediante los correspondientes instrumentos jurídicos de cooperación con comunidades autónomas y entidades locales, podrán realizar las funciones a que se hace referencia en el apartado 1. Igualmente, aquellas ventanillas únicas empresariales incorporadas a la Red integrada de Atención al Ciudadano mediante instrumentos de colaboración en el marco de lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros, en su reunión del día 15 de julio de 2005, podrán realizar las funciones a que se hace referencia en el apartado 1”*. Los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación se encuentran sujetos a cumplir fundamentalmente tres obligaciones: asesorar e informar al emprendedor; cumplir la tramitación, lo que implica cumplimentar el Documento Único Electrónico y poner en marcha su tramitación telemática, solicitar el código ID-CIRCE y reservar la denominación social (cuando lo solicita el emprendedor que opta por la tramitación presencial); cumplir con la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal en todo lo referente a los datos que se encuentran en el Documento Único Electrónico. Técnicamente, para que una entidad sea Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación necesita de instalar el programa informático de ayuda a la cumplimentación del Documento Único Electrónico, llamado PACDUE.

<sup>121</sup> Por ejemplo la obtención de datos de embarcación o de licencia de pesca solamente se realizan, como es obvio, cuando las actividades mercantiles se relacionan con tales actividades. A su vez, el registro de dominio Internet y el registro de los ficheros de datos de carácter personal son trámites opcionales.

<sup>122</sup> El emprendedor puede obtener informaciones a través de la Web de Centro de Información y Red de Creación de Empresas ([www.circe.es](http://www.circe.es)) de cuál es el Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación que

La cumplimentación del Documento Único Electrónico se realiza a través del programa de ayuda PACDUE que se encuentra en el área PAIT dentro de la Web de Centro de Información y Red de Creación de Empresas, y exige que el emprendedor suministre la información necesaria a su cumplimentación y que entregue la documentación necesaria<sup>123</sup>. El Documento Único Electrónico permite, entre otras funcionalidades, la incorporación de la denominación social, cuando se trata de constituir una sociedad limitada nueva empresa<sup>124</sup>, y la designación de la cita con el notario con fin del otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad<sup>125</sup>. Además, el Documento Único Electrónico permite al emprendedor que reserve el dominio de Internet de su empresa. Igualmente, el emprendedor debe designar la forma de pago o el aplazamiento<sup>126</sup> del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de Operaciones Societarias. Actualmente, desde la entrada en vigor del Real Decreto 368/2010, de 26 de marzo, que añadió al art. 5.1 las letras l) y m), el DUE permite asimismo la inscripción de ficheros de datos personales en el Registro General de Protección de Datos y la solicitud de registro de marca y nombre comercial.

Si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada nueva empresa el paso dos reside en la solicitud de la denominación social. Para lo tanto el Sistema de

---

se encuentra más cercano de su domicilio. Para concertar una cita es suficiente hacer una llamada telefónica.

<sup>123</sup> Para proceder a la tramitación telemática de la constitución de una sociedad, el emprendedor debe llevar al Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación la siguiente documentación: fotocopia y original del documento nacional de identificación de todos los socios y trabajadores; fotocopia y original de la tarjeta de la Seguridad Social de todos los socios y trabajadores u otro documento que acredite el número de afiliación a la seguridad Social. Además es necesario tener en cuenta otros datos los datos relativos al domicilio de la empresa y a la actividad empresarial, a los porcentajes de participación en el capital social e indicación de la condición de administradores. Asimismo, es necesario llevar el número de cuenta bancaria para la domiciliación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en caso de aplazamiento y para el pago al Registro Mercantil Provincial.

<sup>124</sup> Como ya referimos, cuando el emprendedor opta por una sociedad de responsabilidad limitada general tiene que llevar al Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación el certificado de la denominación social en papel, o bien solicitar al notario autorizante que la envíe telemáticamente al Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación. En determinadas situaciones (que hacemos referencia en el cuerpo del texto) es igualmente necesario llevar el justificante de pago realizado por la obtención de la denominación social.

<sup>125</sup> La cita con el notario es obtenida de forma inmediata una vez que se hace una comunicación en tiempo real con el sistema de la agenda notarial que permite obtener los datos del notario y la fecha y hora de la cita. Los datos obtenidos se reflejan de inmediato en el Documento Único Electrónico.

<sup>126</sup> El aplazamiento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de Operaciones Societarias solo es posible cuando la empresa que se pretende constituir asume la forma de sociedad limitada nueva empresa.

Tramitación Telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas solicita la reserva de la denominación social al Registro Mercantil Central que responde con el envío de la certificación de la denominación social y de la factura de la misma. Nótese que si el emprendedor opta por la constitución presencial de la sociedad limitada nueva empresa tiene siempre que realizar este trámite de solicitud de reserva de la denominación social de forma telemática a través del portal del Centro de Información y Red de Creación de Empresas mediante una conexión online al Registro Mercantil Central.

De lo contrario, si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada general el paso dos reside en la realización de la escritura delante del Notario. No obstante, con arreglo a lo establecido en los arts. 410 y 412 del Reglamento del Registro Mercantil, la obtención de la denominación social, cuando se trata de una sociedad de responsabilidad limitada general, ocurre en momento anterior a la cumplimentación del Documento Único Electrónico. El emprendedor puede, sin embargo, obtener la certificación de denominación social telemáticamente, con lo cual el notario que obtuvo la certificación la remite telemáticamente, utilizando para ello su firma electrónica, al Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación, de acuerdo con el procedimiento contemplado en el art. 140.4 LSRL, según la redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad (cfr., art. 451.2 TRLSC)<sup>127</sup>. El momento de la realización de la escritura representa la segunda y última visita presencial del proceso. Los datos del Documento Único Electrónico firmados electrónicamente al notario son enviados por el Sistema de Tramitación Telemática – Centro de Información y Red de Creación de Empresas.

A continuación, el proceso será remitido a través de Internet al Sistema de Tramitación Telemática que marca el orden de cada uno de los trámites y envía a cada organismo los datos insertos en el Documento Único Electrónico para que realicen los trámites que les competen. Es igualmente el Sistema de Tramitación Telemática quien recibe los datos y documentos de salida de cada organismo, de forma que pueda completar, paso a paso, el Documento Único Electrónico en tramitación.

---

<sup>127</sup> *In extenso, vid.* AGUILERA ANEGÓN, Gonzalo, «La presentación telemática», en *Revista de Derecho y nuevas tecnologías*, año 2008-1, n.º 16, páginas 19-39. AGUILERA ANEGÓN, Gonzalo, «Aspectos registrales y fiscales de la presentación telemática», en *Revista de Derecho y nuevas tecnologías*, año 2008-1, n.º 16, páginas 39-83. VALLE HERNÁNDEZ, Ana María del, «El registro mercantil electrónico», en *Revista de Derecho y nuevas tecnologías*, n.º 18, 2008, páginas 19-33.

De acuerdo con lo dicho, el notario solicita, electrónicamente, a la Administración Tributaria el código de identificación fiscal provisional enviando para ello la escritura de constitución. Llegada la escritura y la petición del notario firmada electrónicamente, la Administración Tributaria procesa la información y remite el código de identificación fiscal al Sistema de Tramitación Telemática – Centro de Información y Red de Creación de Empresas. Asimismo se concretiza el envío de la declaración censal a la Administración Tributaria competente.

Teniendo en cuenta la opción que haya sido elegida por el emprendedor delante del Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación se procesa la petición de liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ante la Comunidad Autónoma competente en la gestión de tal impuesto. Seguidamente, la Comunidad Autónoma envía al Sistema de Tramitación Telemática – Centro de Información y Red de Creación de Empresas- el certificado del pago o del aplazamiento (cuando se trata de una sociedad de responsabilidad limitada nueva empresa es obligatorio conceder el aplazamiento cuando sea solicitado por el interesado) firmado electrónicamente.

Después del código de identificación fiscal asignado y de realizado el pago (o aplazamiento) del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el Sistema de Tramitación Telemática – Centro de Información y Red de Creación de Empresas envía al Registro Mercantil Provincial correspondiente los certificados correspondientes a la Denominación Social y al pago o aplazamiento del Impuesto. Así, el Registrador Mercantil se encuentra en condiciones de comprobar los datos de la escritura (que como vimos arriba había sido remitida por el notario al Sistema de Tramitación Telemática – Centro de Información y Red de Creación de Empresas) y de realizar su calificación que, cuando procede, origina la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil<sup>128</sup>. Al final, el Registrador devuelve los datos de la

---

<sup>128</sup> Nótese que la calificación del registrador puede no preceder, es decir, puede ser negativa. Ante una situación de calificación negativa el registrador comunica tal hecho al notario autorizante de la escritura de constitución y al representante en el plazo máximo de veinticuatro horas computadas desde la presentación. Asimismo es necesario comunicar a la Administración Tributaria que la sociedad cuyo impuesto de constitución se va a liquidar no fue todavía inscrita. Sin embargo, es posible que el notario autorizante proceda a subsanación de oficio, siempre que la naturaleza de la falta apreciada lo permitiera, de acuerdo con la legislación notarial, y que el notario se encuentre de acuerdo con la calificación. La subsanación ocurre en el plazo de máximo de veinticuatro horas siguientes a la notificación, informándose del hecho a los socios fundadores o a sus representantes. (*Vid.* art. 441.2 TRLSC).

resolución de inscripción firmados electrónicamente al Sistema de Tramitación Telemática – Centro de Información y Red de Creación de Empresas que serán aún enviados al notario. Si se trata de una sociedad limitada nueva empresa que utilizó los estatutos orientativos<sup>129</sup>, dispone el Registro Mercantil Provincial de un plazo máximo de cuarenta y ocho horas para la resolución en la inscripción de empresas Sociedad de Responsabilidad Limitada. El plazo de cuarenta y ocho horas se extiende a quince días cuando la sociedad limitada nueva empresa no optó por los estatutos orientativos.

Una vez realizado el otorgamiento de la escritura y el recibimiento del Código de identificación fiscal provisional, el Sistema de Tramitación Telemática – Centro de Información y Red de Creación de Empresas inicia los trámites relativos a la Seguridad Social. Básicamente lo que sucede es que el Documento Único Electrónico es enviado a la Tesorería General de la Seguridad Social o al Instituto de la Marina que van generar los códigos de cuenta de cotización, afiliar y dar de alta a los socios y, cuando los hay, a los trabajadores de la empresa. Finalmente la Tesorería General de la Seguridad Social o el Instituto de la Marina devuelven al Sistema de Tramitación Telemática – Centro de Información y Red de Creación de Empresas los códigos de cuenta de cotización.

Cuando el notario recibe los datos de la resolución de inscripción por parte del Registro Mercantil Provincial competente los incorpora en la matriz de la escritura.

El código de identificación fiscal definitivo es solicitado por el notario, a través del envío de la copia autorizada de la escritura, a la Administración Tributaria mediante el Sistema de Tramitación Telemática – Centro de Información y Red de Creación de Empresas. La confirmación del código de identificación fiscal es remitida al Centro de Información y Red de Creación de Empresas por vía de un acuse simple de recibo que termina el proceso de creación de la sociedad que, por lo tanto será notificada por parte de la Administración Tributaria<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Recordemos que el modelo de estatutos orientativos fue aprobado por una Orden del Ministerio de Justicia de 4 de junio de 2003 (Orden JUS/1445/2003). La opción por el modelo orientativo de los estatutos representa una restricción a la capacidad negocial de las partes. Para obviar esta contrariedad, el legislador sigue admitiendo la posibilidad de que los socios fundadores redacten sus propios estatutos pero, en tal caso, el registrador dispone de los plazos normales para realizar los respectivos trámites registrales. En este sentido *vid.* HIERRO ANIBARRO, Santiago, *La sociedad limitada nueva empresa*, cit. Pág. 112.

<sup>130</sup> Una vez finalizado el proceso telemático de puesta en marcha de su empresa, el emprendedor recibe varios documentos. Así, concluida la cumplimentación del Documento Único Electrónico, el emprendedor debe imprimir el referido Documento Único Electrónico y firmarlo. El Documento Único Electrónico puede ser descargado desde el área emprendedor de la Web Centro de Información y Red de

Siempre que el emprendedor lo desee puede verificar en qué punto se encuentra la tramitación referente a la creación de su empresa. Basta con acceder al área de la Web de Centro de Información y Red de Creación de Empresas proveído de su certificado digital o con el usuario y contraseña que se entregue una vez enviado el Documento Único Electrónico al sistema<sup>131</sup>.

La validez jurídica del proceso se encuentra asegurada una vez que todos los mensajes y documentos electrónicos están firmados electrónicamente a través de la firma electrónica reconocida de cada uno de los intervinientes en el proceso que, como referimos en el capítulo precedente, presenta una eficacia jurídica igual a la firma manuscrita del documento presentado en soporte de papel<sup>132</sup>. Naturalmente, es el empleo de la firma electrónica, reconocida tanto en las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos como entre éstas y los notarios y registradores mercantiles, lo que garantiza la seguridad del sistema telemático de constitución de sociedades.

El análisis anterior permite concluir que las ventajas de la tramitación telemática no han sido totalmente trasladadas al ámbito de puesta en marcha de las sociedades mercantiles, desde luego, porque sigue obligando a desplazamientos a las oficinas de la administración, en particular para que la escritura de constitución sea firmada (veremos más tarde que el régimen portugués prevé la constitución de sociedades según la modalidad “*on line*” que apenas implica desplazamientos a las oficinas de la administración pública). Las funcionalidades del Sistema de Tramitación Telemática del

---

Creación de Empresas transcurridas cuarenta y ocho horas de su conclusión. El emprendedor recibe aún la escritura de constitución de la sociedad no inscrita en el Registro Mercantil Provincial; el código de identificación fiscal provisional; la escritura de constitución de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil Provincial correspondiente (facultada por el notario); el código de identificación fiscal definitivo (que es enviado a la dirección postal a efecto de notificaciones de la sociedad); factura emitida por el Registro Mercantil Provincial con una presentación detallada de todos los gastos de inscripción de la sociedad y de su publicación en el BORME (también esta factura es enviada al domicilio referido para las notificaciones); el código de cuenta de cotización de la empresa en el caso de dar de alta a trabajadores por cuenta ajena y los números de cuentas de los trabajadores en el caso del alta de trabajadores en la seguridad social (también para el domicilio a efecto de notificaciones); si se trata de una sociedad limitada nueva empresa, recibe, igualmente, en el domicilio a efecto de notificaciones, las facturas correspondientes a la certificación negativa de la denominación social emitidas por el Registro Mercantil Central.

<sup>131</sup> Si el proveedor accede como usuario tiene que introducir el llamado código CIRCE de su empresa y como contraseña introducir su DNI con la letra en mayúsculas.

<sup>132</sup> Sobre la eficacia jurídica de la firma electrónica *vid.* capítulo I.

Centro de Información y Red de Creación de Empresas están limitadas a los procedimientos de ámbito nacional y son dependientes de la celeridad con que actúen otros organismos como sucede, por ejemplo, con el Registro Mercantil.

Lo cierto es que el legislador español instituyó, con la nueva empresa, una subespecie de un tipo societario ya regulado, lo que no fue una novedad en el panorama del Derecho europeo de sociedades. Realmente, lo mismo había sucedido ya en el Derecho francés y en el Derecho alemán aproximadamente diez años antes<sup>133</sup>. Fue en 1994 cuando tanto el ordenamiento jurídico francés como el alemán optaron por flexibilizar la naturaleza de las normas societarias a través de la creación de la «sociedad anónima simplificada»<sup>134</sup> y de la «pequeña sociedad por acciones»<sup>135</sup>, respectivamente. A través de reglas más adecuadas para las sociedades anónimas cerradas (los regímenes mencionados no se aplican a las sociedades anónimas abiertas), los legisladores francés y alemán tenían como objetivo fundamental el aumento de la competitividad de dichas sociedades en los mercados y la captura de inversores extranjeros. Sin embargo, las similitudes entre la labor de los legisladores francés y alemán por una parte y del legislador español por otra se limitan a la creación de una subespecie de un tipo societario ya regulado. Como hemos visto, los regímenes francés y alemán optaron por elegir el tipo societario “sociedad anónima” y en contrapartida en España se eligió la “sociedad limitada”. Además, el legislador español tenía en mente la creación de un tipo societario al servicio de las pequeñas y medias empresas sobre todo en lo que toca a mejorar y simplificar las condiciones necesarias para la creación de las mismas. En el año de 2006, con la posibilidad de creación telemática de la sociedad de responsabilidad limitada general el legislador español dio un importante paso, pero aún

---

<sup>133</sup> Tales ejemplos no han sido seguidos por ninguno otro sistema jurídico europeo.

<sup>134</sup> La «sociedad anónima simplificada» fue creada en el Derecho francés a través de la Ley de 3 de enero de 1994. Al respecto de los contornos de la figura *vid.* ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, "La nueva "sociedad por acciones simplificada" del Derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación de la tendencia a la desregulación y "contractualización" del derecho de sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 3, 1994, páginas 433-443. *Vid.* igualmente SALGADO SALGADO, M<sup>a</sup> B. «La *société par actions simplifiée*: la estructura más flexible del derecho de sociedades francés», *Revista de Derecho Mercantil*, 2001, número 241, página 1515 y siguientes.

<sup>135</sup> La «pequeña sociedad por acciones» fue creada por la Ley de 2 de agosto de 1994. Para un balance sobre los aspectos de la figura *vid.* ESCRIBANO GÁMIR, R Cristina, «Ley alemana sobre pequeñas sociedades por acciones y desregulación del derecho de sociedades por acciones (Gesetz "für Kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktiensrechts" de 2 agosto 1994)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 1994, II, páginas 451 a 458.



así insuficiente. Efectivamente, como apuntamos más arriba, creemos que los propósitos del legislador español no han sido alcanzados plenamente y que sería provechoso analizar algunos regímenes jurídicos que legislaran en tales materias; especialmente aquellos que lo hicieron más recientemente.

## **2.2. La iniciativa portuguesa**

Siguiendo las mismas orientaciones comunitarias, los legisladores de los distintos Estados miembros fueron introduciendo la utilización de las nuevas tecnologías en la creación de sociedades mercantiles mediante reformas legislativas puntuales. Así, el legislador portugués creó dos mecanismos dirigidos a facilitar la constitución de sociedades de responsabilidad limitada. Tales mecanismos se encuentran regulados en el *Decreto-Lei n.º 111/2005*, de 8 de junio<sup>136</sup> y en el *Decreto-Lei n.º 125/2006*, de 29 de junio<sup>137</sup>. El primero de estos Decretos instituye el llamado régimen de la “*empresa na hora*” y el segundo el de la “*constituição on-line de sociedades*”.

De la lectura del preámbulo del Decreto-Lei 111/2005 se desprende que, en la óptica del legislador portugués, la constitución de sociedades mercantiles no se compadece con la existencia de burocracias desmesuradas que implican la práctica de actos innecesarios que provocan además notables retrasos. Al fin y al cabo, el legislador portugués entendió esta medida como un impulso al dinamismo de las sociedades comerciales, permitiendo aumentar la competitividad de estos agentes económicos y consecuentemente de la economía nacional. Esta iniciativa salió reforzada en 2006, con la introducción de una vía verdaderamente innovadora en la constitución de las sociedades: Internet. De hecho, la justificación subyacente a la elaboración del *Decreto-Lei n.º 125/2006* residió en la necesidad de simplificar aún más los trámites inherentes a

---

<sup>136</sup> Complementado por la *Portaria* 811/2005, de 12 de setiembre, que fijó el periodo experimental y por la *Portaria* 590-A/2005, de 14 de julio, relativa al *site* de la Internet adonde se realizan las publicaciones obligatorias. El *Decreto-Lei* n.º 111/2005 fue modificado por el art. 37 del *Decreto-Lei* 76-A/2006, de 29 marzo, y por el art. 21 del *Decreto-Lei* 125/2006, de 29 de junio y asimismo por los Decretos-Leis n.ºs 318/2007, de 26 de setiembre, y 247-B/2008, de 30 de diciembre.

<sup>137</sup> Modificado por los Decretos-Leis n.ºs 318/2007, de 26 de setiembre, y 247-B/2008, de 30 de diciembre.

la constitución de las sociedades. El objetivo central fue precisamente el mismo que ya había orientado la norma precedente: reducir significativamente los costes asociados a la constitución de sociedades mercantiles, intentando así potenciar la actividad empresarial y productiva.

El nuevo régimen jurídico no sirve para constituir todos los tipos de sociedades sino solamente las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas (que no revistan la forma de sociedades anónimas europeas), de acuerdo con los arts. 1 y 2 c) del *Decreto-Lei* n.º 111/2005 y con los arts. 1 y 2 a) del *Decreto-Lei* n.º 125/2006<sup>138</sup>. Resulta, por tanto, evidente que estos dos métodos de constitución inmediata de sociedades no serán admisibles para la constitución –poco probable en la actualidad- de sociedades colectivas y comanditarias.

El proceso de constitución de empresas conocido como “*empresa na hora*” es efectivamente muy rápido y tal celeridad se ve reflejada en la letra de la ley que, en su art. 5, refiere que “*devem iniciar e concluir a tramitação do procedimento no mesmo dia, em atendimento presencial único*”. El legislador fijó como plazo máximo para la constitución un solo día, pero dicho plazo ha sido incluso reducido notablemente puesto que, a fecha de abril de 2009, el tiempo medio para la constitución de una sociedad comercial a través de este método de la “*empresa na hora*” era de 33 minutos. Ha sido sobre todo por causa de esta rapidez y sencillez en los trámites por la que se han creado 93.822 “*empresas na hora*” entre 14/07/2005 y 30/06/2010<sup>139</sup>.

Como es sabido, la constitución de una sociedad, es decir, del contrato de sociedad, implica el cumplimiento de determinados requisitos legales. Por ser así, la seguridad jurídica impone que se haga el control de legalidad del acto constitutivo. Este control es, por regla general, doble, por cuanto exige la intervención notarial y registral, lo que, naturalmente, implica un mayor dispendio temporal. La novedad es que en el

---

<sup>138</sup> Sobre el régimen de la “*empresa na hora*”, consultar MENEZES CORDEIRO, António, *Manual de direito das sociedades*, vol. II, *Das sociedades em especial*, Coimbra, Almedina, 2006, página 235 y siguientes; también, OLAVO CUNHA, Paulo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2006, página 154 y siguientes.

Desde el año de 2008 el proceso conocido como “*empresa na hora*” admite que los socios realicen aportaciones no dinerarias incluyendo bienes inmuebles. Siempre que se hagan aportaciones en bienes cuya transmisión implique registro será necesario que el socio que aporta el bien lo tenga registrado a su nombre. La titularidad de estos bienes deberá ser verificada oficiosamente por los servicios registrales mediante el acceso directo a las respectivas bases de datos.

<sup>139</sup> Cfr. [http://www.empresanahora.pt/ENH/sections/PT\\_estatisticas](http://www.empresanahora.pt/ENH/sections/PT_estatisticas).

proyecto “*empresa na hora*” el doble control de legalidad no se produce, economizándose, de esa forma, tiempo. Para que esta circunstancia no se traduzca en una disminución de la seguridad jurídica fue necesario crear un padrón del acto constitutivo aprobado previamente por el Presidente del Instituto de los Registros y del Notariado (entonces Director General de los Registros y del Notariado), así como medios rápidos para la composición de la denominación social que veremos adelante. En este sentido, el art. 3 del *Decreto-Ley* n.º 111/2005 fija dos presupuestos esenciales para la aplicación del régimen: 1) los estatutos de la sociedad tienen que ser de los que se encuentran aprobados por el Presidente del Instituto de los Registros y del Notariado; 2) si se aportan a la sociedad bienes sujetos a registro, estos bienes tienen que encontrarse definitivamente registrados a favor del socio fundador que los entrega a la sociedad; 3) la denominación de la sociedad debe ser elegida mediante una de las tres vías posibles: i) aprobación en el puesto de atendimento, ii) elección de una denominación compuesta por una expresión de fantasía de entre las que existen en la llamada “*bolsa de firmas*” que en seguida analizaremos, iii) presentación del certificado de admisibilidad de denominación social.

El primer presupuesto de utilización de la “*empresa na hora*” (y, en nuestra opinión, la principal desventaja) reside en la necesidad de que los socios fundadores (o el socio único) elijan un modelo de estatutos preconcebido. Como ya apuntamos, la necesidad de que se tenga que aprobar un padrón de acto constitutivo resulta del hecho de que en este proceso no se pasa por el control notarial. Para que sea posible seguir garantizando la seguridad jurídica, es necesario que el Registrador mercantil tenga confianza en la validez del acto constitutivo y de los estatutos, la cual, hasta ahora, era alcanzada a través de la intervención notarial en el acto constitutivo que revestía la formalidad de escritura pública. Ahora bien, desapareciendo esta formalidad de la constitución de sociedades (no solo en las constituciones hechas mediante el proceso “*empresa na hora*”, sino en todas las constituciones de sociedades con salvedad de aquellas que presenten aportaciones de bienes cuya transmisión exige forma más solemne que la formalidad escrita<sup>140</sup>) el registrador solamente consigue comprobar la

---

<sup>140</sup> De hecho, refiere el art. 7.1 del *Código de Sociedades Comerciais*, que el contrato de sociedad debe tener forma escrita y que las firmas de los socios fundadores deben ser objeto de reconocimiento presencial. Este reconocimiento puede, actualmente, ser realizado por Notario, abogado, solicitador y por las Cámaras de comercio. Las constituciones que conlleven aportaciones de bienes cuya transmisión

validez del acto constitutivo dentro del cortísimo plazo de constitución legalmente previsto (que, como vimos, en media es muy cercano a la media hora), si la apreciación del acto constitutivo no exige un examen en profundidad de todo el contenido estatutario. Lo que sucede, naturalmente, si el acto constitutivo consiste en una adaptación de un padrón o modelo previamente elaborado por el Presidente de los Registros y del Notariado. Así, las cláusulas que completan el acto constitutivo no presentarán vicios y el Registrador mercantil no tendrá que preocuparse de la posible existencia de vicios que pudieran determinar la nulidad de las estipulaciones estatutarias. Actualmente, los socios fundadores tienen a su disposición cinco modelos de actos constitutivos: uno para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada unipersonales; dos para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada y otros dos para la constitución de sociedades anónimas. El mayor problema que, a nuestro juicio, presenta este proceso, es que los socios fundadores están obligados a elegir de entre uno de los modelos predispuestos legalmente sin que sea admisible incluir ningún tipo de modificaciones. Estos modelos de actos constitutivos son muy generalistas y prácticamente dejan la mayor parte de las materias sometidas a la regulación supletoria prevista en la Ley. Por lo tanto, si los socios fundadores desean establecer, *ab initio*, determinadas reglas y derogar así el régimen supletorio, este método no servirá para tales intenciones. Sin embargo, los socios fundadores podrán constituir la sociedad a través de este método y posteriormente modificar los estatutos para adecuarlos a sus intereses.

El segundo requisito de constitución de sociedades mediante el proceso “*empresa na hora*” solamente se exige cuando se realicen aportaciones en bienes que sean objeto de registro. En este caso, y por razones evidentes de seguridad jurídica, tales bienes deben estar registrados a nombre del socio que hace la respectiva aportación. De hecho, es indispensable confirmar la titularidad de los bienes que se entregan a la sociedad a través del acceso a las bases de datos del registro. Esta confirmación se hace mediante consulta electrónica y, por lo tanto, es automática, rápida y sencilla. Así, sólo si resulta de la consulta que el bien en causa se encuentra registrado a favor del socio, podrá este transmitirlo a la sociedad en el acto constitutivo. La constitución de

---

exige una formalidad superior al mero documento escrito, como es el caso de los bienes inmuebles, sigue exigiendo o escritura pública o documento particular autenticado (art. 875.º do Código Civil portugués).

sociedades a través del método “*empresa na hora*” nunca exige la formalidad de escritura pública, ni siquiera cuando se entregan bienes cuya transmisión formalmente la exija (como sucede con los bienes inmuebles); de ahí la necesidad de garantizar la efectiva titularidad de los bienes que se pretenden entregar a la sociedad. Ahora bien, la inscripción en el registro de fincas de un determinado bien crea la fuerte presunción jurídica de que la propiedad de bien pertenece a la persona cuyo nombre figura en el registro. Recuérdese que el proyecto inicial de la “*empresa na hora*” no admitía aportaciones no dinerarias precisamente porque no habían encontrado un mecanismo que garantizase debidamente la seguridad jurídica. Esa restricción condicionaba muchísimo la constitución de sociedades ya que, no raras veces, los socios pretenden efectuar aportaciones no dinerarias. Fue así, con el objetivo de satisfacer estas necesidades, que el legislador, en el año de 2008 (tres años después de la entrada en vigor del proyecto “*empresa na hora*”), admitió las aportaciones no dinerarias en este proceso de constitución rápida de sociedades. Naturalmente, la confirmación de la titularidad de los bienes solamente es posible porque actualmente existe una base de datos electrónica de la información registral que lo permite. Es, una vez más, gracias a la utilización de las nuevas tecnologías como se consigue la necesaria circulación de información entre los distintos servicios administrativos aquí implicados.

El tercer presupuesto de aplicación del régimen de la “*empresa na hora*” reside, como ya se avanzó, en la selección de la denominación social. Al efecto, disponen los socios de tres vías: aprobación automática en el punto de atención al público; opción por una de las denominaciones sociales pre-aprobadas incluidas en la llamada “*bolsa de firmas*”; o presentación del “certificado de admisibilidad” de denominación social.

En la primera hipótesis avanzada, es decir, en la aprobación automática en el punto de atención, la denominación social debe estar formada obligatoriamente por el nombre de los socios<sup>141</sup>. Se trata de una posibilidad que solamente fue admitida en el año de 2008 y que permite a los socios no optar por ninguna de las denominaciones de fantasía previamente aprobadas y, en su lugar, optar por una denominación social subjetiva sin ser necesario que soliciten previamente la respectiva certificación negativa

---

<sup>141</sup> Cfr. Art. 50.º-A, del *Regime do Registo Nacional de Pessoas Colectivas*, añadido por el *Decreto-Lei* n.º 247-B/2008, de 30 de diciembre, que menciona que “*no caso de pedidos de firmas para efeitos de constituição automática de sociedades por quotas, unipessoal por quotas ou anónima em que as firmas correspondam ao nome dos sócios pessoas singulares, podem ser utilizados médios electrónicos e automáticos para a sua aprovação*”.

o de admisibilidad de la denominación. Como resulta directamente de la ley, las denominaciones así constituidas son aprobadas de forma automática a través de la validación electrónica que certifica que la denominación no es confundible con otra (lo cual es solamente posible con la utilización de los medios electrónicos); sólo es posible recurrir a esta posibilidad cuando los socios son personas físicas o naturales, no cuando intervengan como socios fundadores personas jurídicas. No obstante, a la denominación social subjetiva así constituida es posible añadir una expresión que sea alusiva a la actividad desarrollada por la sociedad. Sin embargo, en este caso, la aprobación de la denominación no será completamente automática puesto que, después de la mencionada validación electrónica, la solicitud de denominación social será remitida automáticamente al *Registo Nacional de Pessoas Colectivas* para que sea verificada la legalidad de la expresión que se añadió a los nombres de los socios. El *Registo Nacional* tendrá el plazo máximo de uno día para proceder a esta verificación.

Los socios fundadores pueden optar por solicitar ante la entidad competente la denominación social que deseen para la sociedad. A estos efectos, los socios fundadores tienen que solicitar el llamado “certificado de admisibilidad”, o sea, una certificación de denominación social ante el *Registo Nacional de Pessoas Colectivas*, que lo emitirá después de apreciar la validez de la denominación solicitada. Será, por lo tanto, necesario verificar, antes que nada, si la denominación requerida no resulta contraria a ninguno de los preceptos legales que la regulan; fundamentalmente, si no figura registrada a favor de otra persona jurídica y, en su caso, si el respectivo contenido no va en contra de la Ley, del orden público, o de las buenas costumbre, y si no induce a error o confusión a terceros sobre la identidad y naturaleza de la sociedad. Obviamente, el proceso subyacente a la verificación de la legalidad de la denominación social no se corresponde con los plazos cortísimos previstos en el régimen de la “*empresa na hora*”. De hecho, la Ley concede al *Registo Nacional* el plazo máximo de diez días (aunque por regla general el proceso no exceda de tres días) para apreciar la validez de la denominación social y emitir la respectiva certificación<sup>142</sup>. Actualmente, es posible agilizar el proceso de solicitud de esta certificación utilizando la página web de los

---

<sup>142</sup> Pueden los interesados solicitar la emisión urgente de la certificación, en el plazo máximo de uno día hábil, bajo el pago adicional de los aranceles debidos.

servicios<sup>143</sup>. La certificación de la denominación social solicitada por Internet será comunicada a los interesados a través de mensaje de correo electrónico enviado a la dirección de correo electrónico comunicada por el interesado y asimismo por un mensaje SMS (*short message service*) u otro medio considerado adecuado<sup>144</sup>. En conclusión, los socios fundadores que así lo deseen pueden acudir a los servicios administrativos competentes con el objetivo de constituir su sociedad a través del método “*empresa na hora*”, habiendo elegido previamente la denominación social que desean y, por eso, deben llevar consigo la necesaria certificación. Claro que en esta situación la sociedad no quedará constituida en el plazo record previsto en este proceso.

Precisamente porque la solicitud de denominación social no permite que la sociedad sea constituida en el plazo que el legislador portugués entendió como meta al propósito de la “*empresa na hora*”, se creó la ya referida “*bolsa de firmas*”. Se trata este de un proyecto que implica que, a cada momento, se encuentren disponibles para ser utilizadas cerca de 200 denominaciones sociales previamente creadas y reservadas a favor del Estado Portugués. Son, naturalmente, denominaciones sociales de fantasía, que estarán disponibles para los socios fundadores a la hora de crear su sociedad a través de la “*empresa na hora*” o de la “*empresa on-line*”, como veremos en seguida. El proceso de elección es bastante sencillo: los socios fundadores deben elegir una de las distintas denominaciones que se encuentran en la lista que está disponible en la página web dedicada a la “*empresa na hora*” y “*on line*”<sup>145</sup> y que también podrá ser consultada por los socios antes de la constitución. La denominación social solamente será reservada en el momento en que los socios inician la constitución de la sociedad, es decir, no se puede reservar la denominación social antes de esa fecha. Eso implica que la denominación social puede estar libre cuando los socios acceden a la página web pero puede también encontrarse reservada a favor de otra sociedad en el momento en que pretenden efectivamente dar inicio a la constitución de la sociedad<sup>146</sup>. El régimen

---

<sup>143</sup> [www.portaldaempresa.pt](http://www.portaldaempresa.pt) o [www.irn.mj.pt](http://www.irn.mj.pt).

<sup>144</sup> Cfr. Art. 50.º-B del “*Regime do Registo Nacional de Pessoas Colectivas*”.

<sup>145</sup> Existen numerosos hyperlinks de otros servicios que conducen a la “*bolsa de firmas*”.

<sup>146</sup> El art. 15.1 del *Decreto-Lei* n.º 111/2005, refiere que “*1 - É criada pelo RNPC uma bolsa de firmas reservadas a favor do Estado, compostas por expressão de fantasia e às quais está associado um NIPC, independentemente da localização da sede da sociedade, para o efeito de afectação exclusiva às sociedades a constituir no âmbito do presente diploma. 2 - É criada pelo RNPC e pelo INPI uma bolsa de firmas reservadas e de marcas registadas a favor do Estado, compostas por expressões de fantasia e às quais está associado um NIPC e um número de processo de marca, independentemente da localização da*

admite que se elija una denominación social y se añada una expresión alusiva a la actividad desarrollada por la sociedad. Así, será posible “personalizar” un poco más la denominación escogida. A las denominaciones previamente reservadas a favor del Estado portugués se encuentra asociado un “*número de identificação de pessoa colectiva*” que, en el ordenamiento jurídico español, equivale al número de identificación fiscal.

La “*bolsa de firmas*” está directamente relacionada con el objetivo principal del proceso “*empresa na hora*” que, como ya hemos visto, consiste en permitir que la constitución de sociedades comerciales de responsabilidad limitada o anónimas se haga en un tiempo muy reducido. La opción por una de las denominaciones de la lista previamente aprobada implica que, de forma automática y sin necesidad de ningún otro procedimiento o trámite administrativo y consecuentes pérdidas de tiempo y costes asociados, los socios fundadores adquieran a favor de la sociedad la denominación social. La disminución de trámites administrativos en la constitución de sociedades es, antes todo, una exigencia de los mercados. Actualmente Portugal ocupa un lugar destacado entre los demás países de la Unión Europea. Recuérdese que el legislador español, con los mismos propósitos, y aprovechando estas y otras experiencias, consagró, en la disposición final primera del TRLSC aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, la posibilidad de se crear una “*bolsa de denominaciones sociales*”. Más adelante comentaremos esta medida, pero ahora simplemente interesa destacar cómo el legislador español ha seguido los pasos del legislador portugués, de acuerdo con aquello que ya habíamos sugerido cuando, por primera vez, comparamos los regímenes jurídicos sobre esta materia de estos dos países vecinos.

---

*sede da sociedade, para o efeito de afectação às sociedades a constituir no âmbito do presente diploma. 3 - As marcas constantes da bolsa referida no número anterior são registadas a favor do Estado, representado pelo RNPC, para os produtos e serviços definidos por despacho conjunto do director-geral dos Registos e do Notariado e do presidente do conselho de administração do INPI. 4 - Até à sua afectação nos termos da segunda parte da alínea c) do n.º 1 do art. 8.º, as firmas constantes das bolsas referidas nos n.os 1 e 2 gozam de protecção em todo o território nacional. 5 - O recurso à bolsa referida no n.º 2 pressupõe a adopção conjunta das firmas e marcas que se encontram reciprocamente associadas. 6 - A dependência prevista no número anterior cessa com a conclusão do procedimento de constituição imediata de sociedade, momento a partir do qual a firma e marca passam a vigorar autonomamente. 7 - A reserva a favor do estado das firmas constantes das bolsas referidas nos n.ºs 1 e 2 o direito à sua exclusividade em todo o território nacional.”*



A la par de la “*bolsa de firmas*”, el *Registo Nacional de Pessoas Colectivas* y el *Instituto de Propriedade Industrial* han constituido la denominada “*bolsa de marcas*”. Una vez más, el legislador portugués ha pretendido, de manera coherente y plausible, eliminar actos y prácticas administrativas, intentado facilitar la vida de las empresas a la hora de registrar una marca, conocidas, como con, las frecuentes coincidencias entre denominaciones sociales y marcas en el tráfico económico moderno. Podemos incluso afirmar que la “*bolsa de marcas*” nace como un complemento necesario de la “*bolsa de firmas*”; y así que son procesos complementarios los procesos de “*empresa na hora*” y “*marca na hora*”.

Hablar de la bolsa de marcas implica necesariamente hablar del régimen especial de adquisición inmediata y de adquisición *online* de marcas registradas, regulado en el *Decreto-Lei* n.º 318/2007, de 26 de septiembre. Lo que permite este régimen es elegir una de las marcas previamente creadas y registradas a favor del Estado (que se compromete a mantener disponible constantemente una bolsa de aproximadamente 200 marcas)<sup>147</sup>. La elección y registro de la marca a través de este procedimiento se podrá hacer personalmente ante los servicios competentes o de forma telemática a través de Internet. La temática de la “*marca na hora*” es traída a colación en materia de denominaciones sociales porque, como es sobradamente conocido, existe una relación especial entre los dos regímenes que regulan estos dos materias. De hecho, además de la posibilidad de adquirir de forma autónoma una marca previamente registrada y disponible en la bolsa de marcas, el legislador portugués admite igualmente que, cuando se lleva a cabo la constitución de una sociedad a través del método “*empresa na hora*” y los socios fundadores optan por elegir una denominación social de la “*bolsa de firmas*”, la expresión elegida como denominación social valga también como marca. Es decir, la expresión utilizada como denominación social se registrará también como marca bajo la titularidad de la sociedad. Fíjese entonces que, en esta última situación apuntada, la marca es idéntica a la denominación elegida de entre los nombres disponibles en la bolsa. Por ejemplo, el emprendedor pretende constituir una sociedad de responsabilidad limitada y elige la denominación social disponible en la dicha bolsa “*grão negro*”. Así,

---

<sup>147</sup> Desde el momento de la creación de la bolsa de marcas (y de denominaciones sociales) hasta el momento del registro a favor del Estado han transcurrido todos los procedimientos legales aplicables (que incluyen las publicaciones legales obligatorias).

la denominación social quedará “*grão negro, lda*”<sup>148</sup>. Supongamos ahora que el mismo emprendedor pretende solicitar, al mismo tiempo, el registro en su nombre de la marca “*grão negro*”. De esta manera, el emprendedor, al mismo paso, obtiene el registro de la denominación social y de la marca.

En conclusión, la “*marca na hora*” puede ser adquirida de forma autónoma (bien ante los servicios competentes, o bien por medio de la solicitud telemática) o en el ámbito de la constitución de una “*empresa na hora*” (y también en el ámbito del proceso de constitución online de sociedades, como mencionaremos en seguida) junto con la adquisición de la denominación social. Es precisamente en éste último caso donde se pueden plantear algunos problemas, sobre todo porque la dependencia existente entre la denominación social elegida y la respectiva marca cesa con la conclusión del proceso “*empresa na hora*”, a partir del cual, denominación social y marca comienzan a regir de forma autónoma. Así, es perfectamente posible que, después de adquirido el conjunto denominación social y marca, el empresario cambie una u otra (o ambas). Los problemas que se pueden plantear aquí están relacionados principalmente con los (cada vez más habituales) conflictos entre denominaciones sociales y otros signos distintivos (marcas y nombres comerciales). Si el empresario utiliza la denominación social y la marca no tienen por qué producirse problemas de confusión. Sin embargo, y nótese que esta posibilidad existe a partir del momento en que quiebra la dependencia constitutiva entre la denominación social y la marca, ¿será posible al empresario transmitir a un tercero la marca adquirida manteniendo la denominación social idéntica? Del régimen jurídico, por extraño que pueda parecer, no resulta ninguna prohibición de transmisión de marcas idénticas a denominaciones obtenidas mediante el proceso de bolsa de firmas. No obstante, del régimen general marcario se desprende que la transmisión de marcas solamente será válida en la medida que de tal transmisión no resulte error para el tráfico comercial.

Así, el problema será tanto mayor cuanto mayor fuere la notoriedad que ostenta la marca y la similitud entre la actividad desarrollada por la sociedad y los productos o servicios marcados por el tercero cesionario de la misma. Efectivamente, y aunque esta materia se aleja un poco del tema central de nuestro estudio, entendemos que existe aquí

---

<sup>148</sup> La bolsa de denominaciones con marca asociada puede ser consultada en la Internet, en el site: [http://www.empresanahora.pt/ENH/sections/PT\\_lista-de-marcas](http://www.empresanahora.pt/ENH/sections/PT_lista-de-marcas).

un foco de problemas jurídicos que será tanto mayor cuanto mayor fuere el grado de notoriedad entre el público del signo utilizado.

Para terminar estas breves consideraciones, no podemos dejar de señalar asimismo que estos problemas pueden agudizarse con la atribución, en el momento de la constitución de la “*empresa na hora*”, de forma completamente automática (sin necesidad de solicitud), del registro de un nombre de dominio de Internet (pt) gratuito durante el primero año de actividad de la sociedad<sup>149</sup>. Así, con la constitución de la “*empresa na hora*” la sociedad adquirirá de inmediato el nombre de dominio que coincidirá con la respectiva denominación social (siempre que la denominación social presente más de una palabra éstas serán separadas por guión) que, a su vez, podrá ser igual a la marca<sup>150</sup>. En conclusión, la sociedad podrá utilizar la misma palabra (o expresión) para distinguir e identificar tres cosas distintas: la sociedad como sujeto de derecho, el producto o servicio y la dirección electrónica de la sociedad. Naturalmente que la transmisión a un tercero de una marca idéntica a la denominación social y al nombre de dominio podrá ocasionar errores y confusiones entre los operadores económicos comerciales y entre el público en general.

Para terminar el análisis del proceso “*empresa na hora*”, y dejando de lado estos aspectos que generan más controversias en el ámbito del derecho de propiedad industrial y volviendo a los procedimentales, es necesario referir que su constitución compete a las conservatorias del registro comercial pero el procedimiento puede igualmente ser iniciado ante la agencia del registro comercial que funciona en las recientemente denominadas “*lojas da empresa*” (tiendas de la empresa) que sustituirán los “Centros de Formalidades de Empresas”.

La puesta en marcha del proceso se da con la solicitud por parte del interesado ante el servicio competente, con la indicación de la denominación social y de los

---

<sup>149</sup> Sobre la problemática de marcas y nombres de dominio véanse, entre otros, GARCÍA VIDAL, Ángel, «Marcas y nombres de dominio en Internet», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo 18, 1997, pp. 187-214; GARCÍA VIDAL, Ángel, «La tutela de los signos distintivos frente a los nombres de dominio (un análisis de las resoluciones judiciales españolas)», *Comercio Electrónico en Internet*, coord. por Anxo Tato Plaza, Ángel Fernández-Albor Baltar, 2001, pp. 117-135. CARBAJO CASCÓN Fernando, *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.

<sup>150</sup> La atribución del nombre de dominio cuenta con la participación de la “Fundação para a Computação Científica Nacional” que, tras la constitución de la sociedad, envía al domicilio social respectivo una carta portadora del “login/password” que van a permitir, a través de la utilización de la Internet, el acceso a la gestión del dominio de Internet creado. El acceso se hace mediante el *site* [www.dns.pt](http://www.dns.pt), donde se desarrollará todo el proceso.

estatutos elegidos (art. 6.º del *Decreto-Lei* 111/2005). Es en este momento cuando los interesados deben presentar los documentos comprobatorios de su identidad y capacidad así como de su legitimidad para la práctica del acto. Además deben los interesados exhibir el documento comprobatorio del depósito del dinero correspondiente a las aportaciones o, cuando no lo hacen, deben declarar bajo su responsabilidad que el depósito del dinero de las aportaciones será depositado en el plazo máximo de cinco días laborables.

Después de confirmadas las identidades de los interesados y la validez de los documentos presentados, los servicios cumplen lo dispuesto en el art. 8.1, del *Decreto-Lei* n. 111/2205, es decir: el cobro de los encargos debidos; la subordinación de la denominación social elegida y del número de identificación fiscal que se encuentra asociado a la denominación elegida siempre que los socios optan por una denominación reservada a favor del Estado; el relleno de los estatutos, en documento particular, de acuerdo con el modelo elegido por los socios; el reconocimiento presencial de la firma de los intervinientes; la anotación de la presentación de la solicitud verbal de registro; el registro de los estatutos; si para la denominación social se optó por la utilización de una expresión de fantasía reservada a favor del Estado se procede a la inscripción en el fichero central de personas colectivas y codificación de la actividad económica, si se optó por presentar el certificado de viabilidad de denominación social se hace la respectiva comunicación para efectos de la inscripción en el registro nacional de personas colectivas y la codificación de acuerdo con las reglas generales; la emisión y entrega del número de identificación fiscal y comunicación del número de la seguridad social. Después de concluido el procedimiento el servicio competente entrega a los socios la certificación de los estatutos y del registro y los recibos de comprobación de los pagos. Al fin se procede a la publicación obligatoria que se realiza *on-line* en el *site* [www.mj.gov.pt/publicacoes](http://www.mj.gov.pt/publicacoes), con arreglo a lo dispuesto en la *Portaria* 590-A/2005, de 14 de julio.

Hablamos arriba que el legislador portugués había avanzado con dos proyectos de constitución automática de sociedades de responsabilidad limitada: la “*empresa na hora*” y la constitución *on-line* de sociedades. Empezamos por referir algunas reglas comunes a estos dos procesos y seguimos describiendo de forma más pormenorizada el

proceso “*empresa na hora*”. Veamos ahora algunos detalles de la constitución *on-line* de sociedades.

La principal semejanza entre este proceso y el de la “*empresa na hora*” es que ambos son solamente admitidos para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada (unipersonales incluidas) y de sociedades anónimas. Así, también aquí, se quedan fuera las sociedades colectivas, las sociedades comanditarias y las sociedades anónimas europeas.

En la constitución *on-line* se admiten las aportaciones no dinerarias desde que consistan en bienes cuya transmisión no requiera escritura pública ante notario u otro documento más solemne que el simple documento escrito. Así, tenemos aquí una diferencia sustancial con relación al proyecto “*empresa na hora*”, puesto que en el proceso *on-line* los socios no podrán realizar sus contribuciones mediante la entrega de bienes inmuebles (art. 2a), del *Decreto-Ley* nº 125/2006).

Una de las principales ventajas asociadas al proyecto de constitución de sociedades *on-line* reside en el hecho de que el emprendedor podrá constituir una sociedad de forma completamente electrónica, sin tener que hacer ningún desplazamiento a las oficinas de la administración. Tratando éste estudio de la aplicación de las nuevas tecnologías a la constitución (y funcionamiento) de las sociedades mercantiles, creemos que la constitución *on-line* de sociedades es una de las mayores demostraciones de la aplicabilidad de estas nuevas tecnologías a la puesta en marcha de éstos agentes económicos. La utilización de este método permite al emprendedor constituir su sociedad comercial integralmente a través de un ordenador sin necesidad de salir de su casa. Si el emprendedor no pretender constituir la sociedad por sí mismo siempre podrá recurrir a la ayuda de un tercero jurídicamente instruido. De hecho, la utilización de este régimen puede ser hecha por cualquier interesado, pero también está disponible a los abogados, solicitadores y notarios. Así, los emprendedores que opten por constituir su sociedad mediante este procedimiento pueden hacer dos cosas: bien recurrir a un abogado, solicitador o notario (que detenten los medios necesarios de certificación)<sup>151</sup>, o bien hacer los trámites directamente. Si prefieren

---

<sup>151</sup> La autenticación electrónica de los abogados, solicitadores y notarios se hace a través del “certificado digital” que haga prueba de la condición profesional del usuario del sistema (art. 5/1, de la *Portaria* 657-C/2006, de 29 de junio).

constituir la sociedad directamente, antes que nada tienen que solicitar el “*certificado digital qualificado*” que va a permitir la autenticación electrónica<sup>152</sup>.

Todos los procedimientos orientados a la puesta en marcha de la sociedad se realizan a través de un *site* en Internet, regulado por la Portaria del Ministro de la Justicia<sup>153</sup>.

El procedimiento se inicia, de acuerdo con el art. 6 del *Decreto-Lei n.º 125/2006*, con la solicitud del *pedido on-line*, que permite concretar varios trámites. Primeramente, el interesado tiene que constituir la denominación social de la sociedad a través de una de las distintas vías a su disposición. Así, podrá el interesado elegir una expresión de la *bolsa de firmas* (con o sin marca asociada) creada y reservada a favor del Estado Portugués (de forma semejante aquella ya apuntamos en el ámbito del proceso de la “*empresa na hora*”). Podrá, como alternativa, optar por la solicitud online de una denominación social, de acuerdo con el art. 50º-A del *Regime do Registo Nacional de Pessoas Colectivas*, que si fuere meramente subjetiva será aprobada automáticamente y si fuere objetiva o de fantasía deberá ser aprobada en el plazo máximo de un día hábil. Y tiene todavía una tercera posibilidad de solicitar la denominación social mediante la obtención previa de la certificación de validez ante el *Registo Nacional de Pessoas Colectivas*, y que, como ya vimos anteriormente, podrá demorarse hasta 10 días. Claro que, considerando las distintas posibilidades que hoy día se encuentran a disposición de los interesados para solicitar la denominación social, la última hipótesis avanzada es aquella que menos conviene a los socios porque es aquella que va salir más cara y lenta.

El trámite siguiente es el relativo a la creación de los estatutos de la sociedad y el interesado puede elegir un modelo de estatutos previamente aprobado por el “*Director-Geral dos Registos e do Notariado*” o, desde octubre de 2006, presentar estatutos propios. El Registrador mercantil procede de inmediato al registro de la sociedad cuando los estatutos sociales resultan de uno de los modelos previamente aprobados. Contrariamente, si los estatutos son presentados por el socio o socios fundadores el registro de la sociedad podrá demorarse hasta dos días. Nótese que este

---

<sup>152</sup> Con arreglo a lo dispuesto en el art. 5/1 y 2, del *Decreto-Lei n.º 125/2006*, y art. 5/2, de la *Portaria 657-C/2006*, de 29 de junio (modificado por la *Declaração de Rectificação 54/2006*, de 22 de agosto).

<sup>153</sup> El *site* para concluir el procedimiento es [www.empresonline.pt](http://www.empresonline.pt). Se trata de un *site* que se encuentra bajo la responsabilidad del *Instituto dos Registos e do Notariado* (antigua *Direcção-Geral dos Registos e do Noatriado*) Vd. *Portaria 657-C/2006*, de 29 de junio, corregida por la *Declaração de Rectificação 54/2006*, de 22 de Agosto.

“retraso” no es significativo teniendo en cuenta que con tal posibilidad pretendió el legislador flexibilizar la constitución de las sociedades a los intereses de los socios sin remitirlos directamente al proceso tradicional de constitución de sociedades que seguramente es mucho más lento.

A continuación se realizarán los trámites necesarios para la presentación de la declaración de inicio de actividad a efectos fiscales. Cuando los socios hacen aportaciones dinerarias tienen que comprobar el depósito del dinero o si no lo depositaran declaran, bajo su responsabilidad, que depositarán el dinero en el plazo máximo de cinco días desde la entrega de la prueba gratuita del registro de la constitución de la sociedad. Al fin, los interesados tienen que hacer, también electrónicamente, los pagos necesarios y debidos por la práctica del acto.

Como hemos dicho arriba, este proceso se realiza completamente de forma electrónica y, por eso, también todos los documentos necesarios serán enviados a través de medios electrónicos. Es, efectivamente, lo que sucede con los documentos comprobatorios de la capacidad de los socios, de las autorizaciones especiales que eventualmente sean necesarias a la constitución de la sociedad y, caso se hagan aportaciones en bienes, de los informes del revisor oficial de cuentas que comunica el valor atribuido a los bienes.

El interesado tiene que someter el proceso a verificación en el plazo máximo de veinticuatro horas después de iniciado. En el momento que el interesado realiza válidamente la solicitud de constitución de sociedad *on-line*, el servicio competente (*Registo Nacional de Pessoas Colectivas*) inicia las diligencias necesarias como, por ejemplo, el registro de los estatutos de la sociedad, la codificación de la actividad social, la emisión del número de identificación fiscal y del número de la seguridad social, la promoción de las publicaciones obligatorias en el *site* respectivo<sup>154</sup>, y las comunicaciones a las entidades competentes para efectos fiscales y de seguridad social. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 12.7, del *Decreto-Lei* 125/2006, todos los actos referidos son de la competencia del conservador y de los oficiales del registro.

---

<sup>154</sup> Tal como sucede en la “*empresa na hora*” las publicaciones son hechas en el *site* [www.mj.gov.pt/publicacoes](http://www.mj.gov.pt/publicacoes).

Los procesos “*empresa na hora*”, constitución *online* de sociedades y “*marca na hora*” son verdaderamente progresistas especialmente en un sistema societario de raíces marcadamente tradicionalistas como es el caso del sistema portugués. Además son proyectos muy originales. En efecto, en el año de 2006, la originalidad de la iniciativa “*empresa na hora*” fue reconocida por la Comisión Europea que le atribuyó el primer premio en la categoría de “reducción de los encargos administrativos para las empresas”<sup>155</sup>. Fue igualmente éste carácter eminentemente innovador lo que permitió que el informe *Doing Business 2005/2006* el Banco Mundial considerase Portugal como el “*top reformer in business entry*”, elogiando la reforma administrativa implementada en éste país, mencionando aún, en el estudio “*Celebrating Reform 2008*”, que estas iniciativas son meritorias, presentan un elevado grado de suceso y inspiraran a otros países”. Angola y Cabo Verde han solicitado apoyo legal y técnico para implementar tales iniciativas en sus ordenamientos jurídicos. A su vez, Eslovenia, Hungría, Egipto, Mozambique, Chile, Brasil, Finlandia, Suecia, China, San Tome y Príncipe, Bosnia-Herzegovina, Rumanía, Estonia, Argentina, Uruguay, Timor y la propia España han visitado el servicio con el objetivo de conocer los procedimientos adoptados por Portugal en el proceso de creación de empresas<sup>156</sup>. Al fin, aún en el ámbito del proyecto “*empresa na hora*”, Portugal estableció un acuerdo con Estonia que permite que un portugués pueda crear una empresa en Estonia y un estonio crear una empresa en Portugal a través de Internet y sin desplazamientos físicos a los servicios de la creación de empresas<sup>157</sup>.

En conclusión, podemos decir que estamos ante dos procesos que cumplen el principal objetivo, que es el de permitir la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada o por acciones de manera rápida y sencilla; podemos decir que, en general, satisface a los operadores económicos y también, no obstante haber recibido algunas críticas, a los estudiosos del Derecho<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Cfr. [http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/smes/awards/2006/winners/index\\_en.htm#3](http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/smes/awards/2006/winners/index_en.htm#3).

<sup>156</sup> Datos ofrecidos directamente por el Gabinete de la secretaria de Estado de la Modernización Administrativa.

<sup>157</sup> Cfr. <http://www.mj.gov.pt/sections/informacao-e-eventos/imprensa/durao-barroso-recebe/>.

<sup>158</sup> Para analizar algunos de los problemas apuntados a la “*empresa na hora*”, vd. SOVERAL MARTINS, Alexandre, “Empresas na hora”, in *Temas Societários*, Colóquios n.º 2, IDET/Almedina, Coimbra, 2006, página 95 y siguientes.



### **2.3. Otras iniciativas**

Como es sabido, el país que se encuentra más desarrollado en la utilización de las nuevas tecnologías es los Estados Unidos de América. En relación con la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en la constitución de las sociedades y en su funcionamiento, el Estado del Delaware es aquel que se encuentra más avanzado. En verdad, el Estado del Delaware es, de entre todos los ordenamientos jurídicos que analizamos, el que permite la más rápida y sencilla constitución de una empresa porque las exigencias son muy pocas y porque todos los trámites se pueden hacer de forma completamente electrónica<sup>159</sup>.

La mayor parte de los países europeos han apostado por simplificar los trámites administrativos necesarios para la constitución de las empresas, sea a través de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación o sea a través de la creación de agencias especialmente creadas para el tratamiento de tales materias. Portugal es un buen ejemplo de ambas situaciones, como vimos anteriormente.

Algunos países europeos ya tienen legislación específica sobre esta materia, y en otros existen algunos proyectos de ley que intentan introducir la utilización de las nuevas tecnologías en la constitución de las sociedades mercantiles<sup>160</sup>.

En Luxemburgo, la *Loi du 20 avril 2009 sur le dépôt par voie électronique auprès du registre de commerce et des sociétés*<sup>161</sup>, entre otras medidas, admite que el registro mercantil se haga de forma electrónica, así como el depósito de los documentos en el “*Registre de Commerce et des Sociétés*”. Ya antes de la entrada en vigor de esta Ley, era posible sacar el formulario del registro vía Internet pero después de rellenado debería ser entregado en soporte papel en la ventanilla del “*Registre de Commerce et*

---

<sup>159</sup> En el siguiente *site* es posible hacer la petición de creación de una sociedad.: <https://www.delreg.com/form.cfm>.

Para un mejor conocimiento de las reglas de constitución de las sociedades en el Estado del Delaware *vd.* El título ocho, capítulo uno, de la “Delaware Corporate Laws” que hace referencia precisamente a los requisitos necesarios para la puesta en marcha de las sociedades.

<sup>160</sup> Desde marzo de 2007, en Luxemburgo es ya posible la consulta en Internet de los documentos depositados en el registro mercantil.

<sup>161</sup> En la secuencia del “Projet de Loi” n. 5716 de la “Chambre des Députés” de Luxemburgo, de veinte de abril de 2007.

*des Sociétés*”<sup>162</sup>. Con dicha ley se pretende evitar el desplazamiento al registro, tanto durante la puesta en marcha de la sociedad como posteriormente ante la necesidad de registrar otros actos, permitiéndose realizar el registro a través del envío electrónico de los formularios necesarios que serán firmados electrónicamente con la firma electrónica avanzada<sup>163</sup>.

En Alemania, la reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que promovió la simplificación y aceleración de proceso de constitución de las referidas sociedades, entró en vigor el 1 de noviembre de 2008. El principal objetivo de la reforma alemana reside en la necesidad de hacer frente a la competitividad que resulta de la existencia de otras formas de sociedades extranjeras cuyo régimen jurídico es mucho más flexible<sup>164</sup>. Así las cosas, el legislador alemán previó la creación de una variante de acceso de constitución de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en alemán *GmbH*), designada “Sociedad de Empresa” (*Unternehmergeellschaft* o, como ya fue informalmente bautizada, “*Mini-GmbH*” o “*GmbH light*”<sup>165</sup>.

Entre otras facilidades, con la “Sociedad de Empresa” se pretendió crear un sencillo procedimiento de constitución y admitir que sus fundadores inicien la actividad sin desembolsar los montantes del capital social mínimo (de 25.000,00 euros para una sociedad de Responsabilidad limitada), ya que 1,00 euro será suficiente para su constitución<sup>166</sup>. El objetivo es muy claro: incentivar a la creación de empresas. De hecho, el esfuerzo inicial correspondiente a las aportaciones de los socios se desvanece, permitiendo la constitución de sociedades por aquellos que no poseen dinero suficiente para constituir las. Ahora bien, el problema que se puede plantear está relacionado relacionase con los efectos provocados en los acreedores, es decir, ¿podrá esta circunstancia provocar directamente una disminución de las garantías de los acreedores de estas sociedades? Sin tener la pretensión de extendernos en esta materia, conviene no

---

<sup>162</sup> Se puede obtener electrónicamente el formulario para el registro de la sociedad a través del siguiente *site* [https://www.rcsl.lu/mjrcs/webapp/data/mjrcs/static/pdf/forms/form\\_pmor\\_p.pdf](https://www.rcsl.lu/mjrcs/webapp/data/mjrcs/static/pdf/forms/form_pmor_p.pdf).

<sup>163</sup> Refiere el proyecto de ley que “dans une deuxième phase du projet eRCS, le dépôt par voie électronique sera rendu possible”. Cfr. Projet de Loi n. 5716 de Chambre des Députés, session ordinaire 2006-2007, de 20/04/2007.

<sup>164</sup> Nombradamente con la “limited” inglesa.

<sup>165</sup> Sobre la modernización del Derecho de Sociedades Alemán cfr. NOACK, Ulrich, y BEURSKENS Michael, *Modernising the German GmbH - Mere Window Dressing or Fundamental Redesign?*, European Business Organization Law Review (EBOR) 97–124 (2008).

<sup>166</sup> Sin embargo la sociedad deberá ahorrar anualmente el 25% de sus dividendos hasta llegar al capital social mínimo de 25.000,00 euros.

obstante apuntar que la iniciativa legislativa alemana restando importancia al capital social se aproxima más a la inspiración societaria norteamericana que a la europea tradicional. De hecho, hace ya mucho tiempo que la mayoría de los Estados de los EEUU no siguen calificando el capital social como un elemento fundamental del régimen jurídico de las sociedades de capital. En Europa, el concepto y significado del capital social está sumergido en una crisis conceptual que se debe, en gran medida, a los vientos que soplan desde los EEUU tras la aprobación del *Model Business Corporation Act*, donde se eliminó la figura del capital social en la mayoría de los Estados<sup>167</sup>. Incluso los Estados que siguen manteniendo la figura, como sucede en el Estado paradigmático del derecho societario – el Estado de Delaware –, solamente mantienen una ficción del régimen del capital social. Hasta hace pocos años, la figura del capital social se ha mantenido prácticamente intacta en el derecho societario europeo, sin embargo, también aquí ha comenzado, progresivamente, a ser objeto de críticas; en especial, porque en la mayoría de las situaciones no el concepto de capital no alcanza los propósitos y las funciones que le fueron originariamente atribuidas<sup>168</sup>. En los inicios del nuevo siglo crecieron las críticas a la exigencia de un capital social fijo, afirmándose que los beneficios aportados por el capital social son manifiestamente inferiores a los costes asociados a su aportación. Se ha defendido incluso la “*revocación pura y simple de todas las reglas del capital social*”<sup>169</sup>. A su vez, el legislador comunitario, sin eliminar el régimen del capital social, está estudiando la reforma de su régimen jurídico, proponiendo incluso que se discuta la posibilidad de que los Estados miembros puedan introducir un régimen alternativo en el que se prescindiera del concepto de capital social<sup>170</sup>. El legislador comunitario no ha hecho todavía ninguna propuesta concreta en

---

<sup>167</sup> El *Model Business Corporation Act* no es un texto legislativo sino un modelo de texto legislativo, bajo la responsabilidad de la *American Bar Association* que fue publicado por la primera vez en 1946 y objeto de distintas alteraciones. Pero aunque no se trate de un texto legislativo, la verdad es que influyó en la mayoría de las leyes sobre sociedades de los distintos Estados de los EEUU. La eliminación del capital social en el *Model Business Corporation Act* ocurrió en 1980 y fue reafirmada en 1984 con la profunda revisión que el texto sufrió.

<sup>168</sup> YVES GUYON llegó a afirmar que se trata de una figura “*vieillote et dépassée*”. Cfr. YVES GUYON, “La mise en harmonie du droit français des sociétés avec la directive des communautés européennes sur le capital social”, *JCP – La Semaine Juridique*, 1982, I, 3067, n.º 1.

<sup>169</sup> Cfr. HENRIQUES, L. y MACEY, J. “Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale”, en *Rivista delle Società*, 1, 2002, pp. 79 y ss.

<sup>170</sup> La Comisión Europea, teniendo por base el Informe *Winter*, trazó el Plan de Acción sobre la modernización del derecho societario, y estableció que una de las acciones a desarrollar entre los años 2006 y 2008 sería la realización de un estudio sobre la viabilidad de una solución alternativa al régimen del capital social.

el sentido de eliminar el concepto de capital social, sino que se ha limitado a sugerir la posibilidad de introducir un régimen alternativo por parte de los Estados miembros. Cualquier sistema alternativo al capital social sería necesariamente menos severo y exigente que el del capital social y, por eso, sería muy posible que la mayoría de los Estados (como pasó en los EEUU) optasen por la sustitución, orientándose por el modelo estadounidense. Pese a que mantener una cifra de capital social no garantiza la capacidad de la empresa para pagar sus eventuales dudas, ya que el capital social es distinto del patrimonio de la sociedad, la verdad es que la evidencia empírica demuestra que la conservación de una cifra estable de capital sigue siendo sinónimo de confianza (aunque en ocasiones pueda crear una imagen falsa) para acreedores e inversores. Por nuestra parte, aunque comprendemos perfectamente las críticas al régimen del capital social, consideramos que su desaparición no contribuirá a la desaparición de los problemas que padece el sistema económico-financiero europeo; más bien al contrario, puede generar aún más desconfianza en los operadores económicos que intervienen en el mercado en forma de sociedad de capital. En el texto legal más reciente sobre derecho societario que existe en el entorno europeo – el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital – el legislador español conserva y sigue realzando la importancia del capital social y su función de garantía para los acreedores sociales, aunque eso no le ha impedido reconocer en la Exposición de Motivos (IV) que *“no procede ahora hacer pronósticos sobre el futuro del capital como técnica de tutela de los terceros – tema que sólo será posible afrontar adecuadamente en el marco supranacional de la Unión Europea”*.

Volviendo ahora a la constitución de la “Sociedad de Empresa” alemana, es preciso señalar que principal innovación introducida por la ley germana reside en la posibilidad de optar por un documento escrito, sin necesidad de elevar el documento a escritura pública<sup>171</sup>, lo cual sólo es posible si los socios optasen por acoger el modelo de constitución ya existente, previamente redactado por las autoridades competentes. La utilización del modelo ahora mencionado impone algunas restricciones, como es el caso de un número máximo de socios (tres) y de limitar a algunas actividades el objeto de la sociedad. Por otra parte, la opción por el modelo no exime completamente a los socios de la necesidad de la intervención notarial. En verdad, la exigencia de la autenticación

---

<sup>171</sup> Cfr. § 2 GmbH.

notarial de las firmas de todos los socios fundadores resulta de la ley y no puede ser sustituida por ningún medio, ni siquiera por la firma electrónica reconocida. Finalmente, los socios que opten por esta modalidad de constitución de su sociedad no podrán alterar o añadir cláusulas al pacto modelo. Por lo tanto, ante necesidades específicas de la sociedad que no estén contempladas en el estatuto modelo, los socios necesitarán incluir los pactos pertinentes en los estatutos y acudir al notario para otorgar la correspondiente escritura pública. En definitiva, la doctrina más autorizada considera que el escenario de constitución arriba presentado no se traduce en una verdadera simplificación de los trámites administrativos y no aporta verdaderas y sustanciales ventajas<sup>172</sup>.

La *Unternehmergeellschaft* ha sido entendida como la respuesta de Alemania a la llamada *UK Limited* inglesa<sup>173</sup>. Ciertamente, muchos empresarios alemanes creaban sus empresas en Inglaterra en lugar de hacerlo en Alemania, ya que en aquel país el régimen societario es más sencillo, flexible y, en definitiva, favorable para el pequeño empresario. Así, el legislador alemán, al crear la *Unternehmergeellschaft* como clara concurrente de la *UK Limited*, pretendió claramente sedimentar y fomentar la creación de empresas en Alemania. La *UK Limited* fue objeto de alteraciones muy recientes con la promulgación de la *Companies Act 2006*<sup>174</sup>. Resulta de la lectura y contraposición de ambos regímenes legales que la *UK Limited* continua presentando más libertad y más ventajas para los empresarios. Por ejemplo, en la *UK Limited* resulta clara la posibilidad de los socios de realizar sus aportaciones con la entrega de bienes o incluso con una simple promesa de su realización, frente al más rígido sistema alemán.

En general, la constitución de las sociedades en Inglaterra no es ni tan rápida ni tan fácil. Incluso la constitución de la *UK Limited* que, como ya referimos, es la más sencilla, exige trámites administrativos lentos y complejos. De ahí el éxito en el Reino

---

<sup>172</sup> “Thus, even the ‘simplified’ formation requires authentication by a notary, and thereby provides little if any advantage”. Vd. NOACK, Ulrich, y BEURSKENS Michael, *Modernising the German GmbH - Mere Window Dressing or Fundamental Redesign?*, European Business Organization Law Review (EBOR) 97–124 (2008), página 107.

<sup>173</sup> Para un desarrollo sobre estas sociedades *vid.* ALCOCK, BIRDS & GALE, *Act Companies 2006: The New Law, revised and published as Alcock, Birds and Gale on the Companies Act 2006* (2008), Jordan Publishing.

<sup>174</sup> La entrada en vigor plena de la *Companies Act 2006* no se produjo hasta el 1 de octubre de 2009. Las principales modificaciones se relacionan con la abolición de la figura del secretario de la sociedad y con la simplificación de las reglas de las juntas generales, de las reducciones del capital y con los informes de cuentas. Cfr. <http://www.companieshouse.gov.uk/>, última consulta, mayo de 2009.

Unido de empresas de asesoramiento que prestan auxilio a los interesados en crear sus empresas, prometiendo, a bajo coste, una constitución rápida y cómoda<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> Entre muchos otros ejemplos, *vid.* <http://www.formations-online.com/>, <http://www.companyformations247.co.uk/>, <https://www.incorporateonline.co.uk/>, <http://www.easyformations.net/>, <http://www.ltd-companies.co.uk/>.

### CAPÍTULO III

#### APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN EL FUNCIONAMIENTO DE LAS JUNTAS GENERALES

Así como enuncia el título, el objetivo central del capítulo que ahora se inicia reside en hacer una evaluación de las posibilidades de utilización de los medios telemáticos en el seno de las juntas generales. Además, proponemos aquí examinar de qué manera la utilización de las tecnologías de la información puede influir en la tan proclamada lucha por la reactivación de la Junta General que, como sabemos, ha visto su importancia y su papel bastante reducido en la práctica diaria de las sociedades mercantiles de capital.

Entre otros objetivos no podemos olvidar que la lucha por la reactivación de la junta, principalmente con relación a las grandes sociedades anónimas, no se queda solamente en la defensa de los derechos de los socios, en su calidad de propietarios, sino también como una herramienta de control y supervisión de la gestión, lo que permite armonizar los distintos intereses, sean de los accionistas inversores, sean de los administradores<sup>176</sup>. El órgano de gestión tiene a cada momento que rendir cuentas a los accionistas, al ser estos indirectamente los propietarios de la empresa social. Sin embargo, como es sabido, la rendición de cuentas no es el único derecho atribuido a los socios y, por esa razón, otros asuntos (aquellos que son definidos en la ley o en los estatutos) pueden/deben igualmente ser sometidos a su acuerdo<sup>177</sup>. La participación de los socios en las juntas generales fue perdiendo peso e importancia a medida que el

---

<sup>176</sup> Este sistema de control es llamado por algunos autores el sistema de “*check and balances*”. Cfr. SCHMITZ, Ulrike, *Der Einfluß neuer Technologien auf die Aktionärsmitverwaltung*, Schmidt (Otto), Köln, enero, 2003, página 3. EMBID IRUJO, J. M., *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, bajo coordinación de EMBID IRUJO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005 pág. 24.

<sup>177</sup> Cfr. Al respecto NOACK afirma que la primera función básica de la junta general consiste en la rendición de cuentas de los administradores a los socios. En sus palabras “Wer das Geld anderer Leute verwaltet, muss sagen, was er damit macht. Das ist so zwischen dem Bankier und seinem Kunden, und es ist nicht grundsätzlich anders, wenn – wie bei der Aktiengesellschaft - eine Vielzahl von Anlegern im Spiel ist. Der Vorstand hat den Aktionären mindestens einmal jährlich *Rechenschaft* zu legen. Damit haben wir schon die erste Grundfunktion der ordentlichen Hauptversammlung notiert.“ Cfr. NOACK, Ulrich, «*Zukunft der Hauptversammlung - Hauptversammlung der Zukunft*», en *Die virtuelle Hauptversammlung*, bajo coordinación de Zetzsche, Berlin, 2002.

capital de las grandes sociedades se diseminaba. Es, por esa razón, perfectamente perceptible la diferencia del grado de intervención que se verifica por parte de los socios en las sociedades de carácter personal o mixto y en las sociedades anónimas, en particular en las grandes sociedades anónimas y, aquí, sobre todo en las sociedades cotizadas.

Ante el escenario real de pérdida de poder y del interés de los socios (entiéndase accionistas) fue necesario buscar otros medios de fiscalización de la gestión de la sociedad. Fue, de esa manera, que ganó alguna fama el fenómeno de control externo basado en la llamada “*wall street rule*”, que defiende como sistema de control de la gestión la posibilidad de que los accionistas optaren por vender sus participaciones en el capital social ante una situación de insatisfacción con la actuación del órgano de administración. Resulta obvio que las consecuencias de la aplicación de la predicha regla son muy diferentes en función de si el accionista “insatisfecho” reviste la calidad de gran accionista o de pequeño inversor titular de una insignificante porción del capital social. La verdad es que es prácticamente indiferente para el órgano de gestión que un pequeño accionista decida vender sus acciones<sup>178</sup>. Por tanto, este mecanismo de control basado en la “*wall street rule*”, que como referimos no tutela de forma alguna los derechos de las minorías, solamente puede tener un éxito limitado ya que no cubre a todos (en la realidad no cubre a la mayoría) de los accionistas.

En definitiva, los mecanismos de control externo (o meramente económicos, como es el caso de confiar en la eficacia disciplinar del mercado de control de empresas) no son lo suficiente amplios para tomarse en los únicos instrumentos de control de la gestión de las sociedades. Además, el mercado solamente podrá impulsar prácticas de buen gobierno si crea instancias de apoyo que sean independientes y objetivas.

La constatación de esta realidad llevó a la realización de propuestas legislativas, destinadas a mejorar los sistemas de gobierno corporativo, centradas -buena parte de las mismas- de nuevo en la Junta General y en los derechos individuales de los socios (accionistas). Así, podemos referir que actualmente resulta clara la necesidad de

---

<sup>178</sup> Cfr. ABBADESSA, «Il nuovo ruolo dell’assemblea nella società per azioni», en *Associazione Disiano Preite, Verso un nuovo diritto societario*, Il Mulino, Bologna, 2002, pág. 163 y ss. Cfr. también TRÍAS SAGNIER, Miguel, «La lucha por la captación del voto en la sociedad abierta», en *Estudio de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*, libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, tomo III, Marcial Pons, 2007, págs 1573 a 1607.



intervención de los métodos de control interno en la eficacia de la fiscalización de la gestión, especialmente de las grandes sociedades anónimas, paralelamente con los instrumentos de control externo. Ese camino de atribuir un papel más activo a los referidos sistemas de control interno, con moldes distintos de los conocidos hasta ahora, pretende reactivar el tradicional papel de la junta<sup>179</sup>. Pues bien, alcanzar estos intentos implicaba naturalmente hacer algunas alteraciones legislativas que permitiesen, por una parte, ampliar el abanico de competencias de la junta y, por otra parte, facilitar el ejercicio de los derechos individuales de los socios (accionistas)<sup>180</sup>. Realmente, facilitar el ejercicio de los derechos de los socios es absolutamente fundamental para que los pequeños inversores (que, repetimos, individualmente no representan una proporción significativa del capital, pero que en conjunto son, sin duda, el grueso del capital social) tengan ganas y reales posibilidades prácticas de participar en las juntas.

Como consecuencia, fueron surgiendo voces a favor de la ampliación de las competencias de la junta. Los primeros ecos sobre propuestas de ampliación del ámbito competencial de la junta se dejaron sentir en los Estados Unidos y en Alemania, en los últimos años del siglo XX y en los primeros del siglo XXI<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> *In extenso* vd. FERNÁNDEZ TORRES, Isabel, «Reactivación de la junta general en el Código Unificado de gobierno corporativo: aproximación a las competencias implícitas», en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho mercantil*, 2007/11 junio 2007 (disponible en [www.eprints.ucm.es](http://www.eprints.ucm.es), consultado por la última vez el 02/06/2010).

<sup>180</sup> RECALDE CASTELLS, Andrés, «Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas», en *In Dret*, Barcelona, 2007.

<sup>181</sup> Cfr. LIEBSCHER, Thomas, «Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Lichte von Holz Müller, Macroton und Gelatine», *ZGR – Zeitschrift für Unternehmens - und Gesellschaftrecht*, 2005, páginas 1 a 33. SCHMIDT, Karsten, «La junta general en la Ley Alemana de Sociedades Anónimas y en la reforma del Derecho de Sociedades Anónimas», en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, coord. por FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, vol. 1, 2006, páginas 27-64. En los Estados Unidos se discutió, en ese mismo año, la propuesta de la *Securities and Exchange Commission (Security Holder Director Nominations, Exchange Act Release*, n.º 48,626 – October 14, 2003) que pretendía aprobar la ampliación de los poderes de los accionistas para votar sobre asuntos que, hasta entonces, formaban parte de las competencias exclusivas de los administradores. Sobre este asunto *vid.* la interesante discusión efectuada por BEBCHUK y CAMARA. Cfr. BEBCHUK, Lucian A. «The case for increasing shareholding power», *Harvard Law Review*, vol. 118, n.º 3, páginas 833-914, January 2005, Harvard Law and Economics Discussion Paper n.º 500. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=387940>. BEBCHUK, Lucian A., «Letting Shareholders Set the Rules», *Harvard Law Review*, vol. 119, páginas 1784-1813, 2006. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=891823>; Cfr. BEBCHUK, Lucian A. «Designing a shareholder access rule (2004)», *Corporate Governance Advisor*, vol. 12, páginas 28-32, 2004. Harvard Law and Economics Discussion Paper n.º 461. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=511882> or DOI: 10.2139/ssrn.511882; CAMARA, K. A. D. Alejandro Danao, «Shareholder Voting and the Bundling Problem in Corporate Law». *Wisconsin Law Review*, 2004. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=639381>. BAINBRIDGE, Stephen M., «Director

Contrariamente a este sentido, Italia, en el año 2003, llevó a cabo una gran reforma en el derecho societario donde volvió a reconocer la competencia exclusiva de los administradores con relación a gestión de la sociedad. Efectivamente, reforzó tal competencia al declarar, en el artículo 2380-bis, del *Codice Civile*, párrafo primero que: “La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale”. Nótese que la redacción del precepto enunciado fue contraria a algunas propuestas presentadas por la doctrina<sup>182</sup>.

A su vez, en España, este planteamiento, que ya se venía abriendo paso en algunas decisiones jurisprudenciales y por algunos sectores de la doctrina más autorizada<sup>183</sup>, fue reforzado, en 2006, por el llamado “Código Conthe” – el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo –, donde claramente se recomienda alargar la competencia de la junta permitiéndole apreciar algunas decisiones estructurales de trascendencia patrimonial.

Como se puede deducir del repaso hecho hasta ahora, los legisladores de los distintos ordenamientos jurídicos, impulsados por el legislador comunitario, por cierto, percibieron la necesidad de mejorar los sistemas de control del órgano de administración y vienen intentado solucionarlo además con una efectiva ampliación de las competencias de la junta a asuntos no exclusivamente patrimoniales<sup>184</sup>.

De hecho, los ecos oriundos de la Unión Europea van, desde hace algún tiempo, en el sentido de rejuvenecer y fortificar los derechos de los accionistas. Véase, al

---

Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance», *UCLA, School of Law Research*. Paper No. 02-06. February 2002. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=300860> or DOI: 10.2139/ssrn.300860. Nótese que la Ley Alemana para el control y transparencia empresarial de 1998 incentivaba la adopción de un reglamento de la junta que podría permitir la revitalización de aquel órgano y aumentar y mejorar el control por parte de los propietarios. Posteriormente, en 2005, la Ley para la integridad empresarial y modernización del derecho de impugnación siguió en el mismo sentido. Cfr. JUAN Y MATEU, Fernando, «La reforma de la Aktiengesetz alemana por la UMAG de 22 de septiembre de 2005», en *Revista de derecho de sociedades*, n.º 25, 2005, páginas 187-202.

<sup>182</sup> SACCHI, Roberto, La partecipazioni dei soci ai processi decisionali della società di capitali, en AAVV, *Governo dell'impresa e mercato delle regole: scritti giuridici per Guido Rossi*, Giuffrè Milán, 2002, página 183 y siguientes. Cfr. también LENER, R., «L'assemblea nella riforma del diritto societario», in *Rivista del Diritto Commercial*, 2002, I, 171 a 180. MONTALENTI, Paolo, «La riforma del diritto societario: profili generali», in AAVV, a cura di S. AMBROSINI, *la Riforma della società*, Torino, 2003, página 57 a 81.

<sup>183</sup> Por ejemplo, DOMINGUEZ GARCÍA, “El régimen jurídico de la escisión de sociedades anónimas por aportación como cuestión abierta (RDGRN 10 junio 1994)”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 4, 1995, página 271-280, aquí 279.

<sup>184</sup> Nótese sin embargo que las competencias atribuidas al órgano de gestión son, aún así, muy amplias. Estos instrumentos no pretenden limitar la gestión de las sociedades, sino impedir que los poderes absolutos conduzcan a graves errores y desemboquen en escándalos económicos y financieros como ya asistimos recientemente.

respecto, la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Modernización del derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – un plan para avanzar*, de 21 de mayo de 2003, adonde claramente de establecen como objetivos el refuerzo de los derechos de los accionistas; la creación de medidas de protección a accionistas y terceros con el intuito de devolver el grado de confianza en las relaciones empresariales; la inclusión y el fomento de la utilización de las nuevas tecnologías. Posteriormente, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 21 de abril de 2004, apoyó el propósito de la Comisión reforzar y consolidar los derechos de los accionistas, en particular mediante la aplicación de las normas sobre la transparencia, los derechos de voto mediante representación, la posibilidad de participar en juntas generales con la utilización de medios telemáticos y el ejercicio transfronterizo de los derechos de voto. Es en este contexto que publica la Directiva de transparencia (2004/109/CE, de 15 de diciembre de 2004) y posteriormente la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas, como mejor desarrollaremos adelante.

En el plan del derecho nacional, se promulgó la Ley 26/2003, de transparencia de las sociedades cotizadas, en la que se incorporó la posibilidad de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el ámbito del ejercicio de los derechos de los socios.

Sin embargo, como tuvimos ocasión de referir, tal ampliación sería de poco interés si los socios no participasen en las juntas, es decir, si los socios no ejercitasen sus derechos. Para superar la pobre participación de los socios en las juntas generales – en particular en las juntas de las grandes sociedades anónimas, donde el problema se verifica con mucha más intensidad – se torna necesario sortear los obstáculos que desincentivan el ejercicio de los derechos individuales de los socios (principalmente, como se percibe, los pequeños inversores). Entre otros, creemos que los principales frenos al ejercicio del derecho de voto son de naturaleza financiera y jurídica. Financiera porque los pequeños accionistas saben que no detentan poderes – votos – para influir en las decisiones y, por eso, tienen un interés reducido en participar en la junta, sobre todo cuando, para ello, tienen que gastar más o menos tiempo y dinero. Por otra parte, no podemos olvidar que los pequeños accionistas son fundamentalmente inversores que se preocupan solamente de los resultados alcanzados y de las ganancias y

dividendos que les corresponden en cada momento. En cualquier caso, creemos que esta mentalidad debe ser cambiada, infundiendo una mayor responsabilidad a todos los accionistas e indicándoles que el ejercicio de sus derechos individuales es fundamental para contribuir al equilibrio entre los distintos intereses en juego y, consecuentemente, para el buen gobierno de las sociedades. Es evidente que, crear conciencia del problema no es suficiente para transformar la apatía de los socios en activismo. De todos modos, el factor más decisivo para la efectiva concretización de los derechos de los socios es, sin duda, el factor jurídico, que tiene una implicación directa con la facilitación del ejercicio de sus derechos individuales, en particular del derecho de voto y del derecho de información. Esta concretización es aún más acentuada en relación con los accionistas extranjeros. Realmente, una parte significativa del capital de las sociedades cotizadas en Mercados de Estados miembros de la UE pertenece a accionistas individuales o institucionales (Instituciones de Inversión Colectiva) nacionales de países distintos del de la sociedad emisora.

Obviamente, estos accionistas, por razones espaciales, son aquellos que más se beneficiarían de una flexibilización de las formas de ejercicio de sus derechos. Con este propósito, no podemos olvidar, al nivel de Derecho Europeo, la ya mencionada Directiva 2007/36/CE<sup>185</sup>. Fue asimismo en la secuencia de las labores comunitarias que vio la luz del día la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre Sociedad Anónima Europea domiciliada en España que, además, reformó la LSA en el sentido de admitir que los estatutos sociales contemplasen la posibilidad de los socios asistieren a la junta mediante la utilización de los medios telemáticos (en las siguientes páginas trataremos de analizar la utilización de las nuevas tecnologías en la participación – asistencia, discusión y voto – telemática en la Junta General).

Resulta de lo dicho que la Directiva 2007/36/CE fue uno de los documentos legislativos que más influenció la introducción de las nuevas tecnologías en la concretización de los derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas. Es, por eso, importante hacer, al momento, algunas consideraciones sobre el contenido de la dicha Directiva. Como ya referimos, la Directiva tiene como principal objetivo reforzar,

---

<sup>185</sup> Cfr. Véase asimismo la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (presentada por la Comisión el 5 de enero de 2006) sobre el ejercicio de los derechos de voto por parte de los accionistas de sociedades que tengan su sede social en un Estado miembro y cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado por la que se modifica la Directiva 2004/109/CE.

en todos los Estados miembros, los derechos de los accionistas y facilitar el respectivo ejercicio suprimiendo, desde luego, los obstáculos jurídicos que lo impiden o disminuyen. De forma muy sumaria, avancemos las principales medidas de la Directiva. Relativamente a información previa a la Junta General exige la Directiva que la convocatoria contenga, al menos, las indicaciones precisas referentes al día, hora y local de la celebración de la Junta y del orden del día propuesto; la indicación clara de los trámites que los accionistas deben cumplir para participaren en la Junta y emitieren su voto; la información esclarecedora de que solamente podrán votar aquellos accionistas que lo sean en una determinada fecha previa a la Junta General; indicación de dónde podrán los socios obtener las informaciones necesarias a participación en la Junta y asimismo de la dirección del sitio web en que tal información se encontrará disponible. La Directiva impone también que, durante un cierto periodo (no inferior a 21 días) antes de la fecha de la Junta General, la sociedad coloque, en el respectivo sitio de la web, informaciones relativas al número total de acciones y derechos de voto al momento de convocatoria y de los documentos que se presentará en la Junta. Otra preocupación de la Directiva centrarse en conceder a los accionistas, verificadas determinadas circunstancias, la facultad de incluir puntos en el orden del día.

La Directiva presenta como principal objetivo, como hemos mencionado ya distintas veces, remover los obstáculos jurídicos al ejercicio de los derechos de los socios. Por ser así, se impone que el derecho de los accionistas a participaren en las Juntas Generales no se podrá quedar sujeto al requisito de que las respectivas acciones estén depositadas ante otra persona, o le sean transferidas, antes de la fecha de la Junta. Asimismo, podrá el accionista transferir sus acciones durante el plazo que comprende la fecha de registro y la fecha de la celebración de la junta sin se quedar bajo reglas distintas de las aplicables en cualquier otra altura.

También apuntamos ya que la Directiva incentiva claramente al uso de los medios electrónicos en la participación de los socios, hablando mismo de la transmisión en tiempo real de la Junta General o la comunicación bidireccional en tiempo real. Obviamente que el uso de los medios electrónicos solo se habrá de hacer en la medida que permite garantizar la verificación de la identidad de los accionistas y, claro, la seguridad de las comunicaciones.

El refuerzo de los derechos de los accionista revelase igualmente en el hecho de la Directiva imponer a las sociedades cotizadas de todos los Estados miembros que respondan a las preguntas formuladas por los accionistas (los accionistas tendrán derecho de formular preguntas relacionadas con los puntos del orden del día).

Aún en el ámbito de la participación del accionista en la Junta, estipula la Directiva que los Estados miembros no podrán restringir ni tampoco limitar el voto mediante representación.

Resulta muy claro, que el legislador relaciona la flexibilización del ejercicio de los derechos de los socios con el uso de las nuevas tecnologías y, por eso, incentiva el respectivo uso en distintos momentos.

La Directiva sobre los derechos de los accionistas impone a los Estados miembros la obligación de incorporarla el 3 de agosto de 2009 a más tarde. No obstante, algunos de los Estados miembros no estaban llevando a cabo la adecuada transposición de la Directiva. Por eso, la Comisión Europea, hizo pública, el 18 de marzo de 2010, una nota de prensa<sup>186</sup> que contenía las medidas tomadas contra doce Estados miembros que no estaban transponiendo adecuadamente normas europeas, en distintas materias. Uno de los asuntos aquí en causa es precisamente el de la transposición (o, a su caso, de inadecuada o ausencia de transposición) de la Directiva 2007/36/CE. España es uno de los países destinatarios de los dictámenes motivados enviados por la Comisión por ocasión de la no transposición de la dicha Directiva sobre derechos de los accionistas. Paralelamente con España, serán destinatarios de actuación semejante más ocho Estados miembros (Bélgica, Chipre, Francia, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Suecia). La actuación de la Comisión es justificada, desde luego, porque el fallo de los Estados miembros es efectivamente relevante e influye inclusivamente en el buen desarrollo del mercado interior.

Al respecto, no podemos dejar de apuntar que entró en vigor, el 24 de mayo de 2010, en el ordenamiento portugués, el *Decreto-Lei* n.º 49/2010, de 19 de mayo, que procedió a incorporación, en la dicha orden jurídica interna, de la Directiva 2007/36/CE (y aunque de forma meramente parcial de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre). De entre los principales vectores que orientan el *Decreto-Lei* n.º 49/2010

---

<sup>186</sup> Que se puede buscar aquí <http://europa.eu/rapid/press>.

merecen algún destaque, porque directamente relacionados con las temáticas aquí en análisis, los siguientes: introducción de la regla de la “*record data*” (fecha de registro) que fija la fecha de registro a los efectos de contabilización de los accionistas con derecho de participación en las Juntas Generales de las sociedades cotizadas, prohibiendo así el llamado bloqueo de acciones. Así, tendrán derecho a participar en las Juntas todos los accionistas que sean titulares de acciones, que les concedan el derecho de voto, cuyo registro adquisitivo se tenga verificado con la antelación mínima de cinco días relativamente a fecha de realización de la Junta. Estos derechos no saldrán perjudicados con una eventual transmisión de acciones en momento posterior a fecha de registro, ni se quedan dependientes del bloqueo de las mismas entre aquella fecha y la fecha de la Junta. Aquellos accionistas que tengan interés en participar en la Junta pero que transmiten sus acciones, en el período transcurrido entre la fecha de registro y la Junta, deben comunicar, al Presidente de la Mesa de Junta General y asimismo a la *Comissão Nacional de Valores Mobiliários*, tal transmisión.

El dicho *Decreto-Lei* n.º 49/2010 introdució igualmente distintas modificaciones al régimen que vigoraba relativamente a preparación de la Junta General de accionistas de las cotizadas. Hablamos sobre todo de las siguientes alteraciones: a) reducción del plazo mínimo de divulgación de la convocatoria de 30 para 21 días; b) inclusión de nuevas informaciones en la convocatoria (en particular sobre los trámites de participación en la Junta y los relativos a las inclusiones de asuntos en el orden del día); c) obligación de las sociedades cotizadas, en la fecha de la divulgación de la convocatoria, hicieren disponibles, en el respectivo *web site* y en el domicilio social, todas las informaciones previas a la Junta (art. 289.1 *Código das Sociedades Comerciais* portugués y art. 21-C *Código dos Valores Mobiliários*) – las informaciones obligatorias deberán quedarse disponibles en el *web site* durante el plazo mínimo de un año; d) los accionistas que sean titulares de acciones correspondientes a, por lo menos, 2% del capital social (y no de 5% como sucedía anteriormente) tienen el derecho de solicitar la convocación de una Junta General, a incluir asuntos en el orden del día y asimismo a solicitar la inclusión de propuestas de deliberación relativas a asuntos ya incluido en el orden del día; e) sin perjuicio del principio de la unidad de voto, se permite ahora que un accionista de una sociedad cotizada pueda, con respecto a cada una de las juntas generales, nombrar distintos representantes relativamente a las

acciones que detenga en distintas cuentas de valores mobiliarios (esta regla tiene como principal objetivo, como se percibe, permitir a los intermediarios financieros que, de forma profesional, detengan acciones de sociedades cotizadas en su nombre pero por cuenta ajena; f) eliminación de todos los obstáculos al voto por procuración; g) obligatoriedad de divulgación del número total de votos emitidos, del porcentaje de capital social representado correspondiente al número total de votos emitidos y el número de acciones correspondiente al número total de votos emitidos (estas informaciones deberán constar del acta de la Junta General y asimismo deberán ser divulgadas en el *website* en el plazo de 15 días después de cerrada la Junta Genral (cfr. Art. 23-D *Código de Valores Mobiliários* y 63 *Código das Sociedades Comerciais*).

Concluimos pues que el Decreto-Lei n.º 49/2010 ha introducido en el ordenamiento jurídico portugués las directrices decurrentes de la Directiva 2007/36/CE<sup>187</sup>.

Pese todo lo dicho, sabemos que la flexibilización en el ejercicio de los derechos de los socios no es, de forma alguna, una panacea para todas las enfermedades que afectan a las sociedades mercantiles, ni tampoco representa una virtud exenta de problemas. Sin embargo, la verdad es que puede traducirse en un instrumento importante en la tentativa de reactivar el papel de las juntas generales. En definitiva, asociadas a la flexibilización de los derechos de los socios están, sin dudas, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, como nos proponemos demostrar enseguida.

Nótese al respecto que la Directiva es muy clara al afirmar que pretende que todos los Estados miembros permitan que los accionistas que no residen en el domicilio de la sociedad pueden socorrerse de la utilización de los medios electrónicos para participar en la junta.

Ahora bien, la utilización de los referidos medios trae naturalmente asociada una panoplia de dudas que no siempre tienen solución en el *maremagnum* jurídico. De suerte

---

<sup>187</sup> El Decreto-Lei n.º 49/2010 ha introducido asimismo una nueva figura y hasta un nuevo concepto en el derecho societario portugués: la posibilidad de existieren sociedades anónimas con acciones sin valor nominal. El objetivo de este cambio de paradigma es evidente: alargar las posibilidades de financiamiento de las sociedades por cuanto facilita la realización de aumentos de capital sin necesidad de reducir el valor nominal de acciones (puesto que esto deja simplemente de existir). Con arreglo a las alteraciones hechas en el art. 276/2 *Código de Sociedades Comerciais* no se admite la coexistencia de acciones con valor nominal con acciones sin valor nominal y, por eso, la posibilidad aquí planteada tendrá más impacto en las sociedades que se constituirán después del entrada en vigor del *Decreto-Lei* n.º 49/2010.



que, para que la aplicación de estos medios tecnológicos se realice con un grado de certeza jurídica y con un conocimiento seguro y claro conviene, antes de nada, examinar algunas cuestiones relevantes. De tal manera, importa definir quién tendrá legitimación para votar y cuáles son los requisitos necesarios para determinar tal legitimación. También de qué forma se garantiza el voto informado, es decir, cómo se puede certificar que el socio tiene todas las informaciones necesarias para un ejercicio responsable del voto. De aquí, se puede concluir, inmediatamente que es necesario colocar a disposición de los accionistas los documentos necesarios para la correcta formación de los acuerdos sociales y que las juntas tienen que ser convocadas con la antelación suficiente para que los accionistas tengan el tiempo necesario para examinar dichos documentos. En este ámbito, importa otrosí referir que presenta una mayor valía reconocer a las minorías el derecho para introducir nuevos asuntos en el orden del día, o formular preguntas en la junta.

Así las cosas, es nuestro objetivo estudiar ahora la aplicación de las nuevas tecnologías al funcionamiento de las juntas generales de las sociedades mercantiles. Tratándose de una temática que, por su naturaleza, no admite un análisis general que abarque todos los tipos de sociedades, tendremos que hacer un estudio individualizado para cada una de las sociedades que vamos analizar. En efecto, las especificidades legales, técnicas y coyunturales de cada una de las sociedades originan realidades diferentes que requieren tratamientos distintos. La diferencia más relevante se sitúa obviamente entre las sociedades llamadas cerradas, por una parte, y las sociedades abiertas, por otra parte. Como es sabido, es en el seno de las sociedades abiertas donde ha surgido una gran preocupación por activar una mayor participación en la Junta General de los inversores. Esta mayor participación puede surgir a través de la aplicación de las nuevas tecnologías que, entre otras cosas, van permitir que los inversores se encuentren más informados en relación con su sociedad y que puedan asistir e incluso votar en la Junta General sin que, para el efecto, sea necesario desplazarse de una forma antieconómica. A su vez, las sociedades cerradas presentan un número relativamente pequeño de accionistas o socios que participan regularmente en las juntas generales y en la vida de la sociedad. Sin embargo, las nuevas tecnologías en este tipo societario son igualmente útiles especialmente para agilizar los envíos de información y, de forma general, para ayudar a concretizar los derechos de los

accionistas. Tenemos además que analizar las sociedades de responsabilidad limitada, que, no obstante presentar características distintas, pueden sacar provecho de la utilización de las nuevas tecnologías.

Como mejor veremos más adelante, el carácter voluntario de la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación no se verifica completamente en las sociedades cotizadas -al contrario de lo que sucede con las sociedades cerradas-, una vez que tienen que cumplir a través de cualquier medio técnico, informático o telemático las obligaciones de información a que están obligadas por la Ley de las Sociedades Anónimas tras las reformas de los últimos años, así como deben disponer de una página *Web* que permitirá concretar el derecho de información de los accionistas y la difusión de informaciones relevantes de la sociedad.

Hasta al momento se vienen produciendo efectivos progresos legislativos que buscan permitir una mayor libertad estatutaria que permita una organización de los poderes de las juntas y de los órganos de administración. Aunque la práctica viene a demostrar que los poderes de las juntas no han salido reforzados de forma significativa. Contrariamente a lo esperado, incluso puede verificarse un efecto perverso, ya que se viene detectando una tendencia a que los administradores incrementen su posición de control en las reuniones de las juntas<sup>188</sup>.

En consecuencia, tenemos muchas cuestiones para analizar. Pero, antes de dirigirnos al estudio de los problemas propios de la aplicación de las nuevas tecnologías a la Junta General, es necesario concretar algunos conceptos de carácter general.

---

<sup>188</sup> Defensores de esta crítica son, entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, «El Reglamento de la Junta General y los derechos del accionista: planteamiento general», en *Derecho de Sociedades Cotizadas*, bajo coord. ALONSO UREBA Y RODRÍGUEZ ARTIGAS, tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, página 296; RONCERO SÁNCHEZ, António, «Ampliación del orden del día y solicitud pública de representación», *Revista de derecho de sociedades*, n.º 26, 2006, páginas 59-71; FERNÁNDEZ del POZO, Luis, «Reglamento de la junta general en la Ley de Transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (art. 113 LMV)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 93, 2004, páginas 55 y ss.

## **I. ADOPCIÓN DE ACUERDOS SOCIALES DE LOS SOCIOS SIN CELEBRACIÓN DE REUNIÓN**

Recientemente, como es sabido, las sociedades de capital han sufrido una profunda alteración en su sistematización legislativa con la publicación del TRLSC en cuya consecuencia se ha derogado, además, la LSA, la LSRL y el título X (artículos 11111 a 117) de la LMV (con excepción de los apartados 2 y 3 del art. 114 y los art.s 116 y 116 bis). Ya expusimos anteriormente algunas consideraciones sobre el nuevo diploma regulador de las sociedades de capital. Todavía, volveremos a hablar de ello en el presente capítulo (y en los subsecuentes también) puesto que el estudio que vamos a hacer se prende directamente con las sociedades de capitales y, por eso, siempre será necesario hacer referencia a los preceptos legales cuya vigencia está terminando y a aquellos que están prestes a vigorar.

La adopción de acuerdos sociales es una materia sobejamente importante en el ámbito del derecho societario, proficua en recoger inúmeros estudios decurrentes de la atención de obtiene por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Los acuerdos sociales pueden nacer en cualquier órgano colegiado de las sociedades mercantiles. Ahora vamos atentar solamente en los acuerdos sociales adoptados por los socios en el ámbito del órgano Junta General.

La formación de acuerdos sociales implica el respecto por un determinado procedimiento legal. Normalmente, los acuerdos sociales son asociados a realización de Juntas Generales. Sin embargo, los distintos ordenamientos jurídicos ofrecen soluciones distintas para las adopciones de acuerdos. Así, antes de avanzarnos para la aplicación de las nuevas tecnologías en éste ámbito, tendremos que descortinar primeramente cuales son las distintas formas de adopción de acuerdos sociales, acá y allá fronteras.

Sin adelantarnos las palabras que vamos a exponer, siempre podemos anticipar se configuran dos formas como siendo las posibles en las adopciones de los acuerdos sociales: la adopción de acuerdos sociales por escrito y la adopción de acuerdos social en el contexto de reunión. Así, a continuación, vamos estudiar si ambas las posibilidades son admisibles en el régimen jurídico español (y en caso afirmativo se lo serán al respecto de todos los tipos societarios). Recorreremos, como habitualmente, al derecho comparado para que consigamos percibir mejor si el régimen jurídico español

se encuentra adecuado a la realidad actual o si podrá incorporar algunas soluciones presentadas en otros regímenes.

## **1. El estado del arte en el régimen español**

Como ya decimos es nuestro intuito analizar, sobre todo, los regímenes de las llamadas sociedades de capital. Por ser así, vamos, una vez más, centrar nuestro estudio en la sociedad de responsabilidad limitada y en la anónimas. Sin embargo, y porque en esta materia se puede demostrar provechoso siempre haremos un u otro apunte relativo a las sociedades personalistas.

La cuestión que ahora se plantea es la de saber si el órgano deliberativo de las sociedades, es decir, la Junta General, tiene de adoptar los respectivos acuerdos haciendo, para tanto, una reunión o si, al contrario, los dichos acuerdos podrán ser adoptados por escrito dispensando la realización de reunión.

En el ordenamiento jurídico español los acuerdos sociales deben ser tomados en reunión de socios, es decir, la única posibilidad legal de que los socios decidan sobre los asuntos sociales ocurre en el contexto de reunión, de junta, especialmente en lo que concierne a las sociedades anónimas y a las sociedades de responsabilidad limitada. Esta conclusión se retira no solo del viejo régimen, que regulaba de forma autónoma las sociedades de responsabilidad limitada (en la LSRL) y las anónimas (en la LSA) sino del nuevo régimen que sigue exactamente la misma dirección (TRLSC). Veamos más pormenorizadamente lo que se intenta decir.

Actualmente, compete al título V del TRLSC estipular el régimen aplicable a Junta General de las sociedades de capital. Con arreglo al art. 159 TRLSC los socios decidirán “*reunidos en junta general*” y todos los socios “*incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión*” se “*quedan sometidos a los acuerdos de la junta general*”. Significa esto, claramente, que no se queda estipulada la posibilidad legal de los socios adoptaren acuerdos por escrito. Además, la norma del TRLSC es imperativa – los socios decidirán reunidos en Junta General – y por lo tanto no podrá tampoco ser contrariada en los estatutos sociales.

Así las cosas, se intuye que todos los acuerdos sociales serán adoptados en el contexto de reunión que, dependiendo de la existencia o no de convocatoria, será general o universal, no se vislumbrando cualesquier posibilidades, decurrentes directamente de las normas del TRLSC, de los acuerdos sociales se adoptaren por escrito sin la necesidad de los socios se reunieren en sesión.

La solución ahora presentada en el LSC no añade nada a lo que ya estaba consagrado por la LSA y por la LSRL. En efecto, se analizarnos los preceptos que antes regulaban estas materias no encontramos importantes diferencias. Veamos.

Con relación a las sociedades de responsabilidad limitada, el legislador español en la Ley de 1995 reforzó la posición de que todos los acuerdos sociales serían adoptados en el seno reunión al excluir conscientemente el procedimiento de acuerdos tomados sin la realización de una junta, es decir, sin sesión. Fue intención de los redactores da la mencionada Ley afirmar que – en caso de pluralidad de socios, tras el expreso reconocimiento de la sociedad unipersonal – la adopción de los acuerdos sociales implica la formación de una voluntad colectiva solamente alcanzable en escenario de reunión mediante el método colegial o corporativo, que es el único que permite que los intervinientes comuniquen y debatan las propuestas de forma simultánea<sup>189</sup>.

En esto sentido, refería el art. 43.1 LSRL que “*los socios, reunidos en Junta General, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida*” y que “*todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General*”. En el art. 48, la LSRL admitía la validez de las Juntas Universales, desde que verificados los tres requisitos allí estipulados (presencia o representación de la totalidad del capital social, voluntad unánime en celebrar la reunión y en aceptar el orden del día).

A su vez, y precisamente en el mismo sentido, la LSA apuntaba en el art. 93.1 que “*los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría*” y en el apartado 2 que “*todos los socios, incluso los disidentes y los que*

---

<sup>189</sup> Cfr. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la junta general de los socios en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid, 1998, I, páginas 233 a 258.

*hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General*". En el art. 99 LSA se admite asimismo la validez de las juntas universales.

Al respecto de los acuerdos sociales, no podemos dejar de aludir a las referencias hechas en el Reglamento del Registro Mercantil. De hecho, el artículo 100, párrafo 3, del derogado Reglamento del Registro Mercantil de 1956 admitía la existencia de acuerdos tomados fuera del contexto de junta, especialmente mediante correspondencia, al referir expresamente que *"cuando la ley autorice la adopción de acuerdos por correspondencia o por cualquier otros medios"*. Sin embargo, la posición de la doctrina siempre fue muy conservadora no admitiendo tal posibilidad. La alteración al mencionado artículo con el RRM 1996 no cerró en definitiva la polémica, ya que mantuvo el contenido referido pese a que en el apartado 1 del vigente art. 100 se haya introducido la frase *"cuando la ley no impida la adopción"*. En todo o caso, la doctrina más autorizada sigue excluyendo la posibilidad de adopción de acuerdos sociales fuera del contexto de junta<sup>190</sup>.

Véase concretamente los dijes del precepto: *"cuando la ley no impida la adopción de acuerdos por correspondencia o por cualquier otro medio que garantice su autenticidad, las personas con facultad de certificar dejarán constancia en acta de los acuerdos adoptados, expresando el nombre de los socios o, en su caso, de los administradores, y el sistema seguido para formar la voluntad del órgano social de que se trate, con indicación del voto emitido por cada uno de ellos. En este caso, se considerará que los acuerdos han sido adoptados en el lugar del domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos"*.

De la lectura del precepto podemos concluir lo siguiente: 1) es una norma de carácter genérico y por eso no se aplicará ante la existencia de una norma de carácter especial que la contradiga; 2) abarca todos los acuerdos sociales, es decir, aquellos que provienen del órgano Junta General o del órgano de administración; 3) atañe a la adopción de acuerdos fuera de reunión, es decir, trata de los acuerdos que son tomados mediante otras formas que no la forma que prevé la realización de una reunión; 4) es una norma meramente indicativa y no taxativa por cuanto, no enumera un elenco taxativo de formas de adopción de acuerdos indicando solamente una de las

---

<sup>190</sup> Cfr. Entre otros, GALÁN CORONA, Eduardo, «La Junta General», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998, páginas 599 a 641.

posibilidades de adopción de acuerdos fuera del contexto de reunión – por correspondencia – y abriendo la posibilidad a cualesquier otras formas al referir expresamente “*o por otro medio que garantice su autenticidad*”; 5) el requisito de admisibilidad de otras formas de adopción de acuerdos se encuentra vinculado al hecho de se tratar de una forma que permita garantizar la respectiva autenticidad.

Así las cosas, cumple cuestionar cual es la utilidad del art. 100 del Reglamento del Registro Mercantil en lo que toca a los acuerdos de los socios y a que sociedades se podrá aplicar. Bueno, de lo anteriormente dicho, no lo podremos ciertamente aplicar a las sociedades anónimas ni tampoco a las sociedades de responsabilidad limitada (ni a las comanditarias por acciones) puesto que el TRLSC lo impide claramente. Por lo tanto, no se aplicará a los acuerdos de los socios de las sociedades de capital. Al contrario, y como tendremos ocasión de analizar en sede propia, ya será de aplicar a los acuerdos del órgano de administración de las sociedades de capital. Sin embargo, servirá el contenido del precepto para aplicar a las sociedades personalistas.

Efectivamente, las sociedades personalistas, es decir, la sociedad regular colectiva y la sociedad comanditaria simple, reguladas en el Código de Comercio, son aquellas sociedades que admiten una mayor participación de sus socios en la respectiva vida societaria. En verdad, la mayor parte de los asuntos societarios reclama la formación de la voluntad de la sociedad que se alcanza mediante la adopción de acuerdos sociales. Ahora bien, como del régimen que regula las sociedades personalistas no resulta ninguno procedimiento que deba ser observado en la adopción de los acuerdos sociales, parece que serán admisibles cualesquier formas que permitan la agregación de las voluntades individuales de los socios. Ante el escenario legal trazado, podrán los socios de las sociedades personalistas adoptar acuerdos sociales mediante cualquier forma<sup>191</sup>.

Por aquí se concluye que el art. 100 del Reglamento del Registro Mercantil servirá perfectamente a los dos tipos societarios que forman las sociedades personalistas. En verdad, no excluyendo la ley la posibilidad de los socios de estas sociedades adoptaren acuerdos por escrito, será de aplicar el contenido del dicho art. 100. Concluimos igualmente que en estas sociedades podrán los socios utilizar

---

<sup>191</sup> Como expusimos anteriormente, podrán los socios emitir su voluntad de forma escrita o verbal a través de hechos concluyentes (cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 2 de noviembre de 1975).

plenamente los medios telemáticos en la formación de la respectiva voluntad desde que estos sean idóneos a garantizar su autenticidad, como refiere el precepto.

Por lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que el ordenamiento jurídico español admite la posibilidad de los socios formaren la voluntad social por escrito cuando se traten de sociedades colectivas o comanditarias simples. Al envés, no admite la posibilidad de adopción de tales acuerdos escritos con relación a formación de la voluntad social de la sociedad de responsabilidad limitada, anónima o comanditaria por acciones, puesto que, cuanto a estos tipos societarios obliga a realización de reunión.

Las preguntas que se imponen son obvias: ¿hace sentido ésta diferencia de criterios y consecuentemente de tratamiento? ¿Debería el legislador admitir la adopción por escrito de acuerdos sociales en el ámbito de las sociedades capitalistas? ¿Cuáles serían, jurídicamente hablando, las ventajas y las desventajas de la adopción de acuerdos sociales en las sociedades de responsabilidad limitada, anónimas y en las comanditarias por acciones?

Antes de respondernos a las cuestiones arriba planteadas, creemos que será útil hacernos el análisis de los regímenes jurídicos de los países en torno a España. La visión que resultará del estudio del derecho comparado permitirá que posamos hacer un abordaje distinto al régimen español y quizá proponer un cambio en el tratamiento jurídico del asunto acabado de referir.

## **2. El régimen portugués**

El ordenamiento jurídico portugués admite la posibilidad de los socios adoptaren acuerdos por escrito dispensando, por eso, la realización de una reunión. Se trata de una modalidad que abarca dos situaciones distintas: adopción de acuerdos unánimes por escrito – *“deliberações unânimes por escrito”* – y la adopción escrita de acuerdos (que no tendrá de ser adoptados por unanimidad, como veremos a continuación) – *“deliberações por voto escrito”*.

Porque se tratan de dos formas distintas veamos autónomamente cada una de ellas.



Antes de iniciarnos la descripción del régimen portugués cumple hacer un pequeño apunte de naturaleza conceptual. Al momento, estamos a tratar de la materia de los acuerdos sociales adoptados por los socios, es decir, pretendemos referirnos a las decisiones tomadas por los socios (con o sin el respectivo debate). El legislador portugués denomina los acuerdos sociales de deliberaciones de los socios. De hecho, en la lengua portuguesa el vocablo “*deliberar*” presenta dos significados: 1) “tomar uma decisão, geralmente importante, depois de pensar com cuidado ou de a discutir com outras pessoas”; 2) “pensar com cuidado e seriamente, antes de tomar uma decisão”. Así, la palabra “*deliberar*” asume dos acepciones distintas pudiendo, por eso, ser utilizada indistintamente con ambos los sentidos: 1) decidir; 2) ponderar o reflectar<sup>192</sup>. Con relación a los acuerdos sociales el legislador portugués los denomina de deliberaciones de socios queriendo decir que se tratan de decisiones que fueran (o podrían tener sido) ponderadas, discutidas, debatidas. Así, *deliberar* implica decidir y no solamente discutir un determinado asunto. El órgano que adopta deliberaciones sociales es el órgano deliberativo también llamado de “colectividad de socios” y, no raras veces, confundido con la Junta General que, en el sistema portugués, es una forma de adopción de deliberaciones y no el órgano en sí mismo. Al contrario, en el régimen jurídico español el órgano que adopta acuerdos sociales es denominado de Junta General y las decisiones que adopta son nombradas de acuerdos sociales. Significa esto que, cuando hablamos de deliberaciones (o *deliberar*), con referencia al régimen societario español, estamos a utilizar la acepción que el diccionario de lengua española ofrece: “considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos”<sup>193</sup>. Pese a que el mismo diccionario refiera igualmente que *deliberar* es “resolver algo con premeditación”, el derecho societario utiliza la palabra “*deliberar*” atribuyéndole aquél primero significado y no este último.

---

<sup>192</sup> Cfr. Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, Academia das Ciências de Lisboa, Verbo, 2001, Volume 1, págs 1094 y 1095

<sup>193</sup> Cfr. Diccionario de la Lengua Española de Real Academia Española, 22ª edición, 2001, Madrid.

Como se puede verificar el concepto significa ponderar y pensar, por lo que la deliberación debería centrarse en la ponderación y reflexión hecha a propósito de la propuesta. El resultado global de la reflexión y de la discusión es, en verdad, un acuerdo establecido entre los varios intervinientes. Véase, en este sentido, que el propio legislador español optó por este entendimiento etimológico al denominar el resultado de la discusión de “acuerdo” o “acuerdo social”, como se puede verificar, entre otros en el art. 159/2 LSC.

Ante lo expuesto, lo que queremos aclarar es que en estos dos sistemas jurídicos se utiliza la misma palabra con significaciones sobejamente distintas. Así, hablar de deliberaciones con respecto al régimen portugués es hablar de decisiones o acuerdos sociales se lo traducimos al régimen societario español.

Conflictos conceptuales aparte, vamos avanzar en el análisis del régimen portugués, estudiando las llamadas deliberaciones por escrito lo que significa, como resulta de lo dicho, que nos vamos a detener sobre el régimen de la adopción de acuerdos sociales (de los socios) sin realización de una reunión porque serán tomados simplemente por escrito. Como ya decimos, veremos entonces las dos modalidades de acuerdos por escrito que el régimen societario portugués ofrece (aunque uno de ellos no se encuentre disponible a todos los tipos societarios).

### **2.1. Las “*deliberações unânimes por escrito*”**

El art. 54 del “*Código das Sociedades Comerciais*” admite los acuerdos unánimes por escrito, siempre que, relativamente a la propuesta en causa, la voluntad de todos los socios converja en el mismo sentido. Significa esto que los acuerdos que se adoptan tienen que recoger la aprobación expresa de todos los socios y que tienen que materializarse por escrito. Estos son, pues, los únicos dos requisitos indispensables a la adopción de acuerdos sociales: la forma escrita y la voluntad unánime de todos los socios que constituyen la sociedad. Podemos mismo decir que, esta forma de adoptar acuerdos asienta sobre todo en la unanimidad de los socios que podemos afirmar como siendo el requisito esencial y caracterizador de estos acuerdos por escrito. Nótese que aquí el *quid* reside en el *thema deliberandum*; es decir, es la forma de deliberación adoptada independientemente de la propuesta.

De lo expuesto resulta que se trata de un procedimiento que no prevé la realización de ninguna reunión de socios y, por lo tanto, no se realizará el debate de las propuesta que se van a adoptar. La cuestión que se podrá plantear es si éste proceso no pondrá en causa el principio de la colegialidad que, como es sabido, es el principio mayor en sede de adopción de acuerdos sociales.

Creemos, sin embargo, que el dicho principio no saldrá herido con la posibilidad de la adopción escrita de acuerdos sociales. Para probarlo veremos cuál es la ratio subyacente a la admisibilidad de adopción de acuerdos por escrito: el legislador entendió que, siempre que todos los socios, a respecto de determinada propuesta, están de acuerdo, se podrá dispensar la realización de una reunión, con todos los costes asociados y todas las pérdidas de tiempo, y se podrá adoptar la decisión por escrito. La verdad es que todos los socios tienen la misma opinión sobre el asunto en aprobación y, por eso, el debate será, en principio, innecesario ya que nadie intentará convencer a los demás, porque todos están de acuerdo. El principio de la colegialidad no podrá salir herido porque cada uno de los socios verá su voluntad triunfar. Es decir, hay propuestas cuya discusión es simplemente desnecesaria porque inciden sobre asuntos que no acarrearán cualesquier dudas a los socios.

Lo que sucede en esta situación es que no hay discusión, no hay debate. Hay solamente decisión, acuerdo. Se recorremos a terminología española no hay deliberación propiamente dicha sino acuerdo social. Lo dicho significa, pues, que los socios no realizarán cualquier reunión. No obstante, todos ellos estarán implicados en la decisión final.

La adopción de acuerdos sociales a través de esta forma es admisible en todos los tipos societarios previstos en el régimen jurídico portugués<sup>194</sup>. Claro que su posibilidad práctica depende, sobre todo, del número de socio que la sociedad en concreto tendrá. Si se trata de una grande sociedad, esta modalidad de adopción de acuerdos resulta muy difícil sino verdaderamente imposible, puesto que se torna extremadamente dificultoso reunir la voluntad unánime de todos los socios. Pensamos, especialmente, en las sociedades cotizadas que reúnen millares de socios que, en su grande mayoría, tampoco acompañan la vida de la sociedad y aquellos que lo hacen difícilmente estarán todos de acuerdo, entre sí. Lo que importa aquí afirmar es que existe la posibilidad jurídica de los socios adoptaren acuerdos por escrito sin la necesidad de formalizaren una reunión. La posibilidad práctica de esta posibilidad efectivamente se verificar es un asunto que dependerá de las condiciones de cada una de las sociedades en concreto.

---

<sup>194</sup> A semejanza con el régimen jurídico español y la mayoría de los regímenes jurídicos europeos, el régimen jurídico portugués admite cuatro tipos de sociedades: sociedades en nombre colectivo, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas y sociedades comanditarias.

Nótese que esta forma de “deliberar”, o mejor diciendo, de decidir o adoptar acuerdos sociales, es una de las tres (o cuatro, consonante el tipo societario) disponible a las sociedades comerciales. Esto implica que el órgano que adopta estos acuerdos es la “colectividad de socios” (la Junta General, se convertimos la terminología al régimen español) y, por eso, tendrán de se verificar todos los requisitos que el órgano deberán verificar. Nombradamente, el órgano no podrá adoptar acuerdos cuyo contenido se quede fuera del ámbito de sus competencias ni podrán los socios presentar propuestas cuando no tienen derecho a hacerlo (tienen derecho a presentar propuestas las mismas personas que lo podrán hacer cuando los acuerdos son tomados en Junta General). Es decir, el órgano colectividad de socios podrá decidir por escrito y dispensar la reunión sobre los asuntos que se quedan bajo sus competencias y que la ley o los estatutos no obligue a que sean decididos en sede de Junta General<sup>195</sup>.

Aprovechando la temática central de este trabajo, podemos referir que los acuerdos sociales unánimes adoptados por escrito, pueden recurrir a la utilización de las nuevas tecnologías y, así, facilitar y agilizar la adopción de acuerdos en las sociedades mercantiles. La posibilidad de adoptar un acuerdo social unánime por escrito de forma “electrónica” depende solamente del hecho de que las nuevas tecnologías permitieren la observancia de las reglas legalmente exigidas para la adopción de tales acuerdos. Como vimos antes<sup>196</sup>, por el principio de equivalencia funcional que rige las relaciones entre derecho y tecnología, el documento electrónico presenta el mismo valor jurídico ostentado por el documento materializado en soporte de papel. Así las cosas, el primer requisito se encuentra cumplido. Vale decir que, es posible que la adopción del acuerdo conste de un documento electrónico en lugar de consignarse un documento plasmado en soporte de papel. El principal óbice de la cuestión reside en la eventual dificultad técnica de los socios para dar su consentimiento al acuerdo en causa. Pero creemos que se trata de una dificultad que se puede superar en virtud de todo lo explicado

---

<sup>195</sup> De hecho, existen determinadas materias que la ley impone que sean discutidas y decididas solamente en contexto de reunión (por ejemplo, si el órgano “colectividad de socios” intenta distribuir a los socios un valor inferior a la mitad del lucro distribuible deberán tomar esta decisión en contexto de reunión que deberá ser convocada para estos efectos - desde que los estatutos no contengan una norma que admita la distribución de una cantidad de lucro inferior a mitad, a su caso, no será necesario deliberar en Junta General) (cfr. Art. 294 “*Código das Sociedades Comerciais*”). Otro ejemplo, es la sumisión del proyecto de fusión de la sociedad que tiene que ser acordada en junta general, independientemente del tipo societario en causa (cfr. Art. 100 “*Código das Sociedades Comerciais*”).

<sup>196</sup> *Supra*, Capítulo dos.

anteriormente acerca de la firma electrónica y de sus efectos jurídicos, en particular del hecho de que las firmas electrónicas atribuyeren la producción y/o suscripción del documento electrónico a quien lo firma. Sentado lo anterior, es suficiente que los socios envíen un documento electrónico debidamente firmado adonde afirman su concordancia con el tenor del acuerdo social en causa. Ahora bien, mientras que legalmente se trata de una solución válida nos parece que en la práctica no es muy cómoda, ya que obligaría a cada uno de los socios a la tarea de escribir un documento que confirme su acuerdo o desacuerdo con la propuesta en causa. Tal documento sería posteriormente añadido al documento portador del acuerdo social en el necesario archivo electrónico. Por nuestra parte, pensamos que mejor sería si todos los socios manifestasen el necesario asentimiento al acuerdo social en el mismo documento que lo soporta. Por tanto, sería suficiente que el documento portador de la propuesta se pudiera firmar electrónicamente por todos los socios con derecho de voto. Al respecto, debemos referir que existen desde 2003<sup>197</sup> programas informáticos que permiten la posibilidad de que un mismo documento electrónico sea firmado por distintas personas, sin que el contenido sea cambiado. El objetivo es permitir que los socios simplemente suscriban electrónicamente el documento electrónico redactado anteriormente impidiendo alteraciones a su contenido. Significa esto que la adopción de acuerdos sociales unánimes por escrito concretizados completamente mediante los medios electrónicos se hace, en el sistema jurídico portugués, dentro de los límites del “Código das Sociedades Comerciais” ya que respecta en su totalidad los dos elementos substanciales: el documento escrito y la concordancia unánime de los socios.

## **2.2. Las “deliberações por voto escrito”**

Por otra parte, y solamente al respecto de los acuerdos de las sociedades de responsabilidad limitada y de las sociedades en nombre colectivo, el art. 247 del “Código das Sociedades Comerciais” admite acuerdos por voto escrito, siempre que, no habiendo estipulación legal o estatutaria en sentido diverso, todos los socios acuerden en deliberar por voto escrito.

---

<sup>197</sup> Es el caso del programa *Microsoft Office 2003*.

Los acuerdos por voto escrito (“*deliberações por voto escrito*” como le llama el “*Código das Sociedades Comerciais*”) son distintos de los acuerdos unánimes por escrito, desde luego, porque (e como resulta de la propia denominación legal) estos no tienen que acoger la voluntad unánime de los socios. Repítase que esta forma de adoptar acuerdos se trata de una posibilidad que el legislador coloca a disposición de las sociedades de responsabilidad limitada y de las sociedades en nombre colectivo; no de una imposición, y, por eso, puede ser rechazada en los estatutos.

Adoptar acuerdos sociales a través del procedimiento ahora en análisis implica seguir los pasos obligatorios referidos en la ley. El legislador portugués reglamentó minuciosamente todos los procedimientos que deben ser seguidos para la válida adopción de acuerdos sociales por escrito, dejando un muy reducido ámbito para la estipulación estatutaria. Así las cosas, refiere la ley que este proceso deliberativo se inicia con la consulta hecha por cualquier uno de los gerentes (administradores) – o, a su caso, por el gerente único (administrador) – a los restantes socios sobre la posibilidad de adoptar un determinado acuerdo por escrito, dispensando, por eso, la reunión, es decir, la Junta General. Se trata de una consulta que debe ser efectuada mediante carta certificada que debe indicar el asunto objeto del acuerdo social. De la referida carta debe asimismo constar el aviso de que la ausencia de respuesta, dentro de los quince días siguientes a su expedición, es tenida como asentimiento a la dispensa de la Junta General. Respetado el procedimiento ahora mencionado y verificado el asentimiento de todos los socios en deliberaren por voto escrito, pueden, en principio, las sociedades en nombre colectivo y las sociedades de responsabilidad limitada adoptar los acuerdos sociales bajo esta forma. En principio porque, por una parte y como ya apuntamos, estas sociedades pueden rechazar esta posibilidad declarando tal pretensión en sus estatutos, en virtud del art. 247.2 “*Código das Sociedades Comerciais*”. Por otra parte, refiere aún el mismo párrafo que también la ley puede impedir que estas sociedades decidan a través del acuerdo por voto escrito; es decir, sobre determinados asuntos la ley puede exigir que las sociedades deliberen y adopten acuerdos en Junta General<sup>198</sup>. Además, refiere el párrafo ocho del mismo artículo 247 CSC, que siempre que algún socio se encuentra impedido de votar, el acuerdo social no puede ser adoptado por escrito.

---

<sup>198</sup> Ya apuntamos en nota de pie anterior (a respecto de la adopción de acuerdos unánimes por escrito) dos ejemplos de asuntos que solamente pueden ser decididos en contexto de junta general.

Pretende así el legislador reservar algunos asuntos para la Junta General, ya porque entiende que se trata de asuntos revestidos de alta importancia (y, por eso, deben quedar sujetos a forma de deliberación que más garantiza el principio de la colegialidad), o ya porque el socio se encuentra impedido de votar. Nótese que, en este último caso, el legislador portugués protege el derecho del socio, impedido de votar, de participar en la adopción del acuerdo, garantizando la posibilidad de estar presente en la discusión y de intervenir directamente en ella, lo que solamente es alcanzable en contexto de junta y no en el de adopción de acuerdos por escrito. A lo dicho, debemos añadir también que la presencia en la junta del socio impedido de votar aprovecha igualmente a los restantes socios, que así podrán disipar eventuales dudas y cimentar mejor su voto.

Sentado lo anterior, resulta, hasta aquí, la opción de adoptar acuerdos por voto escrito solamente será válida si se verificaren determinados prerequisites: tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada o en nombre colectivo (puesto que a los restantes tipos societarios esta forma de deliberar se encuentra vedada); los estatutos no impidieren que los socios deliberen por voto escrito, en general; o no obliguen que aquél asunto, en particular, sea decidido mediante la realización de una reunión; tratarse de un asunto cuya discusión y decisión no tenga de ocurrir en contexto de Junta General, por imposición legal; que, en la situación en concreto, ninguno socio se encuentre impedido de votar.

Verificados estos requisitos previos hay aunque cumplir otro: todos los socios deberán estar de acuerdo en dispensar la realización de la reunión para decidieren sobre el asunto en concreto. Significa esto que, la decisión unánime de los socios de dispensaren la realización de la reunión tendrá que se verificar a respecto de cada una de las adopciones por escrito de acuerdos sociales. No será, por eso, válida la estipulación en los estatutos que refiera, por ejemplo, que todos o algunos acuerdos sociales podrán ser decididos por voto escrito. Siempre se tendrá que preguntar a cada uno de los socios se está o no dispuesto a dispensar la realización de la reunión.

Nótese igualmente que a los mencionados requisitos se añaden otros. Efectivamente, la adopción del acuerdo presupone asimismo que el gerente (administrador), después de tener el asentimiento de todos los socios para dispensar la adopción del acuerdo en reunión, envíe la propuesta concreta del acuerdo y todos los elementos informativos necesarios para su esclarecimiento. En tal fecha, el

administrador fija el plazo para la recepción de los votos que no puede, con todo, ser inferior a diez días contados de la recepción de la propuesta del acuerdo por los socios. Recibidos los votos, el administrador traslada todo el procedimiento adoptado al acta de la junta, donde además refiere el sentido de voto de cada uno de los socios. Al fin, el administrador declara el acuerdo adoptado y envía una copia del acta a todos los socios.

Después de expuesto el proceso deliberativo de la adopción de acuerdos por escrito, puede decirse que se trata de un procedimiento criticable ya que los acuerdos así adoptados no son objeto de debate deliberativo.

En verdad, los socios se limitan a analizar la propuesta del acuerdo y los elementos informativos que la acompañan. Tal análisis es tenido como suficiente para que los socios emitan su voto. Cuando no sucede así siempre pueden, *ab initio*, no consentir en la adopción del acuerdo por escrito y exigir la realización de la junta con el respectivo debate deliberativo. Esta realidad ha encaminado el legislador portugués a impedir esta forma de adopción de acuerdos sociales cuando algún o algunos socios están impedidos de votar, como expusimos anteriormente, para garantizar a tales socios el derecho de asistir y participar en la discusión en la Junta General.

Esta forma de deliberar puede efectivamente herir el principio de la colegialidad, al envés de lo que verificamos a respecto de la adopción de acuerdos unánimes por escrito. De hecho, aquí no hay acuerdo unánime (mejor dicho, no tendrá que haber acuerdo unánime) relativamente al sentido de la votación. El acuerdo unánime que el legislador exige es anterior a tomada de la decisión. El legislador exige que todos los socios se queden de acuerdo relativamente a dispensa de la realización de la reunión; no se exige todavía que, después en sede votación, todos voten en el mismo sentido. La decisión será tomada en el sentido que recoja más votos. Lo que implica que es posible (muy probable, de hecho) que hay uno o más socios en desacuerdo. Así, el debate podría ser importante; la discusión podría acarrear argumentos que hiciesen los socios cambiar sus opiniones, sus sentidos de votación. Efectivamente, se pierde, con esta forma de votación, un importante momento de la tomada de decisiones sociales: la discusión, el debate. Sin embargo, el legislador no la impone; simplemente lo admite. Lo que hace el legislador portugués es facilitar a los socios otras formas de deliberación. Es permitir que sean los socios a decidir se es o no necesaria la realización de una reunión. Más, el legislador obliga que aquellos asuntos que efectivamente son de mayor



importancia para la vida societaria sean decididos en Junta General. Simplemente entiende que ni todas las decisiones de los socios cogen la misma importancia y, por lo tanto, queda en las manos de la libertad de los socios decidieren, a respecto de algunos asuntos, se será o no útil la realización de la reunión (que puede ser más demorada do que lo deseado; que podrá acarrear más costes do que mayores valías).

En conclusión, entendemos que el legislador portugués hizo bien al permitir que los socios, se asó lo entendieren, decidan sin la necesidad de realizaren una Junta General. Efectivamente, es nuestra opinión que la mano del legislador no deberá estar presente en todas las situaciones; que los socios deberán poder conducir la vida de la sociedad con alguna libertad. Entendemos, asimismo, que el legislador salvaguardó los intereses máximos de la sociedad fuesen al estipular que los asuntos más importantes fuesen decididos en contexto de reunión. Esta salvaguarda legislativa evidencia, sin duda, que el legislador consagra como forma preferencial de adopción e acuerdos sociales la Junta General.

De la misma manera que analizamos la posibilidad, e incluso concluimos por la admisión, en el ordenamiento jurídico portugués, de la utilización de las nuevas tecnologías en la adopción de los acuerdos unánimes por escrito, examinamos ahora si en los acuerdos por voto escrito también es admisible tal utilización. Vimos que el primer paso para concluir este procedimiento reside en la realización de una consulta a todos los socios para que estos se pronuncien sobre la posibilidad de no celebrar la reunión o asamblea, propia o natural de la Junta General, y adoptar el acuerdo mediante voto escrito. Vimos, además, que tal consulta debe ser realizada por los gerentes (administradores) a través de carta certificada. En efecto, la clásica comunicación bajo carta certificada asume, hace muchos años, en el ordenamiento jurídico portugués y asimismo en otros, una verdadera referencia. Con esta forma de comunicación se asocian características relacionadas con la seguridad y la certeza del tráfico jurídico. Es evidente que la seguridad jurídica asume el papel principal en la elección del medio legalmente prescrito para la realización de las comunicaciones. Efectivamente, la verificación de los requisitos legales inherentes a las mismas contiene, a veces, directamente, con la validez del propio acto y, cuando así no es, asume su importancia al nivel de la prueba. En lo referente a la consulta de los socios aquí en análisis, creemos que la certificación de la carta reviste dos naturalezas distintas: por una parte, asume la

naturaleza probatoria, y por otra parte constituye un requisito legal cuya inexistencia puede conducir a la invalidez del propio acto. La *ratio* subyacente al precepto legal que exige que la consulta se haga mediante carta certificada reside, a nuestro juicio, en el hecho de que el legislador considera la carta certificada el medio más idóneo para alcanzar el fin *in casu*: la consulta a los socios. Vale decir que, de entre los distintos medios de comunicación disponibles, el legislador eligió la carta certificada porque le reconoce calidades capaces de concretar los intentos de la norma que, repetimos, se traducen meramente en la consulta a los socios y en la prueba de la existencia de tal consulta.

De la ley parece derivarse que la consulta debe ser efectuada mediante carta certificada no pudiendo ser sustituida por cualquier otro medio de comunicación escrito o verbal. Sin embargo, ante el actual panorama tecnológico, es necesario confirmar si sería razonable impedir que la consulta a los socios se haga mediante un medio que cumpla exactamente las mismas condiciones, calidades y características de la carta certificada y, sobre todo, atienda a los mismos fines. En verdad, si se piensa bien, no choca con los intentos del legislador la sustitución de la carta certificada por otro medio de comunicación que presente un idéntico o incluso superior grado de seguridad en la recepción de la información por los socios. Creemos, por lo tanto, que se podrá admitir en este contexto que la consulta a los socios puede ser procesada mediante el correo electrónico<sup>199</sup>.

A lo largo de este trabajo, afirmamos la validez jurídica del documento electrónico y su innegable equivalencia al documento escrito en formato de papel. Así las cosas, no será este aspecto óbice a admitir la consulta a los socios a través de medios electrónicos. Por tanto, la objeción a la posibilidad ahora descrita residirá solamente en la formalidad de la certificación de la carta. Sin embargo, se trata de una dificultad técnica y legalmente ya superada. Del estudio empírico verificamos que la consulta a los socios mediante recurso a las nuevas tecnologías puede ocurrir a través de distintas

---

<sup>199</sup> PINTO FURTADO admite que la consulta a los socios, preguntándoles si dispensan o no la reunión en junta general, se haga mediante los medios electrónicos. Refiere el autor que: “a *consulta*, segundo a expressão legal, será feita por “carta registada” – uma espécie clássica, hoje em dia secundada por outras modalidades de comunicação com idêntica ou superior segurança de recepção pelo destinatário, como o *correio expresso* ou o *correio electrónico* e que, por isso, deverão considerar-se igualmente praticáveis – terá de indicar o *objecto da deliberação* a adoptar, e de conter, em suma, a *cominação* legalmente assinada à *falta de resposta*”. FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005, página 471.

formas técnicas. La primera reside en la posibilidad de que consulta sea remetida a los socios mediante email con acuse de recibo. Aquí, el emisor recibe en su caja postal un mensaje, enviado por el receptor, que afirma que el mensaje enviado ha llegado a destino y ha entrado en la buzón postal electrónico del receptor. La verdad es que la forma que mejor permite al emisor probar que efectivamente el receptor ha recibido el documento exige que este último acuse la recepción del dicho documento. Sin embargo, existen actualmente medios técnicos que permiten probar que el mensaje ha efectivamente entrado en la caja postal del receptor incluso sin la necesidad del receptor de enviar el acuse de recibo. El legislador no debe ser más exigente en relación con los medios electrónicos que en relación con el correo postal. En verdad, para el correo postal simplemente se exige la comprobación de la correcta expedición y de la consecuente recepción y no se exige, naturalmente, la comprobación del efectivo conocimiento del documento enviado que siempre exigiría la intervención y colaboración del receptor<sup>200</sup>. Por lo tanto, creemos que se debería considerar que el envío electrónico de la consulta estaba correctamente efectuado desde que el documento entrase efectivamente en la caja o buzón de correo electrónico del receptor y que el sistema comprobase tal recepción. Vale decir que, a nuestro juicio, la exigencia de la colaboración del receptor sería demasiado exigente en relación con las menores exigencias que se hacen al respecto para los envíos postales, y podría incluso conducir a malabarismos por parte del receptor que efectivamente recibió el documento pero prefiere simular que no lo ha recibido. De todas formas, la verdad es que si el receptor acusa recibo del documento, quedaría demostrado que realmente recibió el documento y, así, no vislumbramos ningún impedimento a su utilización en esta consulta. Además, la ley no impide tal utilización. Veamos.

Antes que nada, conviene mencionar que la consulta a los socios mediante la utilización de las nuevas tecnologías puede revestir, desde luego, en el estado actual de la técnica, tres formas distintas que tienen acogimiento diferente en la ley (señaladamente en el artículo 6 del Decreto-Lei 290-D/99, bajo el epígrafe

---

<sup>200</sup> En Portugal el envío de una carta certificada puede o no ser acompañada de acuse de recepción. Es decir, es posible enviar una carta certificada sin que sea devuelto al emisor un comprobante de la recepción por el receptor. La Ley portuguesa, por regla, no exige que los envíos se hagan mediante carta certificada con acuse de recepción. Simplemente impone que sean enviados por carta certificada. A respecto de los envíos de las cartas, en el ámbito de la adopción de acuerdos por escrito, la Ley habla, nuevamente, en envíos de cartas certificadas no exigiendo el dicho acuse de recepción.

“comunicación de documentos electrónicos”) y que conducen a soluciones distintas cuando se conjugan con el régimen societario.

Así, imaginemos una primera situación en que el socio envía al administrador el acuse de recibo de la lectura del email cuyo contenido integra la consulta. En esta situación resulta claro que se cumplió la voluntad exteriorizada por el legislador en artículo doscientos y cuarenta y siete, párrafo tres, del “Código das Sociedades Comerciais”, una vez que los socios recibieran la consulta. Se hace necesario, obviamente, que todos los socios hayan acordado que sea éste el medio a utilizar en las comunicaciones entre la sociedad y los socios y, para el efecto, que hayan indicado sus respectivas direcciones electrónicas. Sin embargo, se torna imprescindible verificar si tal situación no va a viciar de alguna manera el acuerdo social adoptado por voto escrito. El problema que se plantea es que el precepto – art. 247.3 “Código das Sociedades Comerciais” – se refiere expresamente a la formalidad de carta certificada. Así las cosas, parece que la carta certificada sería en principio el único medio aceptable por legislador para que el administrador de la sociedad de responsabilidad limitada pueda dirigir la consulta a los socios. Anótese que la consecuencia para la violación de este precepto legal sería la anulabilidad, con arreglo a lo dispuesto en el art. 58.1, a) “Código das Sociedades Comerciais”. Pero, ¿será que el envío del acuse de recibo electrónico no permitirá sustituir válidamente la carta certificada, es decir equipararse a ella, y permitir afirmar que el requisito de la carta certificada se encuentra verificado? El art. 6 del *Decreto-Lei* n.º 290-D/99 se refiere a la equiparación del envío de documentos electrónicos al envío postal. Refiere el párrafo primero de aquél artículo que el documento electrónico comunicado mediante telecomunicaciones se considera enviado y recibido por su receptor siempre que sea enviado para la dirección electrónica indicada por las partes intervinientes<sup>201</sup>. De la lectura del precepto citado fácilmente verificamos que el envío del documento electrónico en las condiciones anteriormente apuntadas equivaldría al envío postal por carta simple. Consecuentemente, la consulta enviada a los socios mediante documento electrónico así expedido no asegura las exigencias mínimas del artículo 247.3 CSC porque consubstancia una situación equiparable a la expedición postal simple y no a la expedición por carta certificada

---

<sup>201</sup> Refiere el artículo 6.1, del *Decreto-Lei* 290-D/99, que “o documento electrónico comunicado por meio de telecomunicações considera-se enviado e recebido pelo destinatário se for transmitido para o endereço electrónico definido por acordo das partes e neste for recebido”.

como exige la ley. Significa esto que un acuerdo social tomado por voto escrito y precedido de una consulta mediante correo electrónico, incluso con acuse de recibo electrónico por parte de todos los socios, origina un vicio de procedimiento derivado del imperfecto proceso de consulta a los socios y, como tal, contamina el acuerdo social que quedará viciado de anulabilidad, con todas las consecuencias consecuentes de tal hecho.

Analicemos ahora la posibilidad de que la consulta sea efectuada mediante documento electrónico dotado de firma reconocida a favor del administrador. En esta posibilidad es posible encuadrar aquella en que el destinatario acusa la recepción del documento electrónico que contiene la consulta a través del envío de un mensaje de confirmación dotado de la respectiva firma reconocida. Siguiendo la línea de pensamiento trazada al propósito de la primera posibilidad, debemos analizar si las conjeturas ahora delineadas merecen la misma suerte de aquella otra que, como vimos, abocaba a la anulabilidad. A nuestro juicio, y con los fundamentos aducidos enseguida, esta posibilidad no merece tal suerte. Efectivamente, nos parece que la consulta efectuada mediante documento electrónico dotado de firma reconocida no viola ningún precepto legal, por cuanto es la propia ley la que afirma que el envío de tales documentos así firmados equivale al envío postal certificado. Así resulta directamente del art. 6.3 *Decreto-Lei* 290-D/99, según el cual la comunicación efectuada por documento electrónico dotado con firma reconocida es equivalente al envío postal certificado; y si la recepción fue comprobada por un mensaje de confirmación dirigido al emisor por el receptor que revista forma idéntica, equivale al envío postal certificado con acuse de recibo<sup>202</sup>. Así las cosas, verificamos que la posibilidad ahora en análisis no solo cumple los requisitos exigidos en el art. 247.3 “*Código das Sociedades Comerciais*”, sino que los supera, ya que configura el acuse de recibo electrónico que, como ya dejamos claro, no forma parte de las exigencias legalmente expresadas. En conclusión, creemos que, si se producen estas circunstancias, es jurídicamente válido el envío de la consulta a los socios mediante correo electrónico con firma electrónica reconocida.

---

<sup>202</sup> Cfr. Art. 6/3 del *Decreto-Lei* 290-D/99, que refiere que “*a comunicação do documento electrónico, ao qual seja aposta assinatura electrónica qualificada, por meio de telecomunicações que assegure a efectiva recepção equivale à remessa por via postal registada e, se esta recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário que revista idêntica forma, equivale à remessa por via postal registada com aviso de recepção*”.

Sin embargo, si la recepción no fuese comprobada por un mensaje de confirmación suscrito con la firma electrónica reconocida, entendemos que nos encontramos ante un envío equivalente al del correo certificado, pero ahora sin acuse de recibo. Sin embargo, la aposición de la firma reconocida en el documento electrónico equipara plenamente el envío electrónico al envío postal certificado, no siendo, por lo tanto, necesario ningún mensaje de confirmación.

Fíjese además que es desde la fecha de expedición cuando se cuenta el plazo de quince días referido en el art. 247 “*Código das Sociedades Comerciais*” que, como se mencionó, después de realizado sin recibir quejas o negativas por parte del socio, dispensa de la realización de una reunión formal de la junta y consecuentemente vale como consentimiento a la aprobación del acuerdo social por voto escrito.

Podemos todavía imaginar una tercera vía para que el administrador haga la consulta a los socios a través de las nuevas tecnologías. Así, puede el administrador utilizar la comprobación electrónica llamada “*Marca de Dia Electrónica*” puesta en un documento electrónico<sup>203</sup>. Se trata de un servicio que se traduce en la aposición de una estampilla electrónica en un documento electrónico y que, a semejanza con el ya referido “Correo Electrónico Seguro” y “Apartado Postal Electrónico”, pretende alcanzar dos objetivos distintos: la veracidad de hora y fecha del envío del documento – y consecuentemente la veracidad del propio envío– y la integridad del contenido del documento<sup>204</sup>. La característica principal de este servicio reside en la capacidad probatoria que reviste en cuanto a la práctica del acto – del envío – y a la fecha y hora de tal práctica. Este servicio se asemeja sustancialmente al correo certificado pero ahora en el ámbito electrónico. Así, vale decir que la “*Marca de Dia Electrónica*” es emitido por una tercera entidad de confianza, en su caso los “CTT”. La utilización de este servicio no se encuentra, por ahora, disponible al público en general, sino solamente a los abogados titulares del llamado “certificado profesional de la Orden de los

---

<sup>203</sup> Es un servicio proveído por la “*CTT – Correios de Portugal, S.A.*” y con el auxilio técnico de la “*Multicert – Serviços de Certificação Electrónica, S.A.*”. La utilización del servicio de “*Marca De Dia Electrónica*” implica una previa adhesión al mismo. La referida adhesión puede ser efectuada en el site disponible al efecto, <https://sce.ctt.pt/mdde/new.html> (ultimo acceso abril 2010). Junto a la adhesión, la utilización del servicio exige la reunión de determinados pre-requisitos tales como: poseer una cuenta y una dirección electrónica, software de correo electrónico, acceso a Internet y, actualmente, certificado profesional de la Orden de los Abogados. Cfr. [https://sce.ctt.pt/mdde/html/mdde\\_manual.html](https://sce.ctt.pt/mdde/html/mdde_manual.html), (ultimo acceso abril 2010).

<sup>204</sup> La veracidad de la hora y fecha del envío concreta el contenido del art. 2, línea u) y la integridad del documento respeta al art. 6/5, ambos del *Decreto-Lei* n.º 290-D/99, de 2 de agosto.

Abogados”<sup>205</sup>. En un futuro próximo, la utilización de este servicio quedará disponible para las empresas y para el público en general y, llegada esa fecha, no habrá razones para distinguir el correo postal certificado del correo electrónico certificado. Justamente, la “*Marca do Dia Electrónica*” consiste, actualmente, en el medio técnico que mejor desarrolla el contenido del art. 6.2, alinea u) ambos del *Decreto-Lei n.º 290-D/99*. Es, en verdad, un ejemplo claro de un servicio que integra el concepto de validación cronológica enunciado en aquellos preceptos legales. Resulta manifiestamente de las mencionadas normas, que los efectos que derivan de la expedición de documentos electrónicos que contienen validación cronológica son semejantes a aquellos que resultan de la utilización del correo certificado y, por eso, no se conciben tratamientos jurídicos distintos entre ambos. Así las cosas, no se plantean dudas de que tienen que ser eficaces ante las partes intervinientes y los terceros la fecha y la hora de la creación, la expedición y recepción de un documento electrónico que contenga la validación cronológica.

En conclusión, los efectos de la carta certificada consisten, en el ámbito de la consulta a los socios, en el hecho de que el administrador pueda auscultar la voluntad de los socios para dispensar la adopción del acuerdo social en contexto natural de la reunión de la Junta General. Como apuntamos, este acuerdo solamente será válido si reúne los requisitos legalmente exigidos, lo que nos conduce a la necesidad de que la consulta a los socios se realice mediante carta certificada sin necesidad de que los socios expidan el acuse de recibo (como ya se apuntó, en nota de pie, en Portugal existe la posibilidad de se enviaren cartas certificadas por los correos sin que sea enviado cualquier acuse de recibo – además verificamos que lo que la Ley exige, en la mayoría de las situaciones, es que la carta sea certificada, no se exigiendo, por lo tanto, el acuse de recibo). En este proceso interviene solamente la entidad que emite la certificación. Jurídicamente, lo dicho significa que la consulta dirigida a los socios mediante documento electrónico que contenga la referida “validación cronológica” implica que

---

<sup>205</sup> La utilización del servicio de “*Marca Do Dia Electrónica*” implica una previa autorización junto a la entidad con la cual ha sido celebrado el contrato de adhesión. La autorización referida se basa en un pedido de una autorización de emisión de un certificado digital de identidad. Actualmente el contrato de prestación de servicios ha sido solamente celebrado con la “Orden de los Abogados” y, por eso, se designa por “certificado profesional de la Orden de los Abogados”. En breve serán realizadas autorizaciones para otras entidades. Cfr. <https://sce.ctt.pt/registration/new.html> (ultimo acceso en abril de 2010).

los efectos de la expedición del documento sean oponibles a los socios, pues se puede comprobar la recepción del documento y presumir su conocimiento, es decir, la consulta.

De modo que en los dos últimos casos analizados se cumplirían las exigencias legales para efectuar una consulta válida a los socios y, por eso, la expresión “carta certificada” que consta en el precepto legal debe ser interpretada de forma extensiva y actualizada de manera que pueda abarcar igualmente el envío de los documentos electrónicos dotados de la firma reconocida o de la “*Marca do Dia Electrónica*”.

Si el administrador debe consultar a los socios sobre su consentimiento a la dispensa de la reunión de la junta para adoptar acuerdos, debemos indagar ahora cuál es el medio adecuado para la formalización de la respuesta del socio. La ley no contempla este aspecto, por lo que estaría admitiendo que el silencio del socio implica el consentimiento del socio a la dispensa de la reunión de la junta. Así las cosas, creemos que el socio puede responder a través de cualquier medio que sirva para manifestar su voluntad. La importancia de la respuesta es evidente si el socio no consiente la adopción de acuerdos mediante el procedimiento escrito, esto es, dispensando la celebración de la reunión de socios en Junta General. Por eso, en su caso, y teniendo en cuenta que el silencio es equivalente al asentimiento a la dispensa de la reunión de la junta, el socio debería tomar precauciones para confirmar que su respuesta es efectivamente recibida por el órgano de administración. De todas las maneras, es una materia que queda completamente a la libre voluntad y autonomía de los socios, por lo que no tiene que revestir formalidades específicas. Así, los socios podrían utilizar, entre otros medios, el correo electrónico, el cual no necesita de cualquier firma reconocida o de la validación cronológica. Sin embargo, para evitar problemas de prueba en relación con la recepción de los mensajes de los socios, entendemos que la utilización de los medios tecnológicos debería ser objeto de acuerdo, fijándose en los estatutos la forma o formas de comunicación admisibles entre la sociedad y los socios.

Una vez concluida la consulta a los socios, debe el administrador proceder al envío de la concreta propuesta del acuerdo a adoptar, debidamente acompañada de todas las informaciones necesarias para explicar la propuesta de acuerdo social y permitir el voto informado de los socios. Una vez más, la ley omite totalmente la forma en que el órgano de administración debe enviar la propuesta de acuerdo social. Al respecto refiere



PINTO FURTADO que se debería utilizar el mismo medio que se utilizó en la consulta sobre la dispensa de la reunión de la Junta<sup>206</sup>. Por nuestra parte, coincidimos con esta interpretación y consideramos así que el administrador puede recurrir bien a la carta certificada o bien a los medios electrónicos. Incluso podría prever una forma preferencial de envío, ya que el principal obstáculo apuntado a la adopción de pactos sociales por voto escrito es precisamente la eventual necesidad de enviar a todos los socios una cantidad enorme de información, lo que puede no ser cómodo o siquiera posible cuando son muchos socios o cuando la información es demasiada<sup>207</sup>.

El tema central de este trabajo reside en evaluar la utilización de las nuevas tecnologías en el funcionamiento de las sociedades mercantiles. Vimos que la utilización de estos métodos es, además, una demanda del legislador comunitario. Tuvimos ocasión de exponer anteriormente que la UE viene insistiendo en la utilización de las nuevas tecnologías a favor de la flexibilización de las nuevas tecnologías. Creemos, por eso, que esta posibilidad que ahora planteamos va al encuentro de las pretensiones del legislador comunitario.

Añade a lo dicho que la posibilidad de sustituir las cartas certificadas por correos electrónicos, desde que garantizada la respectiva seguridad – como pensamos que se quedó verificado -, acarrea inúmeras ventajas de las cuales volvemos a resaltar las dos más obvias: disminución de costes y tiempo.

### **3. El régimen francés**

Avanzamos arriba que nos iríamos a detener sobre los regímenes jurídicos en torno a España con el intuito de averiguar si tenían previsto la adopción de acuerdos sociales sin necesidad de la realización de reunión. Verificamos ya lo que sucede en el régimen portugués. Avancemos ahora para el sistema jurídico francés.

---

<sup>206</sup> Cfr., FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto, *Deliberações de Sociedades Comerciais...*, cit., p. 472 que afirma claramente que “só poderia utilizar-se o mesmo meio que ficou estabelecido para a consulta.”

<sup>207</sup> En las palabras de RAÚL VENTURA “o ponto mais fraco do sistema de voto escrito reside na necessidade do envio dos elementos necessários para esclarecer a proposta visto que esse envio pode não ser cómodo ou nem sequer possível”. Cfr. VENTURA, Raúl, *Sociedade por Quotas*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2006, página 182.

El *Code de Commerce* hace referencia directa a la posibilidad de que los socios de las sociedades en nombre colectivo (artículo L 221-6)<sup>208</sup>, de las sociedades en comandita simple (artículo 222-5)<sup>209</sup>, de las sociedades de responsabilidad limitada (artículo L-223-27)<sup>210</sup> y de las sociedades anónimas simplificadas (*sociétés par actions simplifiées*) (artículo L-227-9)<sup>211</sup> pueda adoptar acuerdos sociales sin la necesidad de celebraren una junta, en el sentido de reunión de los socios en asamblea.

Antes que nada, es importante señalar, al igual con lo que se verifica en el régimen portugués, la adopción de acuerdos por escrito es una mera posibilidad y no una imposición a las sociedades comerciales. Los socios pueden, por lo tanto, admitir o no en los estatutos esta forma de adopción de los acuerdos sociales.

Así, resulta inmediatamente del *Code de Commerce*, en relación con las sociedades en nombre colectivo, que si los estatutos no hacen referencia a la posibilidad de que los socios adopten acuerdos por escrito no lo podrán hacer, ya que refiere la precitada norma que los estatutos pueden estipular que los acuerdos sean adoptados mediante consulta escrita a los socios. Además de la norma estatutaria se desprende otro requisito adicional: ningún socio debe manifestarse contra la adopción del acuerdo por escrito, o, dicho de otro modo, ningún socio debe reclamar la reunión de la asamblea, en cuyo caso no será lícito dispensar la celebración de la reunión de la junta. Solamente verificados los dos requisitos anteriores es posible adoptar el acuerdo por consulta

---

<sup>208</sup> El art. L221-6, del *Code de Commerce*, refiere que “*les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent. Les statuts peuvent également prévoir que les décisions sont prises par voie de consultation écrite, si la réunion d'une assemblée n'est pas demandée par l'un des associés*”.

<sup>209</sup> Al respeto, menciona el art. L222-5, del *Code de Commerce*, refiere que “*les décisions sont prises dans les conditions fixées par les statuts. Toutefois, la réunion d'une assemblée de tous les associés est de droit, si elle est demandée soit par un commandité, soit par le quart en nombre et en capital des commanditaires*”.

<sup>210</sup> Véase el art. L223-27, del *Code de Commerce*, modificado por la Ley n.º 2008-776, de 4 de agosto de 2008, que refiere que “*les décisions sont prises en assemblée. Toutefois, les statuts peuvent stipuler qu'à l'exception de celles prévues au premier alinéa de l'article L. 223-26 toutes les décisions ou certaines d'entre elles peuvent être prises par consultation écrite des associés ou pourront résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte*”.

<sup>211</sup> Sobre las llamadas *Sociétés par actions simplifiées* estipula el art. L227-9, del *Code de Commerce*, modificado por el artículo 59.º de la Ley n.º 2008-776, de 4 de agosto, que “*les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient. Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés*”.

escrita a los socios de sociedades colectivas. Adviértase además que la ley avanza como única posibilidad de sustituir la reunión de la junta de socios en estas sociedades colectivas el sistema de la consulta escrita a los socios. No hace referencia expresa a la posibilidad de que los socios consintieren en un único acto la aprobación de una determinada propuesta, al contrario de lo que sucede en las normas legales de las sociedades de responsabilidad limitada como veremos en seguida.

Tal como ya adelantamos, el *Code de Commerce* no se pronuncia expresamente acerca de cuáles son, en concreto, los procedimientos que los socios deben cumplimentar en esta consulta escrita. Sin embargo, creemos que no es difícil percibir cuál es la principal exigencia: que todos los socios sean consultados y que tal consulta se haga por escrito. El legislador deja a la esfera de la libertad de los socios los trámites referentes al procedimiento en la adopción de acuerdos por escrito. No obstante, creemos que es importante que los estatutos fijen, aunque no sea de una forma muy rígida, las reglas que se deben seguir en tal consulta. Así lo exige la necesidad de garantizar la máxima seguridad a los socios, especialmente en una sociedad que presenta un régimen de responsabilidad particularmente gravoso para los mismos. No obstante, comprendemos que no será fácil que las sociedades describan de forma muy detallada todos los trámites, pues habrá que adecuar las necesidades, la técnica y hasta la propia naturaleza y el grado de importancia del acuerdo al medio utilizado. Por ello precisamente entendemos que los estatutos deben regular –si permiten la adopción de acuerdos por escrito- un elenco de posibilidades para que los socios puedan ser consultados para adoptar decisiones por escrito en sede de junta, fijando con detalle los trámites necesarios. Así se podrá garantizar mejor la seguridad de todos los socios (actuales y potenciales). Sobre el soporte en que se debe materializar la exigencia escrita de la consulta, como venimos defendiendo, consideramos perfectamente posible la utilización de medios electrónicos. Vale para este procedimiento, con las necesarias adaptaciones, lo referido sobre la equivalencia entre documentos escritos en papel y documentos electrónicos y sobre las firmas electrónicas.

A su vez, en las sociedades en comandita simples el precepto legal indica que los acuerdos sociales serán adoptados de acuerdo con lo establecido en los estatutos. Justamente al admitir que los estatutos podrán estipular las formas de deliberar admite, claramente, la adopción de acuerdos recurriendo a la forma escrita. Importa resaltar que

el legislador a pesar de conceder una gran libertad a los socios, salvaguarda el derecho de cualquier socio colectivo a exigir que el acuerdo sea adoptado en contexto de reunión de la junta. Este derecho de solicitar la reunión de socios en junta asiste igualmente a los socios comanditarios siempre que representen una cuarta parte del capital social y se correspondan con una cuarta parte de los socios que revisten tal naturaleza (exigencia de naturaleza material y personal).

Lo expuesto permite concluir que, en las sociedades en comandita simples, es posible sustituir la reunión de la Junta General por un sistema de adopción escrita de acuerdos sociales. Sin embargo, no permite la Ley que los socios estipulen en los estatutos que se queda excluida la posibilidad de se adoptaren acuerdos mediante el método de reunión. Significa esto que el legislador no permite que los socios simplemente terminen con la posibilidad de se adoptaren acuerdos en contexto de junta.

Podemos igualmente concluir que el legislador dotó de libertad cuasi plena en este tipo societario en lo que concierne a las formas de adoptar los acuerdos sociales. Por todo esto, es posible afirmar que la utilización de los medios tecnológicos es perfectamente aceptable en este ámbito. Sobre la necesidad de que los estatutos describan con mayor o menor precisión los métodos y procedimientos para adoptar los acuerdos de forma escrita, podemos traer a colación lo arriba referido para las sociedades de responsabilidad colectiva.

En las sociedades de responsabilidad limitada el legislador ha previsto dos métodos de sustitución de la reunión de la Junta General en los procesos de adopción de los acuerdos sociales. Así, el acuerdo social puede resultar de la ya mencionada consulta escrita a los socios o del consentimiento de todos los socios expresado en un único acto. Nos encontramos así ante dos modalidades distintas. Sin embargo, es pertinente cuestionar, de entrada, si las sociedades tienen a su disposición otra u otras formas de adoptar acuerdos sociales más allá de las tres que resultan directamente de la ley. Creemos que no. En efecto, el legislador francés al establecer visibles diferencias en la redacción de los preceptos legales que se refieren al asunto ahora en análisis, persigue establecer un elenco taxativo con relación a las modalidades admitidas para la adopción de los acuerdos sociales de las sociedades de responsabilidad limitada; al contrario de lo que ocurre, como vimos, en las sociedades en nombre colectivo y en las sociedades en comandita simples y, como veremos adelante, en las *Sociétés par actions simplifiées*. En

nuestra opinión, la ley es clara al referir que los estatutos pueden estipular, para la mayor parte de los asuntos, que los acuerdos sociales podrán ser adoptados, además de mediante la reunión de la junta de socios, por consulta escrita o mediante un consentimiento expreso de todos los socios<sup>212</sup>, y que, por lo tanto, no se admiten otras formas de deliberar.

Respecto del procedimiento consistente en el consentimiento expreso de los socios, procede averiguar en qué consiste y cómo se hace. Del precepto legal solamente deducimos que el consentimiento tiene que ser expreso, en un solo acto y debe ser otorgado por todos los socios. Ya hablamos en este trabajo de un procedimiento semejante en el seno del ordenamiento jurídico portugués cuando hicimos referencia a la adopción de acuerdos sociales por deliberación unánime de los socios<sup>213</sup>.

Ya que se aprecia una verdadera semejanza entre los dos ordenamientos jurídicos, creemos que lo anteriormente dicho al respecto de las deliberaciones unánimes por escrito se puede recoger y aplicar aquí. Así las cosas, concluimos diciendo solamente que, por un lado, se trata de un acuerdo que tiene que recoger el consentimiento unánime de los socios y, por tanto, es suficiente que uno de ellos no se encuentre de acuerdo para impedir la utilización de esta forma de adopción de acuerdos sociales; y por otro lado, que el consentimiento debe ser expreso, otorgado por escrito. Por cuanto a la formalidad necesaria para obtener el consentimiento de los socios, creemos que resulta en todo caso necesaria la forma escrita; aunque la ley no haga referencia expresa a tal exigencia, de forma implícita se percibe que el legislador hace referencia a dicha exigencia. Otra cosa es el soporte que contiene el acuerdo y el consentimiento de los socios. Naturalmente, y en la senda de todo lo dicho hasta ahora, admitimos la utilización de las nuevas tecnologías y, consecuentemente, de los documentos electrónicos vehiculados por correo de la misma naturaleza. La justificación para esta admisión es la misma que ya avanzamos anteriormente, añadiendo el hecho de que en el ordenamiento jurídico francés no sólo no se prohíbe la utilización de estos medios tecnológicos, sino que se trata de un sistema jurídico

---

<sup>212</sup> Cfr. Art. L.223-27, primero párrafo, del *Code de Commerce* que refiere que “*Les décisions sont prises en assemblée. Toutefois, les statuts peuvent stipuler qu’à l’exception de celles prévues au premier alinéa de l’article L. 223-26 toutes les décisions ou certaines d’entre elles peuvent être prises par consultation écrite des associés ou pourront résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte*”.

<sup>213</sup> Vd. Capítulo III, título I, punto 2.1.

pionero en su consagración e implementación, por ejemplo, en las normas de funcionamiento de las juntas generales.

Otro tipo societario que admite asimismo la adopción de acuerdos sociales fuera del contexto de la reunión de la Junta General es un tipo simplificado de sociedades anónimas existente en el ordenamiento jurídico francés. En las denominadas *Sociétés par actions simplifiées* rige el artículo L.227-9 del *Code de Commerce*, que remite a lo que disponga los estatutos en relación con las formas de adopción de los acuerdos sociales<sup>214</sup>. Se trata de una norma muy amplia que admite todas las formas que los socios entiendan como buenas para la adopción de sus acuerdos<sup>215</sup>. Más que eligieren las formas de adopción de los acuerdos sociales, el legislador permite que sean los socios a definir cuáles son los asuntos que se quedan bajo las decisiones de los socios. El legislador simplemente busca asegurar que los acuerdos sobre determinados asuntos sean adoptados colectivamente por los socios (mediante cualquier una de las formas que permitan atingir una decisión colectiva)<sup>216</sup>. Es así posible retirar tres ideas clave del régimen francés: 1) la sociedad, en los respectivos estatutos, tendrá el poder de definir cuáles serán los asuntos que se quedan bajo la competencia decisoria de los socios y aquellos que serán decididos por otro órgano; 2) sin embargo, los estatutos tienen que respetar el contenido del art. L.227-9, párrafo 2, que impone la obligación de determinados asuntos se quedaren bajo la responsabilidad de los socios, es decir que sean decididos colectivamente por los socios (independientemente de la forma utilizada en la adopción del acuerdo, desde que permite concretizar la colegialidad), no siendo posible que los estatutos releguen su tratamiento a otros órganos; 3) compete a los estatutos de la sociedad fijar las formas de adopción de acuerdos sociales que podrán o

---

<sup>214</sup> Para un estudio más profundo sobre este tipo societario *vid.* COURET, Alain, *et al. Société par actions simplifiée*, Collection « Pratique des affaires », Paris, 1994 ; VIDAL, Dominique, *La société par actions simplifiée : (commentaire de la loi 94-1 du 3 janvier 1994)*, Paris, 1994 ; MASQUELIER, Frédérie y KERGUNIC, Nicolas, *SAS – Société par actions simplifiée (création, gestion, évolution)*, Delmas, 2005.

<sup>215</sup> Cfr. artículo L.227-9, del *Code de Commerce*, modificado por la Ley n.º 2008-776, de 4 de octubre de 2008, que menciona en su primero párrafo que “*les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu’ils prévoient*”.

<sup>216</sup> Asuntos relacionados, entre otros, con el aumento o reducción del capital social, con la fusión, escisión, disolución o transformación en otro tipo social, con la propuesta para nombrar los fiscales-audidores de las cuentas, con la aprobación de los informes de las cuentas anuales y con la distribución de ganancias. Cfr. Art. L.227-9, segundo párrafo, que refiere precisamente que “*les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d’augmentation, d’amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de transformation en une société d’une autre forme, de nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés*”.

no incluir la exigencia de realización de reunión. En conclusión, cuando el legislador habla, en el dicho párrafo 2, del art. L.227-9, que determinados asuntos serán “ejercidos colectivamente por los socios” no quiere referir que tendrán de ser discutidos y adoptados en sede de Junta General, sino que tendrá que ser adoptados mediante una forma, libremente estipulada en los estatutos, que permita tal colegialidad.

Se trata, sin dudas de una sociedad que se basa sobre todo en el principio de la libertad contractual, remitiendo a la autonomía de la voluntad de los socios reflejada en estatutos la regulación de sus relaciones<sup>217</sup>.

Los socios disponen así de libertad en la definición de la forma de adopción de acuerdos sociales más conveniente para la sociedad y para los socios. Hay que señalar una diferencia sustancial en la redacción de esta norma legal con las redacciones de las normas legales sobre adopciones de acuerdos sociales en relación con las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple y de responsabilidad limitada. En éstas el legislador francés siempre consagró como principal forma de adopción de acuerdos sociales la Junta General y como excepción las otras. Véase que incluso en el ámbito de las sociedades en comandita simples, donde la ley refiere expresamente que los acuerdos son adoptados en las condiciones estipuladas en los estatutos, se consagra que la Junta General es un derecho de los socios y por lo tanto puede ser exigida por éstos. Sin embargo, en las *Sociétés par actions simplifiées* el legislador admite que los todos los acuerdos sociales puedan ser adoptados fuera del ámbito de la reunión de la Junta General. Vale decir que, el legislador admite así que los socios excluyan la reunión de la Junta General como forma de adoptar el acuerdo. La verdad es que la ley solamente exige que algunos asuntos sean adoptados colectivamente por los socios; es decir, mediante la reunión de la junta convocada y celebrada con todas las formalidades legales o mediante cualquier otra forma que, de acuerdo con lo estipulado en los estatutos, permite adoptar una decisión de forma colectiva. De hecho, es perfectamente posible imaginar formas de deliberar y adoptar acuerdos fuera del contexto ordinario de la junta, que asegure que los acuerdos sean adoptados colectivamente por los socios<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> Cfr. SALGADO SALGADO, María Beatriz, «La société par actions simplifiée: la estructura más flexible del derecho de sociedades francés», *Revista de derecho mercantil*, n.º 241, 2001, 1515-1538.

<sup>218</sup> La ley francesa relativa a las sociedades por acciones simplificadas garantiza una libertad muy grande para que los socios puedan expresar la voluntad social. Efectivamente, se permite que sean los estatutos los que prevean la mayor parte de las reglas de funcionamiento de la sociedad. En conexión con el derecho de los socios a ejercer colectivamente el derecho de adoptar acuerdos sociales sobre

Concluimos pues que en las *Sociétés par actions simplifiées* el legislador francés propone un régimen jurídico deliberativo completamente diferente del normal o habitual en las sociedades comerciales, una vez que, por una parte, no fija un elenco de competencias de los socios y, por otro lado, relativamente a adopción de acuerdos sociales no la basa en una reunión de socios (admitiéndola, claro; pero no la impone en ninguna situación), permitiendo incluso que los estatutos excluyan totalmente la realización de reunión como una de las formas de adopción de acuerdos sociales. Sin embargo, nótese que, pese a que no fije un elenco extenso de competencias de los socios siempre asegura que los acuerdos sobre determinados asuntos tienen que ser adoptados colectivamente por los socios, mediante cualquier forma que concretice dicho intento. Quiere decirse con ello, que el legislador francés entiende que el referido principio de la colegialidad puede ser alcanzado también fuera del contexto de la reunión, por ejemplo por escrito.

---

determinados asuntos, se ha abordado por la jurisprudencia la siguiente cuestión: una determinada sociedad previó en sus estatutos, tal como sucede en muchas de ellas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo L227-16 del *Code de Commerce*, una cláusula de exclusión de socios y otra que privaba al socio del derecho de voto en la decisión de su propia exclusión de la sociedad. La cuestión que se planteó ante el tribunal fue saber si es o no posible que el socio sea privado del derecho de voto teniendo en cuenta la existencia del artículo 1844-1 del Código Civil Francés, que determina que todos los socios tienen el derecho de participar en los acuerdos sociales. La *Cour de cassation* derogó la decisión de la *Cour d'appel de Douai* que se había pronunciado sobre la sentencia del *Chambre Commerciale du 23 octobre 2007 (Pourvoi n.º 06-16.537)*. El Tribunal Supremo de Francia decidió que, siempre que los estatutos de una sociedad por acciones simplificada prevean que la exclusión de un socio queda bajo decisión colectiva de los socios, el socio que va a ser excluido tiene el derecho de participar en la adopción del acuerdo de exclusión y de votar. Solamente así se verificaría el cumplimiento del artículo 1844-1, del Código Civil Francés. Ha entendido, pues, el Supremo Tribunal que este principio no es derogable. Sin embargo, si los socios prefirieren que tal asunto no se quede bajo la decisión colectiva de los socios mediante reunión de la junta – ya que no se trata de un asunto que tiene que ser decidido obligatoriamente “de forma colectiva” por los socios – entonces pueden, en el ámbito de la libertad contractual, delegar la competencia de tal decisión a otro órgano, como por ejemplo, al presidente del órgano de administración que, antes de decidir, tendría que oír al socio a excluir. Contra esta solución se manifestó anteriormente la Corte de Apelación, que entendió precisamente que tal principio (derivado del artículo 1844-1 del Código Civil Francés) no era absoluto y, por lo tanto, podría ser derogado por la voluntad de los socios. Más, entendió tal Tribunal que en su caso era perfectamente perceptible que el socio no pudiese votar ya que lo mismo detenía un porcentaje del capital social equivalente a dos tercios y, por lo tanto, nunca podría ser excluido si pudiese votar en su propia exclusión.

Nosotros entendemos las cosas de otra manera. Por una parte, creemos que la participación en la adopción de los acuerdos sociales no se resume solamente en el voto y, por otra parte, creemos que existen situaciones en que claramente se verifica un conflicto de intereses en la votación del socio y el interés de la sociedad y, en su caso, pensamos que el socio debería efectivamente estar privado del ejercicio de su derecho de voto (cfr., art. 190/1 LSC antiguo 52.1 LSRL española de 1995). Sin embargo, ese mismo socio podría participar en la adopción del acuerdo nombradamente a través de la discusión previa del asunto. Así, podría intentar convencer los restantes socios de su opinión. Cfr. *Audience Publique du 23 de octobre 2007 du Cour de Cassation* disponible en [http://www.juritel.com/Ldj\\_html-1263.html](http://www.juritel.com/Ldj_html-1263.html).



#### 4. El régimen italiano

Estudiemos ahora los trazos generales del régimen jurídico italiano a respecto de la posibilidad de la adopción escrita de acuerdos sociales.

Desde la reforma del Derecho Societario en vigor desde enero de 2004<sup>219</sup> el régimen jurídico italiano prevé, para las sociedades de responsabilidad limitada, en el art. 2479 del *Codice Civile*<sup>220</sup>, la posibilidad de que los estatutos puedan prever que “*le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. In tal caso dai documenti sottoscritti dai soci devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa*”<sup>221</sup>. Verificamos de entrada que el artículo permite dos alternativas al método de asamblea: la llamada “*consultazione scritta*” y el denominado “*consenso espresso per iscritto*”. Resulta además de los preceptos legales que tales alternativas al método de la asamblea se encuentran sujetas a algunos requisitos. Así las cosas, es necesario primeramente que tal alternativa quede expresamente estipulada en los estatutos de la sociedad, esto es, que los estatutos prevean que los socios adopten acuerdos sociales mediante consulta escrita o a través del consenso expresado por escrito. En segundo lugar, no todos los asuntos pueden ser decididos mediante tales métodos escritos. Efectivamente, la ley exige la celebración de reunión de la Junta General, apartando la posibilidad de cualquier otra forma de adoptar el acuerdo, cuando tal forma asamblearia sea solicitada por uno o mas administradores o por uno o más socios que representen, al menos, un tercio del capital social y, asimismo, cuando el asunto a decidir sea uno de los siguientes: modificación de los estatutos, ejecución de operaciones que comporten una alteración sustancial del objeto social o una relevante modificación de los derechos de los socios. Esta imposición legislativa de que los socios sigan el método de asamblea en determinadas situaciones, nos permite concluir que, no obstante la introducción de los nuevos métodos, el método preferido del legislador italiano continua siendo el método

---

<sup>219</sup> Cfr. Decreto Ley n.º 6/2003.

<sup>220</sup> Alterado por el Decreto Legislativo n. 39 de 27 de enero de 2010. Este diploma no alteró el precepto en análisis en la materia que aquí tratamos ahora.

<sup>221</sup> Sobre el asunto cfr. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in Trattato Galgano, XXIX, t. I, Padova, Cedam, 2005.

de la asamblea, como se prueba por el hecho de imponerlo como único método posible y capaz para decidir los asuntos más importantes de la sociedad<sup>222</sup>.

Al respecto, refiere la doctrina italiana más autorizada que existe una reserva de la ley a favor del método tradicional, Junta General, para adoptar las decisiones de la Junta sobre determinados asuntos<sup>223</sup>. Podemos, por lo tanto, afirmar que, al contrario de lo que sucede en relación con las *Sociétés par actions simplifiées* francesas, no es admisible que los socios de las sociedades de responsabilidad limitada italianas sustituyan por completo la adopción de decisiones mediante reunión de la Junta General. Sin embargo, el legislador italiano percibió que en muchas situaciones no se produce la necesidad de realizar una Junta General con todas las demoras y costes inherentes y, por eso, admitió otros medios alternativos<sup>224</sup>. La verdad es que, en determinados asuntos, la celebración de una Junta General tradicional puede incluso resultar exagerada ante el hecho de la simplicidad del asunto a discutir, sobre todo si existe un acuerdo o consenso previo de los socios sobre ello; algo que frecuentemente ocurre en sociedades cerradas, con un número reducido de socios. Así, todo el formalismo y procedimiento necesarios para la celebración de la junta puede ser desajustado, por exagerado, para la adopción de un determinado acuerdo. GUERRIERI refiere en este sentido que la celebración de la junta en determinados asuntos puede resultar “*una palese sovrastruttura e un vuoto rito*”<sup>225</sup>.

Tal como resulta de lo anteriormente referido, el régimen jurídico italiano distingue, fuera del contexto de reunión, entre dos modalidades posibles para la adopción de los acuerdos sociales: la “*consultazione scritta*” y el “*consenso espresso per scritto*”<sup>226</sup>. Sin embargo, las diferencias entre ambas figuras no se desprenden directamente de la ley. Justamente, la tarea de intentar distinguir una figura de otra tiene

---

<sup>222</sup> En este sentido cfr. PATTI, I diritti dei soci e l'assemblea nella nuova disciplina della S.r.l., in *Le Società*, 2005, página 440.

<sup>223</sup> A propósito refiere SALDATI que existe una “*espressa riserva di legge in favore della tradizionale modalità di formazione del consenso assembleare*”, cfr. SALDATI, «Il processo di formazione delle decisioni dei soci», in *Diritto e Pratica delle Società*, 2005, dossier n.º 1, abril, página 47.

<sup>224</sup> Cfr. GUERRIERI, Sub artigo. 2479, in AAVV., *Il nuovo diritto delle società*, bajo la coordinación de Maffei – Albert, Padova, 2005, Vol. III, página 2030.

<sup>225</sup> Cfr. GUERRIERI, Sub artigo. 2479, in AAVV., *Il nuovo diritto delle società*, bajo la coordinación de Maffei – Albert, Padova, 2005, Vol. III, página 2030.

<sup>226</sup> Sobre la distinción entre una y otra modalidad cfr. MANZO, «Commento all'art. 2479», in *La riforma del diritto societario*, bajo la coordinación de Lo Cascio, vol. 8, 2003, página 258 y, con opinión diferente, CAROTTI, «La nuova disciplina dell'assemblea nelle s.r.l.», in *Corr. Trib.*, 2004, n.º 27, página 2109.

dividida a la doctrina científica, que no presenta una opinión clara y unánime sobre el asunto.

Así las cosas, unos autores entienden que la principal diferencia entre las dos figuras reside en el hecho de que en la “*consultazione scritta*” el acuerdo de los socios a la propuesta se realiza en un único documento, mientras que en el “*consenso espresso per scritto*” es necesario que los socios envíen a los administradores su propio consenso en un documento autónomo, es decir, distinto de aquel en el que se realiza la propuesta<sup>227</sup>.

Para otros, la diferencia reside en la posibilidad o en la imposibilidad de cambiar la propuesta durante los trámites de su adopción; es decir, en la “*consultazione scritta*” sería posible alterar la propuesta durante el procedimiento inherente al voto, mientras que en el “*consenso espresso per scritto*” los socios solamente podrían adherirse a una propuesta ya definida desde la Administración. Entonces, según esta tesis la “*consultazione scritta*” presume la circulación de un proyecto o propuesta del acuerdo entre todos los socios que son llamados a opinar, proponiendo por ejemplo enmiendas o cambios sobre el acuerdo, y solamente después de tal circulación entre los socios se podrá formular una propuesta definitiva<sup>228</sup>.

Otra orientación afirma que el “*consenso espreso per scritto*” exige la redacción de un acuerdo ya definitivo enviado a los socios para que, a través del voto, se manifiesten sobre la aprobación o no del acuerdo propuesto. Diversamente, en la “*consultazione scritta*” existe una previa consulta a los socios que son llamados a hacer un comentario sobre la propuesta de deliberación y después de reunidos todos los comentarios previamente hechos se redacta la propuesta definitiva que será sometida a votación de los socios.

Muy semejante a esta última orientación es una variante que en relación a la “*consultazione scritta*” distingue claramente los dos momentos anteriormente señalados, es decir, la consulta que solicita argumentos sobre la propuesta de acuerdo ocurre en un momento forzosamente anterior a aquel en que la propuesta ya definitiva es sometida a

---

<sup>227</sup> Cfr. FUSI - MAZZONI, *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, página 66.

<sup>228</sup> DE ANGELIS, «Srl, si vota a maggioranza variabile – il nuovo diritto societario», in *Italia oggi*, de 4 de marzo de 2003, página 31, disponible a través de la página web, consultada por la última vez en Maio 2009, [http://www.italiaoggi.it/giornali/preview\\_giornali](http://www.italiaoggi.it/giornali/preview_giornali).

votación. Existen, por tanto, dos momentos netamente distintos que no tienen obligatoriamente que solaparse, sino que suceden de forma sucesiva.

A pesar de la existencia de distintas posturas doctrinales, parece que la doctrina es unánime en considerar que en ambas modalidades de acuerdo por escrito es necesario que todos los socios sean informados de la adopción escrita del acuerdo social y que todos ellos puedan participar. Así, queda descartada *ab initio* la teoría que afirma que la diferencia entre las dos “*fattispecie*” reside en el hecho de en la “*consultazione scritta*” es necesario consultar a todos los socios y en el “*consenso espresso per scritto*” solamente sería necesario recoger los votos suficientes, de acuerdo con la mayoría prescrita, para aprobar el asunto en discusión. Estamos de acuerdo con la gran mayoría de la doctrina italiana que sustentan que, efectivamente, esta solución no respeta los derechos básicos de los socios, ya que la previa información a todos los socios es un requisito imprescindible en las adopciones de los acuerdos sociales fuera del contexto ordinario o natural de la junta<sup>229</sup>.

Finalmente, la cláusula estatutaria que prevea la posibilidad de que los socios adopten los acuerdos sociales a través del método escrito, no tiene necesariamente que hacer referencia a todos y cada uno de los trámites que deben ser cumplidos. Ante la posible omisión estatutaria de los requisitos a seguir, entendemos que son legítimos todos los métodos que garanticen la participación de todos los socios y que sean idóneos para documentar de forma clara el objeto del acuerdo social, así como las posibles incidencias que pudieran producirse durante el proceso. Aún así, entendemos que una cláusula estatutaria completa que indique cuáles son los trámites mínimos a seguir durante el proceso, confiere una garantía y una seguridad superior y, consecuentemente, garantiza mejor los derechos de los socios a participar en la formación de los acuerdos sociales. Por lo que respecta a la utilización de los medios tecnológicos en este tipo de formación de acuerdos sociales no hay nada de nuevo a añadir respecto a lo anteriormente referido para los regímenes jurídicos de adopción de acuerdos por escrito en otros ordenamientos, ya analizados.

---

<sup>229</sup> Así, cfr. VITOBELLO – DENTE, *La società di capitali*, Napoli, 2005, página 409.

## **5. El régimen alemán**

Una breve referencia al derecho alemán para apuntar solamente que también aquí se prevé la admisibilidad de los acuerdos sociales por escrito. De hecho, respecto a las sociedades de responsabilidad limitada establece el §48.2 GmbH que “*Der Abhaltung einer Versammlung bedarf es nicht, wenn sämtliche Gesellschafter in Textform mit der zu treffenden Bestimmung oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen sich einverstanden erklären*”. Así, como se desprende de la norma citada, los acuerdos sin reunión son válidos desde que sean tomados por escrito.

## **6. Acuerdos sociales por escrito en el régimen español: ¿un escenario a considerar?**

Adelantamos anteriormente que las reglas aplicables a las sociedades de capital no prevean la posibilidad de la adopción de acuerdos por escrito, sino la adopción de acuerdos en sede de reunión de socios. Vimos asimismo que el escenario de la adopción de acuerdos por escrito es admisible en otros ordenamientos jurídicos adonde se entiende que tal realidad no interfiere con el principio de la colegialidad que, como ya referimos distintas veces, es el principio base de la adopción de acuerdos sociales. El objetivo central del presente epígrafe es evaluar la posibilidad de se introducir en el régimen jurídico español, a respeto de las sociedades de capital, la adopción de acuerdos por escrito y, naturalmente, verificar cual sería el impacto jurídico de tal admisibilidad. Es decir, debemos cuestionarnos entonces si sería pertinente y válida la introducción de otras modalidades de formación de acuerdos sociales o si, al contrario, tal posibilidad podría suponer la vulneración de alguno de los principios configuradores de los tipos sociales de referencia, como puede ser el principio de colegialidad propio de una estructura corporativa y que parece plasmarse en las reglas de funcionamiento de las Juntas Generales y del Consejo de Administración.

Antes de empezarnos a analizar las eventuales ventajas de la adopción de acuerdos por escrito, volvemos a repetir que las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas están, por ley, obligadas a adoptar acuerdos sociales en

contexto de reunión (cfr., art. 159 TRLSC). Así, todos los acuerdos sociales de estos dos tipos societarios deberán ser adoptados en Junta General (o universal). Vimos, igualmente, que la posibilidad de adopción de acuerdos por escrito no es completamente extraña al régimen jurídico español ni tampoco absolutamente excluida de ello, al contrario. De hecho, con arreglo al art. 100 del Reglamento del Registro Mercantil descortinase la posibilidad de la adopción de “*acuerdos por correspondencia o por cualquier medio que garantice su autenticidad*”. Del análisis anteriormente hecho al ámbito de aplicación del art. 100 del Reglamento del registro Mercantil concluimos, además, que sirve para las sociedades regulares colectivas y para las sociedades comanditarias simples. Al contrario, no será aplicable a las sociedades de capital (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones) por ocasión de la prohibición resultante del respectivo régimen normativo.

Sentado lo anteriormente dicho, percibimos que el régimen jurídico español no prohíbe en su totalidad que los acuerdos sociales sean adoptados fuera del contexto de junta. Veamos entonces se hace sentido que tal prohibición se verifique con relación a las sociedades de capital.

Cuando hablamos en adopción de acuerdos por escrito queremos hacer referencia aquellos acuerdos que no son adoptados en consecuencia de la realización de una reunión de socios. Es por eso que existen algunos recelos por parte de los legisladores en admitir de forma amplia y general la adopción de acuerdos por escrito. De hecho, eso podrá implicar que no haya cualquier discusión sobre la propuesta en causa con las consecuencias de ahí decurrentes<sup>230</sup>. En nuestro juicio, el contexto ideal de adopción de acuerdos es, sin duda, el contexto de reunión. Efectivamente, tal realidad permitirá que los socios discutan de forma abierta y transparente los pros y los contras de determinada propuesta. Además, sería excelente que todos los socios estuviesen presentes en la adopción de todos los acuerdos.

Sin embargo, sabemos que las premisas anteriormente apuntadas no se compadecen con las vicisitudes de la vida societaria. Por lo demás, cada sociedad es distinta de la otra y, por eso, siempre se tendrá que llevar en cuenta sus características

---

<sup>230</sup> Es posible que los socios discutan las propuestas a través de otros medios que no el de la reunión convocada a esos efectos. .

propias. Desde luego, si hablamos de grandes sociedades sabemos que pocos serán los socios que se presentarán en las reuniones y que se interesan por discutir los asuntos en referencia. Más aún, cuando hablamos de sociedades de capital, el importante no son las personas pero el capital que cada una de ella representa. El quórum y las mayorías son, por regla, solamente materiales y van referidas sin más a la cantidad de capital presente y representado. El principio de colegialidad o corporativo no es estrictamente democrático (una persona un voto), sino plutocrático. Así, las reuniones de las juntas generales de las sociedades de capitales no tendrán que ser reuniones de personas, sino de capital, teniendo más peso el socio que acumule más acciones. Nótese que es perfectamente admisible la adopción de acuerdos sociales mediante el voto favorable de un solo socio que, naturalmente, reúna el capital correspondiente a la mayoría legal o estatutaria para aprobar determinado acuerdo.

Al envés si se trata de una pyme es perfectamente posible (y normal) que todos los socios se encuentren presentes en las reuniones. De hecho, estas sociedades son constituidas, las más de las veces, por poquísimos socios. Pero, por ser así, es muy natural que todos los socios tengan total conocimiento de la vida de la sociedad y, por eso, no sean necesarias grandes discusiones sobre los asuntos a decidir.

Resulta de lo expuesto que las sociedades de capital, no obstante presentaren la misma nomenclatura, presentan características muy distintas que ni siempre justifican la aplicación de las mismas normas.

Es también importante recordar que los legisladores de los distintos países, en la senda de las recomendaciones e imposiciones comunitarias, tienen intentado flexibilizar el derecho societario, sobre todo en lo concerniente al ejercicio de los derechos de los socios. Añade a lo dicho que el actual escenario de crisis económico-financiera que asola el espacio comunitario (y de la misma forma el resto del mundo) exige medidas legislativas y políticas que permitan que las sociedades comerciales sean más emprendedoras y competidoras. Una mayor libertad del régimen societario, creemos, podrá proporcionar más y mejor actividad empresarial con las consecuencias que de ahí advienen.

Es igualmente cierto que el legislador español, nuevamente en la línea de otros legisladores – principalmente del legislador comunitario – comprendió que el actual contexto socioeconómico presenta una cada vez mayor disgregación del capital social,

lo que provoca una disminución del ejercicio real del derecho de voto de los socios en sociedades abiertas. La verdad es que desde hace tiempo se detecta una creciente falta de interés de los socios minoritarios en participar en las juntas generales y en votar. Las dificultades asociadas al proceso de convocatoria y celebración de la Junta y de formación de los acuerdos sociales no favorecen la participación de los socios.

Por todo lo dicho, pensamos que no hace sentido que todos los acuerdos de las sociedades deban ser adoptados en consecuencia de la realización de una Junta General que, como es sabido, acarrea costes para las sociedades.

La posibilidad de los socios adoptaren acuerdos sin necesidad de realizaren una reunión sería una buena alternativa. Y se analizarnos bien la cuestión veremos que existen ya otras permisiones en el régimen jurídico español que, al final, no serán así tan distintas, en sus efectos (aunque lo sean de su naturaleza), de la adopción de acuerdos por voto escrito. Véase, por ejemplo, la admisibilidad de los socios votaren en las reuniones de las juntas generales por correspondencia o de delegar su voto en otro socio. También aquí, el socio que vota por correspondencia o que delega su derecho de voto no estará presente en la reunión. Es decir, la ley admite que algunos socios voten sin se encontraren presentes en la reunión. La diferencia es que en la votación por correspondencia (que más adelante analizaremos con detalle) existen algunas personas presentes en la reunión (al menos el presidente de la mesa de la Junta General) mientras en la adopción de acuerdos por escrito no hay reunión. En termos prácticos lo que importa es que el legislador permite que determinados socios voten sin participaren en el debate.

Hablaremos ahora un poco del voto por correspondencia (por pensarnos que su análisis podrá resultar en un argumento a favor de la introducción de acuerdos por voto escrito en el régimen español). No obstante, estamos perfectamente conscientes que se tratan de dos formas de adoptar acuerdos inconfundibles entre sí. Una es la adopción de acuerdos por escrito en que los socios, repetimos, no hacen cualquier reunión y aun así ejerciendo su derecho de voto, adoptan una determinada decisión. Otra, diferente, es la adopción de acuerdos mediante la realización de una reunión, una Junta General, adonde no se encuentran presentes todos los socios y algunos de ellos votan mediante correspondencia o delegación de voto. Nótese aún que, a todos los efectos legales, aquellos socios que votan por correspondencia son tenidos como estando presentes en la



junta. Dígase igualmente que la comparación que aquí estamos ahora a hacer solamente tiene sentido cuando los socios ausentes físicamente de la junta no se encuentran presentes en ella por otra vía, es decir, cuando los socios no votan por correspondencia electrónica y están, al mismo tiempo, a asistir al desarrollo de la junta mediante la utilización de medios electrónicos.

Avancemos entonces para el análisis del régimen del voto por correspondencia<sup>231</sup>. El legislador español, con el objetivo de crear una especie de “cuidado paliativo” frente a la apatía que asola a los socios a la hora de votar, admitió en la Ley de Transparencia de las sociedades anónimas de 2003 (entonces integrado en el art. 105.4 LSA y ahora dispuesto en el art. 189.2 TRLSC), que “*de conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia*”. De la lectura del precepto percibimos que el legislador permite que se fije en los estatutos sociales la posibilidad de los socios ejercieren su derecho de voto mediante correspondencia postal, electrónica e incluso utilizando otro medio de comunicación a distancia. Ahora bien, hay primeramente que referir que se trata de una permisión y no de una imposición legal. Únicamente cuando los estatutos lo prevean es que se verifica esta posibilidad. Después véase que se trata de una votación a distancia, en los asuntos del orden del día, que tiene por finalidad que el socio (votante a distancia) participe en la Junta General. Nótese y frísese que no se trata de una sustitución de la junta general. Recuérdesse que el art.189.3 TRLSC apunta que “*os accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes*”.

El voto por correspondencia se encuentra hoy día previsto en la mayor parte de las legislaciones europeas Sin embargo su introducción no hay sido pacífica. De hecho, han sido muchos los argumentos en contra aducidos, que se basan sobre todo en las

---

<sup>231</sup> *In extenso* sobre el voto por correspondencia en el régimen jurídico italiano *vd.* LEOZAPPA, Antonio María, «Profili sulla disciplina del voto per corrispondenza (legge 30 luglio 1994, n. 474), in *Rivista della Società*, 1995, I, páginas 648 a 671; MIRONE, Aurelio, «Il voto per corrispondenza nelle società quotate: profili di disciplina», in *Rivista della Società*, anno 44°, 1999, IV, páginas 751 a 793. FICO, Daniele, «Il diritto di voto per corrispondenza nella società quotate», in *Le Società*, n° 6/1998, página 636 a 643; DIBATTISTA, Gianni, «Democrazia societaria e voto per corrispondenza nelle società privatizzate», in *Le Società*, n. 1/1997, págs.17 a 24.

limitaciones legales asociadas a la votación no presencial. Entre otras razones, se alega que el voto por correo puede poner en entredicho la seguridad y certidumbre jurídicas inherentes al proceso de formación de los acuerdos sociales. Además, se afirma que los socios que optasen por votar mediante correspondencia estarían imposibilitados de recibir las informaciones aportadas durante la celebración de la junta, lesionando así su derecho de información.

Históricamente, el voto es comprendido como un derecho personal que debe ser ejercido de forma presencial. La “personalidad” es una característica asociada tradicionalmente al ejercicio del derecho de voto (incluso en las situaciones de representación, ya que personalidad no debe confundirse con presencialidad). Creemos igualmente que la presencia de los socios en los trabajos de la Junta General es fundamental para una formación excelente de acuerdos sociales. No podemos, sin embargo, olvidar que la presencia de todos los socios no siempre tiene lugar (en las grandes sociedades es prácticamente imposible que suceda). El propio legislador tiene consciencia de cuán difícil es reunir la presencia unánime de los socios y, por eso, nunca la exige en las tomadas de acuerdos sociales. En verdad, la ley simplemente exige la presencia de los socios necesarios para reunir el quórum o las mayorías de capital exigidas para adoptar los acuerdos en causa.

Por lo tanto, quizás sería mejor encontrar los mecanismos idóneos para permitir que los socios participasen en la formación de los acuerdos sociales manifestando cuál es su voluntad incluso sin reunirse formalmente la Junta General; ello, claro está, siempre que se cumplan los requisitos de seguridad y certidumbre necesarios para preservar los derechos básicos de los socios y la correcta formación de la voluntad social mediante acuerdo de los socios.

Como avanzamos, una de las razones para rechazar la introducción del voto por correspondencia, reside en el hecho de que los socios no puedan conocer eventuales explicaciones e informaciones aportadas durante la celebración de la junta. Es evidente que aquel socio que opta por votar por correspondencia prescinde de tales informaciones. Es decir, si el socio opta por ejercer su derecho de voto por correspondencia no participando en la celebración de la junta (aunque, como veremos más adelante, hoy día es posible que los socios ejerzan su derecho de voto a distancia, de forma simultáneo a la celebración de la Junta), deberá ser consciente de que, quizás,

oídas las explicaciones vertidas durante la celebración de la junta podría cambiar el sentido de su voto. Aún así, si pretende correr tal riesgo (que en realidad es jurídicamente relevante, ya que puede ocasionar una divergencia entre su voto emitido anticipadamente y la voluntad que podría formarse de conocer las informaciones aportadas durante la celebración de la Junta), debe asumirlo voluntariamente, sin posibilidad de reclamación a posteriori, más allá de las posibilidades que la Ley concede para la impugnación de acuerdos sociales.

Pero, además, el riesgo ahora mencionado puede ocurrir con todas las formas indirectas de ejercicio del derecho de voto, incluso con el voto por representación. Como forma de obviar a la circunstancia atrás descrita, quizás sería posible que los socios votasen en sentidos diversos en función de los acontecimientos que se produjeran durante la celebración de la Junta (como mejor analizaremos adelante).

Vimos anteriormente cuales las implicaciones jurídicas de la admisión del voto por correspondencia. Ya teníamos avanzado que del régimen del voto por correspondencia intentaríamos extraer argumentos a favor de la admisibilidad de la adopción de acuerdos por escrito. Antes de lo hacernos no podremos dejar de mencionar otro instituto que cuya existencia, pensamos, añade más argumentos a la admisibilidad de la adopción por escrito de acuerdos sociales.

Efectivamente, conjuntamente con el voto por correspondencia previsto, como vimos, para los accionistas, se admite otro medio de ejercicio del derecho de voto de forma indirecta: el instituto de la representación del socio.

Se trata de un instituto que se encuentra previsto tanto para las sociedades anónimas – art. 184 TRLSC (anterior art. 106 LSA) – como para las sociedades de responsabilidad limitada – art. 183 (anterior 149.2 LSRL) – y que analizaremos con mayor detalle más adelante. Por ahora pretendemos solamente apuntar su existencia. Lo que ahora importa resaltar es el legislador español permite que el socio sea representado por otra persona. Se mantiene la naturaleza de la personalidad del voto, pero indubitablemente se pierde la característica de la presencialidad. Así, el socio, no obstante votar en su nombre, no estará presente físicamente en la reunión (situación que a suceder revocará la representación, naturalmente) y muy probablemente no acompañará los trabajos de la junta (no obstante, como mejor veremos, es posible que el

socio acompañe el desarrollo de la Junta General a través de la utilización de medios a distancia).

Sentado todo lo anteriormente dicho, avancemos, pues, para algunas conclusiones concernientes a la posibilidad de los socios de las sociedades de capital pudieren tomar acuerdos por voto escrito sin necesitare de formalizaren una reunión.

Creemos que, las consideraciones precedentes permiten afirmar, en definitiva, que el legislador español no exige que, en todo caso, los socios se encuentren presentes en las juntas para ejercer su derecho de voto; lo cual quizás podría servir como referencia para admitir en un futuro procedimientos alternativos para la adopción de acuerdos sociales sin la celebración de la reunión de la Junta General. Permiten igualmente afirmar que la importancia de la asistencia y participación en el debate deliberativo es sustituida por otros intereses, como es el de facilitar la participación activa de los socios en la formación de la voluntad social.

Podemos así concluir que el principio de colegialidad no puede ser superior al ejercicio del derecho de voto, legalmente reconocido a los socios. A nuestro juicio, la admisión del derecho de voto por correspondencia se puede traducir en un golpe al principio de la colegialidad en la formación de los acuerdos sociales por ventura mayor que la admisión de acuerdos sociales por escrito. En efecto, los últimos no prevén el debate deliberativo y, por eso, no se podrán dar las circunstancias para que pueda modificarse la voluntad de los socios. Caso de existir la deliberación, los socios podrían cambiar el sentido de su voto, porque sería posible que las informaciones, los aclaraciones o la propia discusión entre los asistentes acarrease nuevos datos o nuevas perspectivas sobre los asuntos en discusión. Es por eso que la admisibilidad de la forma escrita en la formación de acuerdos sociales debe quedar sujeta a la estricta voluntad de los socios expresada en los estatutos sociales y a la voluntad individual de cada socio para cada asunto en concreto. Así, los socios podrían analizar si el asunto concreto puede ser decidido sin debate o si presenta características y complejidades que exijan la celebración de una junta y, consecuentemente, la realización del debate.

La introducción, en el sistema jurídico español, de estas otras formas de deliberar y adoptar acuerdos presentaría, en nuestra opinión, más ventajas que inconvenientes. Efectivamente, entendemos que la reunión no debe ser la única forma legal de formación de acuerdos sociales, ya que algunos de ellos pueden no justificar,

por su importancia diminuta o por su simplicidad, la convocatoria y celebración de la Junta con todos los requisitos legales que ello implica. Pensamos mismo que, esta circunstancia puede provocar en ocasiones un efecto perverso, ya que en la práctica se produce y consolida la tendencia a reducir la competencia deliberativa de los socios al mínimo legamente posible. En verdad, las exigencias formales de celebración de la junta y las restricciones a la participación de los socios en la formación de la voluntad social, están conduciendo a una disminución notable de sus funciones en el ámbito de la sociedad.

La reactivación de la junta es un deseo de muchos pero es, ante todo, una necesidad de las sociedades para evitar que queden exclusivamente en las manos de los administradores. Por ello los legisladores deberían flexibilizar – no liberalizar – la formación de los acuerdos sociales y permitir que las sociedades individualmente decidan cuáles son las mejores formas que satisfacen sus intereses concretos en ese proceso de formación de la voluntad social por el conjunto de los socios. Concluimos pues que la introducción en el régimen jurídico español de las formas escritas de adopción de acuerdos sociales podría ayudar a la reactivación de la participación de los socios en la vida societaria.

Por lo demás, en lo que se refiere a las sociedades regulares colectivas, es menester recordar que, como apuntamos anteriormente, no existen procedimientos legalmente preestablecidos que los socios tengan que respetar en la formación de los acuerdos sociales<sup>232</sup>. Al respecto, enunciamos ya la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado<sup>233</sup> que afirmaba la admisibilidad de todas las formas de agregación de las voluntades individuales, incluyendo la forma escrita, hablada y hasta mediante hechos concluyentes. Ahora bien, ante lo expuesto es fácilmente perceptible que, en nuestra opinión, el ordenamiento jurídico español, al no exigir que, en las sociedades regulares colectivas la formalización de acuerdos sociales se haga forzosamente en contexto de reunión de junta de socios, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas, concede

---

<sup>232</sup> Cfr. GIRÓN TENA, José, *Derecho de Sociedades. Parte General y sociedades personalistas*, Artes Gráficas, Benzal, Madrid, 1976, página 442 y siguientes; EIZAGUIRRE BERMEJO, José María de, «Diez postulados para otra reforma del Derecho de sociedades», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 252, 2004, páginas 429-462, aquí en particular página 450.

<sup>233</sup> Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 2 de noviembre de 1975.

libertad a tales sociedades regulares colectivas para que opten por cualesquiera vías para la formación de la voluntad social, entre ellas la formalización por escrito.

Por todo lo dicho, concluimos, de un lado, que el ordenamiento jurídico español no admite la formalización de acuerdos por escrito en relación a las sociedades de responsabilidad limitada ni a las sociedades anónimas porque, como se ha expuesto, les impone un procedimiento propio que es la celebración de una Junta General. Creemos que tal posibilidad no sólo no provocaría una violación de los principios jurídicos orientadores de las sociedades mercantiles, sino que, por el contrario, se traduciría en un beneficio y en un combate a la exigua participación de los socios en las juntas generales. Concluimos, de otro lado, que en lo que concierne a las sociedades regulares colectivas, teniendo en cuenta el silencio de la ley, se admiten las formalizaciones de acuerdos sociales por escrito.

## **II. LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS DURANTE LA CELEBRACIÓN DE JUNTA GENERAL**

### **1. Concepto y naturaleza jurídica del órgano Junta General**

Como es sabido, las sociedades mercantiles están dotadas de una estructura orgánica que pretende concretar los fines que tienen en mira. En verdad, la voluntad de las sociedades mercantiles – y las consecuentes actuaciones internas y externas – es expresada a través de los órganos sociales que integran su estructura<sup>234</sup>.

---

<sup>234</sup> Sobre el concepto y función del órgano en las sociedades mercantiles CARBAJO CASCÓN refiere que “*la noción de órgano supone la articulación de determinados entes organizativos en distintos círculos de funciones concretas para desplegar la actividad necesaria para el funcionamiento eficaz del ente. El órgano desarrolla la capacidad de actuación interna y externa del ente organizativo. Y las competencias o funciones del órgano son desarrolladas por las personas físicas que figuran como miembros o titulares del mismo. Las estructuras societarias complejas necesitan expresar su voluntad y actuar a nivel interno y externo a través de personas físicas que ejerciten las competencias reconocidas por la Ley a los órganos sociales, en cuanto elementos o instrumentos de organización interna de la organización personificada a través de los cuales se canaliza la voluntad social y la gestión y representación del ente.*” Así, continúa el autor, “*con la noción de órgano se plasma jurídicamente la separación entre la organización y sus miembros (cfr. entre la sociedad y sus socios).*”. Vid. CARBAJO CASCÓN, Fernando, *Los órganos sociales: junta general y administradores*, en AZÓN VILAS, Félix Vicente (Coord.),

Los órganos sociales de las sociedades anónimas y limitadas – aquellas que representan la mayoría del tejido empresarial español y europeo – están compuestos por la Junta General y por el órgano de administración. Es precisamente porque presentan la larga mayoría de las sociedades que actúan en el tráfico jurídico que vamos a centrar este estudio en los regímenes de las sociedades anónimas y limitadas, aunque sin olvidarnos de la existencia de otras sociedades mercantiles cuyos regímenes jurídicos serán traídos a colación siempre que se revele oportuno.

El objetivo fundamental de la existencia de la Junta General reside en la formación de la voluntad social, por fusión de las voluntades individuales de los socios, sobre los asuntos encuadrados en las competencias atribuidas por la Ley. La Junta General es, por lo tanto, el órgano corporativo por excelencia que se puede calificar de un órgano que manifiesta la voluntad social de forma inmediata<sup>235</sup>, con efectos meramente internos<sup>236</sup>, no permanente<sup>237</sup> y necesario. Como es sabido, la interpretación más tradicionalista siempre entendió la idea de Junta General como una reunión “cara a cara” entre socios y administradores, cabiendo la posibilidad de plantear cuestiones y obtener respuesta de forma inmediata. Por ser así, es perfectamente comprensible que una de las condiciones desde siempre exigidas fuese la necesidad de que dicha reunión se celebrase en un determinado local físico – normalmente el domicilio social o cualquier otro lugar en la localidad donde la sociedad se encontraba domiciliada.

Por todo lo arriba mencionado, no es extraño que la Junta General sea calificada de órgano colegiado. Conviene precisar, no obstante, qué debe entenderse por órgano colegiado, ya que no se trata de un concepto absolutamente pacífico, exento de discusiones doctrinales de derecho público y de derecho privado.

---

“Derecho Mercantil”, Consejo General del Poder Judicial (Servicio de formación continua) y Caja Duero, publicación electrónica, Madrid, 2004, págs. 478-523

Sobre la junta general de accionistas *vid.*, entre otros, OTERO LASTRES, José Manuel, «Acerca de la junta general de accionistas de la S.A.», en *Estudios sobre la Sociedad Anónima II*, dirigido y presentado por Víctor Manuel Garrido de Palma, Editorial Civitas, Madrid, 1993, páginas 48-97; LOJENDIO OSBORNE, Ignacio María de, «La junta general de accionistas», en *Derecho Mercantil*, obra coordinada por Guillermo J. Jiménez Sánchez, Vol. I, 2003, páginas 320-339; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *La junta general en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, Madrid, 2007; GARCÍA-PITA y LASTRES, José Luis, «Recensión al libro “La junta general en las sociedades de capital” de Fernando Sánchez Calero, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 30, 2008, págs 753-761.

<sup>235</sup> Porque su poder no emana de ningún otro órgano.

<sup>236</sup> Porque no tiene facultad de representar la sociedad ante terceros, en virtud del principio configurador de distribución de competencias que reserva las facultades de gestión y representación al órgano de administración.

<sup>237</sup> Las reuniones de la junta general son esporádicas.

A propósito, apunta la doctrina administrativista que la característica esencial del concepto de órgano colegiado reside en el carácter pluripersonal de su titularidad, que lo distingue de los órganos monocráticos. Aún de acuerdo con la citada doctrina, a la formación colegiada de la voluntad se debe aplicar el principio *duo non facit collegium* y por eso deben concurrir por lo menos tres miembros a la constitución del órgano. La aplicación de tal principio implica que la doctrina administrativista niegue naturaleza colegiada a las decisiones tomadas sin la presencia de un mínimo de tres miembros, lo cual, aplicado al caso de los órganos de sociedades mercantiles, supondría negar, *ab initio*, la naturaleza colegiada de las juntas de las sociedades que se integran solamente por dos socios. Sin embargo, existen posiciones que apuntan solamente el carácter colectivo de la titularidad del órgano y la reunión y fusión de las voluntades individuales de cada uno de sus miembros (los socios en cuanto titulares de acciones y participaciones sociales en sociedades de capital) en una voluntad superior: la del ente personificado, de cuya estructura forma parte el órgano. Aún así, como refiere APOL·LÒNIA MARTÍNEZ NADAL “*algunos autores distinguen los órganos colegiados del denominado principio de colegialidad, en la medida que pueden existir reuniones de órganos que adopten sus decisiones de manera unitaria sin constituir por ello órganos colegiados en sentido estricto, sino meros colegios*”<sup>238</sup>.

Además de lo anteriormente apuntado, entiende igualmente la doctrina administrativista que la presencia simultánea de los miembros del órgano es esencial para calificarlo de colegiado. Esta exigencia se asienta en la propia razón de ser del órgano colegiado, es decir, el objetivo primordial en la creación de un órgano colegiado reside en la puesta en común de voluntades individuales distintas para alcanzar una decisión colectiva mediante un proceso de votación (mayoritario) que termina con la formulación de la voluntad única; en nuestro caso, la voluntad del órgano que se imputa directamente al ente personificado, vinculándolo. Para llegar a este punto se hace necesario que los miembros del órgano colegiado debatan las propuestas presentadas, deliberen sobre ellas y las decidan. Es por eso que, al hacer su comentario crítico a la tesis dominante de la doctrina administrativista, MARTÍNEZ NADAL refiere que “*ello determina que la posibilidad de que los miembros ausentes participen en la formación*

---

<sup>238</sup> Cfr. MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, *El principio mayoritario de funcionamiento de la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada (análisis del art. 53.º de la LSRL de 1995)*, Thomson, Civitas, abril - 2008, página 24.



*de la voluntad colectiva ha de interpretarse restrictivamente pues, en otro caso, se pervertiría el sentido propio de la colegialidad a favor de una simple concurrencia de una pluralidad de voluntades individuales sumadas matemáticamente para obtener un criterio único imputable al conjunto de sus autores”<sup>239</sup>. Y la misma autora concluye exponiendo que la doctrina administrativista “más autorizada y reciente en la materia define al órgano administrativo colegiado como aquella unidad administrativa con atribuciones competenciales específicas cuya titularidad corresponde a tres o más personas físicas, quienes han de concurrir simultáneamente en orden a la formación de la voluntad imputable al órgano en su conjunto más allá del mero criterio individual de cada uno de los miembros”<sup>240</sup>.*

La teoría concerniente a la doctrina administrativista, anteriormente expuesta, presenta particularidades que no permiten una aplicación directa a los órganos colegiados de las sociedades mercantiles y, en especial, a las juntas generales. Efectivamente, existen algunas dificultades en la transposición de esta doctrina al ámbito mercantil. Como mencionamos arriba, esta doctrina exige la presencia de al menos tres miembros. En el ordenamiento societario mercantil también se exigen al menos tres miembros cuando el órgano de administración se estructure en forma de Consejo de Administración (art. 210 TRLSC), aplicándose así el principio *tres facit collegium*<sup>241</sup>. Sin embargo, no concurre la misma exigencia para la Junta General, pues en las sociedades de capital la participación en la Junta se determina con base en criterios capitalistas plutocráticos (una acción un voto) y, por lo tanto, lo relevante es la presencia o reunión de capital (de las acciones o participaciones representativas del capital social) y no propiamente la presencia de las personas (físicas o jurídicas) de los socios. Es así perfectamente legal que la Junta General de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada se constituya y adopte acuerdos válidamente con la presencia

---

<sup>239</sup> Cfr. MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, *El principio mayoritario de funcionamiento de la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada (análisis del art. 53.º de la LSRL de 1995)*, Thomson, Civitas, abril - 2008, página 25.

<sup>240</sup> Cfr. MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, *El principio mayoritario de funcionamiento de la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada (análisis del art. 53.º de la LSRL de 1995)*, Thomson, Civitas, abril - 2008, página 25. Sobre esta materia vid. VALERO TORRIDOS, J., *Los órganos colegiados (análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente)*, Madrid, 2002, página 398.

<sup>241</sup> Como es sabido, la administración de la sociedad puede ser confiada a un administrador único, a varios administradores (que en su caso actuarán solidaria o conjuntamente) o a un consejo de administración (cfr., art. 210 LSC y art. 124.1 d) y 124.2 d) RRM 1996 – asunto anteriormente establecido en el 136 LSA 1989, art. 57.1 II LSRL 1995).

de solamente dos socios (incluso cuando las acciones o participaciones en que se divide el capital se encuentran distribuidas entre muchos más socios), siempre que sean titulares del capital necesario para la formación del quórum exigido en la LSA (cfr., arts. 193, 194 y 201 TRLSC – asunto anteriormente estipulado en los arts.102 y 103 LSA 1989) o para formar las mayorías necesarias para adoptar acuerdos en la LSRL (cfr., arts. 198, 199 y 200 TRLSC – que siguen lo contenido del antiguo art. 53 LSRL). Más aún, de acuerdo con los criterios plutocráticos que rigen la constitución de la Junta y adopción de la voluntad del órgano mediante acuerdos o decisiones sociales, sería perfectamente posible la válida constitución y adopción de acuerdos mediante la presencia en la Junta de un solo socio que reúna el porcentaje de capital necesario previsto en la Ley o en los estatutos).

No podemos olvidar, además, el fenómeno de las sociedades unipersonales, en las que un único socio, persona física o jurídica, acumula la totalidad de las acciones o participaciones en que se divide el capital social y, por eso, es la única persona presente en la junta<sup>242</sup>. No obstante, para evitar inconvenientes jurídico-gramaticales, la ley evita hablar de juntas y de acuerdos siempre que esté en causa una sociedad unipersonal, matizando que se tratan de “decisiones del socio único” al afirmar que el socio ejercerá las competencias de la junta general a través de sus decisiones Pero vejamos si, aun así, no hará sentido hablar de Junta General, en cuanto órgano social, en el ámbito de las sociedades unipersonales. Con arreglo a lo referido en el art. 15 TRLSC “*en la sociedad unipersonal el socio único ejercerá las competencias de la junta general*” y “*las decisiones del socio único se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los*

---

<sup>242</sup> Sobre las sociedades unipersonales *vid.*, entre otros, ALONSO UREBA, A. “La sociedad Unipersonal”, en AA.VV. (dirs. ALONSO UREBA, CHICO ORTIZ y LUCAS FERNÁNDEZ), *La Reforma del Derecho español de Sociedades de Capital*, ED. Civitas, Madrid, 1987, 217-280. BISBAL i MÉNDEZ, J., «La sociedad anónima unipersonal», en *La Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Rojo, A. (dir.), Civitas, Madrid, 1987; DÍAZ MORENO, Alberto y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, *Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada (artículos 125 a 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)*, tomo XIV, volumen 5.º, Editorial Aranzadi, 2001; CARBAJO CASCÓN, Fernando, *La sociedad de Capital Unipersonal*, Aranzadi editorial, Cizur Menor (Navarra), 2002, págs. 435-467, en particular 451-464. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén, *La sociedad unipersonal en el Derecho español (Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad Limitada Nueva Empresa)*, La Ley, 2004; AAVV, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. por Ignacio Arroyo Martínez, José Miguel Embid Irujo, Carlos Górriz López, Vol. 2, Tecnos, 2009 (en particular comentario al art. 311).

*administradores de la sociedad*”<sup>243</sup>. Como ya apuntamos la Junta es un órgano que, en rigor, no es propiamente colegial, sino plutocrático puesto que funciona por mayorías de capital y es, en el fondo, una reunión de acciones o participaciones sociales. Así, creemos que el órgano Junta, entendido de esta forma, existe también y puede funcionar en las sociedades con un solo socio. De hecho, y no obstante no se tratar de una posición que recoge el entendimiento unánime de la doctrina, creemos que el órgano Junta General siempre existe, pues tratase de un órgano que consiste en un conjunto de competencias y un procedimiento para adoptar acuerdos sociales. Ahora bien, cuando nos encontramos ante una sociedad personal, no podremos naturalmente aplicar las reglas corporativas, es decir, no hace sentido, aplicar las normas que van dirigidas a una pluralidad de socios como sucede con aquellas que se dirigen a convocatoria, a constitución de la junta, a deliberación. En verdad, el socio único ejerce las competencias de la Junta General manifestando su voluntad que será la voluntad social, pero que siempre tendrá que ser expresada dentro de las competencias de la Junta General. La Ley sustituye la expresión “acuerdos sociales” por “decisiones del socio único” porque no hay una formación colectiva de la voluntad social. Sin embargo, las decisiones adoptadas por el socio único serán imputadas al órgano Junta General y vincularán la sociedad.

Otra dificultad planteada por la *doctrina administrativa* y que tendría que ser superada al menos en el ámbito de las sociedades mercantiles, reside en la exigencia de la presencia simultánea (se entiende claramente que se trata de la presencia física) de los miembros del órgano colegiado. Efectivamente, en el ámbito societario mercantil el TRLSC admite mecanismos de la representación de los socios en la Junta General y, actualmente, también la “asistencia” mediante medios telemáticos, tanto en relación a las sociedades de responsabilidad limitada como a las sociedades anónimas (tal como ya se verificada en vigencia de la LSRL y de la LSA). En ambos casos, estamos ante una presencia no física del socio en la Junta. En efecto, los socios pueden comparecer en la Junta General en persona o representados por otra persona, incluso aunque no ésta no

---

<sup>243</sup> Anteriormente a la entrada en vigor de la LSA, podría leerse en el art. 127 LSRL, bajo el título “decisiones del socio único” que “en la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada el socio único ejercerá las competencias de la Junta General, en cuyo caso sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad”. Sobre las sociedades anónimas unipersonales se aplica el mismo artículo por remisión del 311 LSA.

sea socio, (cfr., arts. 183-187 TRLSC – materia anteriormente regulada en el art. 49 LSRL y en los arts. 106-108 LSA), lo cual es válido también para el socio único (cfr., art. 15.2 TRLSC). Si los socios se hacen representar por otro socio, es posible que la Junta se constituya y celebre con la presencia de un elevado porcentaje de capital y en contrapartida un reducido número de personas. Asimismo, la ley considera como presentes a los socios que asisten y participan en la Junta mediante medios telemáticos (cfr., relativamente a las sociedades anónimas, arts. 189.2 y 3 TRLSC; no existe una norma correlativa aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada), quebrando así la tradicional doctrina administrativista sobre el concepto de colegialidad.

Efectivamente, creemos que de las consideraciones anteriormente planteadas podemos afirmar que la Junta General no debe ser calificada como un órgano verdaderamente colegial, sino como un órgano de funcionamiento colegial cuando constituida por una pluralidad de socios. La afirmación precedente podría salir perjudicada por la letra de la Ley que, efectivamente, declara, por ejemplo, en el art. 97.1 RRM 1996 que los “acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles”, y en los párrafos siguientes del mismo artículo se refiere expresamente la Junta General. A lo dicho incluyen en las clasificaciones de órganos colegiados tanto a la Junta General como al Consejo de Administración distintas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>244</sup>. Sin embargo, teniendo en cuenta todas las características que podemos imputar al órgano Junta General pensamos que la letra de la Ley no es suficiente para atribuir aquello órgano la calidad de órgano colegial sin más. En verdad, la Ley sigue utilizando, a veces, conceptos pretéritos que se encuentran ya ultrapasados o, al menos, matizados. Pensamos que es el caso. Además, en la LSA y la LSRL se podría retirar ya que la Junta General no era más entendida como un órgano colegiado. La misma orientación siguió el TRLSC. Obviamente que, cuando se verifica la existencia de pluralidad de socio, la Junta funcionará como un órgano colegiado, sin embargo, aun así, tendrá que respetar las respectivas reglas de funcionamiento que tienen, claramente, naturaleza plutocrática y no puramente corporativas o democráticas. De hecho, mismo cuando se trata de juntas con pluralidad de socios siempre funcionará bajo los criterios patrimonialistas: mayorías de capital (tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades de responsabilidad limitada);

---

<sup>244</sup> Véase, entre otras, la RDGRN 10-11-1993, RRDGRN 25-04-1997 y 05-06-2002.

exigencia de quórum en las sociedades anónimas. Es cierto, asimismo, que las reglas sobre la convocatoria y deliberación en sí mismas sean reglas propias de una estructura colegial pero dicha evidencia no atribuye a la adopción de los acuerdos sociales tal naturaleza. Es sobejamente distinta la naturaleza jurídica de las Juntas Generales de las sociedades personalistas (sociedades *intuitus personae*). Justamente porque se tratan de organizaciones claramente corporativas, el órgano Junta General es entendido, desde siempre, como un órgano colectivo.

En conclusión, creemos que la Junta General no puede ser entendida como un órgano colegiado; podrá, como mucho, responder a criterios propios de un órgano colegiado en caso de pluralidad de socios, pero siempre será entendido como un *collegium sui generis*, puesto que su funcionamiento íntimo responde en último término a criterios patrimonialistas-plutocráticos (sociedad *intuitus pecuniae*).

## **2. Reunión de pluralidad de socios: elemento natural, pero no esencial, de la Junta General**

Sentado lo anteriormente dicho, respecto la naturaleza jurídica del órgano (no colegiado) Junta General, veamos si el funcionamiento de la Junta General implica siempre la celebración de una reunión en el sentido etimológico de la palabra.

Partiremos de la letra de la Ley. Así, tanto en la regulación de las sociedades anónimas como de las sociedades de responsabilidad limitada, ahora ambas agrupadas en el TRLSC, los preceptos legales siguen refiriéndose en principio a las juntas generales como una reunión de socios<sup>245</sup>. Lo mismo sucede con las sociedades cooperativas, en el art. 20 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que de igual forma define asamblea general como una reunión de socios<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Véase, al respecto, el dispuesto en el art. 159/1 LSC que refiere que “*los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta*”. Exactamente con los mismos díceres, teníamos el art. 43/1 LSRL. A su vez, el art. 93/1 LSA refería, de forma semejante a la anterior, “*los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta*”.

<sup>246</sup> Cfr. Art. 20 de la Ley de Cooperativas que refiere que “*la Asamblea General es la reunión de los socios constituida con el objeto de deliberar y adoptar acuerdos sobre aquellos asuntos que, legal o*

Efectivamente la Junta General es, las más das veces, una reunión de socios pero tal elemento, constituido por una pluralidad de asistentes, no es esencial, sino natural<sup>247</sup> al concepto jurídico de junta y tampoco es *conditio sine quo non* para la validez del modo de funcionamiento de la junta en las sociedades de capital. Así, en la línea de lo que anteriormente apuntamos, tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades de responsabilidad limitada la junta es más bien una reunión de capital (con independencia del número de socios que lo representa) que una reunión de personas/socios. Los socios efectivamente van a integrar la Junta en la calidad de propietarios de acciones o participaciones en que se divide el capital social. Por ser así, las juntas generales de las sociedades capitalistas son, en realidad, reuniones de capital, de acciones o participaciones, independientemente del número de socios que sean titulares de tal capital<sup>248</sup>. Es, por eso, y como ya adelantamos arriba, perfectamente admisible y válida la celebración de una Junta y adopción de acuerdos por un solo socio en las sociedades personales (y por supuesto así lo será naturalmente en las sociedades unipersonales).

Los socios se reúnen con el objetivo de deliberar y decidir sobre asuntos competencia de la Junta General. Vimos anteriormente que, de acuerdo con el diccionario de la lengua española, el concepto “deliberar” significa “*considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos*”<sup>249</sup>. Verdaderamente, los socios al deliberar pretenden discutir y debatir los asuntos que consten en el orden del día con la intención de formar, a través de la mayoría, la voluntad social que se va, por lo tanto, a expresar en forma de acuerdo<sup>250</sup>. Claro que la discusión no es obligatoria y puede

---

*estatutariamente, sean de su competencia, vinculando las decisiones adoptadas a todos los socios de la cooperativa”.*

<sup>247</sup> Por darse de forma habitual.

<sup>248</sup> Son efectivamente los socios quienes integran la junta, incluso cuando otras personas que no tienen la calidad de socio pueden o deben (porque la ley lo impone) asistir a la junta.

<sup>249</sup> Cfr. Diccionario de la Lengua Española de Real Academia Española, 22ª edición, 2001, Madrid.

<sup>250</sup> La junta puede adoptar formas de debates más o menos amplios, siempre que no coloque el derecho del socio al uso de la palabra en causa y, claro, que no viole el principio de igualdad de trato. Como es sabido, el principio de igualdad de trato, decurrente de la Directiva 77/91/CE, de 13 de diciembre de 1976, (y reforzado en el art. 4 de la Directiva 2007/36/CE) era considerado en España un principio implícito en el tratamiento de los accionistas hasta su expresa incorporación por la mano de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. En efecto, el punto nueve de la disposición adicional primera introduce el nuevo art. 50 bis a la LSA, bajo la epígrafe “igualdad de trato”, con la siguiente redacción: “*la sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se*

incluso no existir si los socios entendieren que, en una determinada propuesta, no es necesario hacer uso de la palabra (o siempre que solamente se encuentra presente en la reunión un único socio). Otra cosa distinta es la supresión del debate que, obviamente, no puede ocurrir ni por decisión de la mayoría, ni por decisión de la presidencia de la junta ni incluso por así consagrarse en los estatutos de la sociedad, ya que impediría la formación de la voluntad de la sociedad y, consecuentemente, viciaría de nulidad el acuerdo. En cualquier caso, eso no significa que los estatutos no puedan establecer el modo de deliberar, más aún, tienen que hacerlo siempre que se trata de una sociedad de capital con arreglo al dispuesto en el artículo 23 f) TRLSC que estipula que “*en los estatutos que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital se hará constar: el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad*”.

A estos efectos, es claro que los estatutos deben estipular las formas que alcancen una mayor eficacia para el funcionamiento del órgano, lo que servirá para imponer ciertas limitaciones en el desarrollo de los debates siempre que tales limitaciones no desvirtúen el significado y el objetivo del debate<sup>251</sup>.

### **3. Junta General: ¿la subsistencia de la calificación de órgano soberano o la pérdida de la soberanía?**

La junta delibera sobre los asuntos que están dentro de su competencia<sup>252</sup>. Actualmente no se sostiene más la imagen de la junta como órgano soberano de la sociedad que dominaba completamente la actuación del órgano de administración. Al presente, el significado de la expresión “órgano soberano” solo puede ser aplicado a la junta en la medida en que ésta sigue siendo el órgano que manifiesta la voluntad social

---

*encuentren en condiciones idénticas*”. El dicho art. Fue trasladado para la LSC. Actualmente el principio de la igualdad de trato se encuentra expresamente estipulado, para todas las sociedades de capital, en el art. 97 LSC, inserto en el capítulo dedicado a “los derechos del socio”.

<sup>251</sup> Por ejemplo, limitación de tiempo en el uso de la palabra.

<sup>252</sup> Acerca de las competencias de los órganos sociales de las sociedades *vid.*, entre otros, CUENTA GARCÍA, A. y FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. L., «Competencias de los órganos sociales en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, AA VV, bajo dirección de José Miguel Embid Irujo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, páginas 206 y siguientes.

de un modo inmediato y sobre asuntos fundamentales para la estructura financiera y empresarial de la organización societaria (como las modificaciones estatutarias y estructurales, la aprobación de cuentas anuales o el nombramiento y cese de administradores), pero ahora no se encuentra más dotada de poderes omnímodos que le facultan decidir sobre todas las materias y asuntos<sup>253</sup>. La ley quebró tal imagen al establecer competencias predeterminadas para la Junta General, por un lado, y para la administración, por otro<sup>254</sup>, lo cual se traduce en el denominado principio de distribución de competencias entre órganos que, actualmente, constituye uno de los principios configuradores básicos de las sociedades anónimas y limitadas.

Así pues, la soberanía de la junta se encuentra ahora delimitada por la competencia atribuida por Ley. El criterio ofrecido por la ley para determinar la competencia de la junta está ahora – con el TRLSC – más claro y preciso. De hecho, en la senda de la LSA y de la LSRL (arts. 93 y 43 respectivamente) el TRLSC estipula, en el art. 159 aplicable a todas las sociedades de capital, que *“los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta”*. Con anterioridad a la vigencia del TRLSC, mientras la LSRL concretaba un poco más cuales serían las competencias de la Junta General (art. 44 LSRL), la LSA nada decía más allá de lo ahora dispuesto en el art. 159 TRLSC limitándose, pues, a referir que la junta decidía en los asuntos propios de su competencia. Esto significa que deberíamos remeternos a otros preceptos legales para determinar cuáles eran, efectivamente, los asuntos propios de la competencia de la junta. Así, la principal delimitación de la competencia de la junta provenía de las competencias concedidas legalmente al órgano de administración que, como es sabido, se encarga de administrar la sociedad y representarla en todos los actos comprendidos en el ámbito comprendido por el objeto social.

Al momento, con la vigencia del TRLSC se quedaron, como decimos, más claras las competencias de la junta. En verdad, la dicha ley consagra, en el art. 160, la

---

<sup>253</sup> In extenso, ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1982, página 71 y siguientes y 491 y siguientes; BOQUERA/LATORRE, «Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada», *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, página 25 y siguientes.

<sup>254</sup> Es así tanto al respecto de las sociedades de responsabilidad limitada como de las sociedades anónimas cuyas reglamentaciones afirman que los socios decidirán en reunión sobre “los asuntos propios de la competencia de la junta”.



competencia mínima de las juntas generales abriendo, en la última alínea, la posibilidad de los estatutos le confirieren competencia para deliberar sobre otros asuntos. Con arreglo al art. 160, *“es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: a) la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social; b) el nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos; c) la modificación de los estatutos sociales; d) el aumento y la reducción del capital social; e) la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente; f) la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero; g) la disolución de la sociedad; h) la aprobación del balance final de liquidación; i) cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.”*

Podemos, entonces, clasificar el órgano Junta General como un órgano de la sociedad con efectos sustancialmente intrasocietarios, visto que por una parte, las deliberaciones por sí tomadas producen efectos jurídicos sobre todo en el seno de la propia sociedad y, por otra parte, las relaciones externas desarrolladas por la sociedad competen al órgano de administración<sup>255</sup>. No podemos, sin embargo, olvidar que los acuerdos de la junta pueden tener aun así relevancia externa, una vez publicados en el registro mercantil, otorgando mismo derechos a terceros. Así sucederá, por ejemplo, en las situaciones de aprobación y publicación de cuentas anuales que no respeten la reserva legal y asimismo en los acuerdos de reducción de capital y de fusión y escisión o cesión global de activo y pasivo que otorgan un derecho de oposición a los acreedores.

La junta es también conocida por ejercer un poder de gestión indirecto, al designar y revocar los administradores y sobre todo al controlar la actuación del órgano de gestión con el examen y aprobación o no de las cuentas de la sociedad. Aunque los administradores tienen una posición autónoma respecto a la Junta en el desarrollo de sus

---

<sup>255</sup> Claro que con tal afirmación no pretendemos decir que la junta jamás interfiere en el modo de actuación de la administración porque, en verdad, la junta puede acordar que se celebren o no ciertos contratos. Todavía, y es ese el alcance de nuestra afirmación, competirá siempre al órgano de administración la función externa y representativa con la consecuente formalización de las relaciones con terceros. Solamente de forma muy rara y excepcional es posible que la junta actúe directamente ante terceros. Tales situaciones ocurren cuando o bien no hay administradores o bien que el asunto en causa comporta un verdadero conflicto de intereses con el órgano de administración y, por eso, es lícito que la junta designe un representante especial.

propias competencias. Otra muestra de la competencia de gestión indirecta de la Junta de las sociedades de responsabilidad limitada resulta del art. 161 TRLSC (antes 44.2 LSRL) y reside en la posibilidad de impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción de decisiones o acuerdos sobre determinados de gestión.

Más allá de las delimitaciones ahora apuntadas, la junta tiene otra que deriva de los estatutos. Claro que la junta tiene la facultad de cambiar los estatutos, pero jamás puede actuar contra ellos, es decir, la junta no puede tomar acuerdos que sean contrarios a lo estipulado en los estatutos, ya que en su caso se considerarán anulables (cfr., art. 204 TRLSC, antes arts. 115 LSA y 56 LSRL). Otra delimitación a la competencia de la junta deriva de los derechos de los socios, que no pueden ser lesionados con los acuerdos de tal órgano. Efectivamente, la junta no puede tomar acuerdos que supriman o restrinjan los derechos de los socios, ni crear desigualdades de condiciones entre ellos ó imponer nuevas obligaciones a los socios (art. 97 TRLSC).

Sentado lo anterior, es perceptible que la Junta General tiene un abanico de competencias que le permite, de alguna manera, conducir las estrategias empresariales adoptadas por la respectiva sociedad. Sin embargo, y mismo partiendo del concepto de “órgano soberano” arriba expuesto, tenemos que apuntar las particularidades de las sociedades anónimas cotizadas de capital muy disperso. De hecho, mientras en las sociedades de responsabilidad limitada, en las anónimas de pequeño y mediano tamaño e incluso en las anónimas cotizadas que no presentan un accionariado muy disperso la Junta General asume un papel preponderante en la sociedad, lo mismo no sucede en relación a las cotizadas cuyo capital se encuentra extremadamente disperso por inúmeros accionistas cuyo papel principal es asumido por el órgano de gestión. De hecho, en cualquier una de ellas, es la Junta General que procede al nombramiento y destitución de los administradores, a la aprobación de cuentas anuales, a la aplicación del resultado, entre otros asuntos de extrema importancia a la vida social, cumpliendo así la principal función que la ley le atribuye. Es igualmente verdad que, en todas ellas (las referidas), los acuerdos son adoptados de acuerdo con el principio plutocrático decidiendo los socios con base en su participación que será tanto mayor cuanto más capital representen. Ahora bien, lo que sucede en las sociedades cotizadas de capital muy disperso es que, como es sabido, por ocasión de la llamada “apatía” de los socios a la hora de acudir

a las Juntas, los acuerdos sociales son adoptados por los grupos accionariales de referencia que, al fin y al cabo, terminan por controlar la propia Junta General. El problema del absentismo de los socios se agudiza con la existencia de obstáculos jurídicos al ejercicio de los respectivos derechos. Nótese que, como ya apuntamos y volveremos a referir, en las sociedades cotizadas de capital muy disperso, el accionista es, antes que nada, inversor. La verdad, es que el propio accionista no pretende, en primero plano, asumir la posición jurídica decurrente de la calidad de socio sino recoger los dividendos que tal calidad le puede proporcionar. Se añádnos a la circunstancia ahora descrita los obstáculos al ejercicio de los derechos de los socios el resultado solamente puede ser uno: el aumento del absentismo de los socios con el consecuente crecimiento del control por parte de los grupos de accionistas de referencia y del propio órgano de administración. En el escenario ahora presentado la Junta General no corresponde, en nuestra opinión, al órgano soberano de la sociedad sino a una herramienta de control por parte de los accionistas mayoritarios que la utilizan, no raras veces, a favor de beneficios propios. Es precisamente aquí que las nuevas tecnologías podrán asumir un papel preponderante. Efectivamente, la utilización de las nuevas tecnologías en la facilitación del ejercicio de los derechos de los socios, en la divulgación de la información, en la publicación de las convocatorias puede devolver (o crear) la voluntad a los pequeños accionistas de participaren en las juntas generales. No pretendemos afirmar que los pequeños accionistas no participan en la vida societaria simplemente por el ejercicio de sus derechos no se encuentra facilitado. De hecho, bien sabemos que el absentismo tiene origen bicéfalo, radicando el primero motivo (y tal vez el más difícil de solucionar) en el desinterés innato del socio que se identifica, antes que todo, como inversor, preocupado solamente con la rentabilidad que va a obtener con su inversión, y que, por eso mismo, ni tampoco asume la consciencia que adquiere la calidad de socio y, por eso, tiene una panoplia de derechos que, al igual a los demás, puede ejercer e incluso influenciar (en la medida de su representación en el cifra del capital) – sino solo, al menos en conjunto con otros – las decisiones de la Junta. Las propias sociedades incentivan a no participación de los pequeños accionistas en las la vida societaria al emitieren acciones sin voto, proponiendo a sus titulares la renuncia a cualquier derecho de socio sino al de rescatar los respectivos dividendos. Las circunstancias anteriormente referidas, entre otras, potencian que la decadencia del

poder de la Junta General como órgano soberano en las sociedades de capital muy disperso y conducen al crecimiento del poder y del control del órgano de administración. Revitalizar el papel de las Juntas Generales de las sociedades citadas pasa inevitablemente por incitar los pequeños accionistas a participar en la vida societaria facilitándoles naturalmente tal participación.

En conclusión pensamos que la calificación de órgano soberano, aun que matizada como ya mencionamos, sigue haciendo sentido en las sociedades de responsabilidad limitada y en las anónimas que no presenten un accionariado muy disperso. Pensamos igualmente que las nuevas tecnologías podrán, en esta última situación, revitalizar las funciones primeras de la Junta General e incentivar aquellos socios, que solamente tienen expectativas de ganancias, a participar activamente en la vida societaria.

#### **4. Clases de Juntas**

La Junta General de la sociedad anónima puede asumir la clasificación de ordinaria o extraordinaria en función de los asuntos incluidos en el orden del día<sup>256</sup>. el TRLSC dedica tres artículos a las clases de juntas. Así, en el art. 163 TRLSC afirma que *“las juntas generales de las sociedades de capital podrán ser ordinarias o*

---

<sup>256</sup> Los asuntos que se van deliberar en la junta deben ser previamente conocidos por los socios y deben constar del orden del día. El conocimiento previo por el socio de los asuntos a deliberar en la junta es fundamental para satisfacer su derecho de información y que pueda preparar debidamente los asuntos para, si lo desea, debatir convenientemente el asunto en causa durante la celebración de la Junta. La Ley estipula la necesidad de que los asuntos a deliberar se hagan constar en el orden del día, pero admite excepciones: art. 223/1 LSC relativo a cese de los administradores refiere que “los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día” y el art. 238/1 LSC, sobre la acción social de responsabilidad, menciona que *“la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo”* y en su párrafo 2 que *“en cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social”*.

Cfr. AREAN LALÍN, M., «La distinción entre Juntas generales ordinarias y extraordinarias en la sociedad anónima», en *en La Ley*, 1986 – 1, páginas 613 y siguientes.

*extraordinarias*”. A su vez, el art. 164 TRLSC, exclusivo de la junta ordinaria, indica que ésta “*previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado*”. El apartado 2 del dicho art. 164 TRLSC precisa que la junta ordinaria sigue válida mismo cuando convocada o realizada fuera del plazo indicado en el apartado anterior. Finalmente, será calificada de junta extraordinaria aquella que no se incluya, por ocasión de la materia, bajo la denominación de junta ordinaria, de acuerdo con anteriormente referido (cfr. art. 165 TRLSC).

En la práctica, las juntas generales suelen tratar simultáneamente de asuntos propios de las juntas ordinarias y extraordinarias y, por eso, son calificadas de juntas generales ordinarias y extraordinarias<sup>257</sup>. El objetivo del legislador al calificar las juntas generales en ordinarias y extraordinaria reside en obligar a la convocatoria de, por lo menos, una junta al año con el fin de los socios supervisaren y controlaren la actividad del órgano de administración; aunque esa finalidad es posible sin necesidad de poner “apellido” a las Juntas Generales.

La Junta General puede aún asumir además la forma de junta universal siempre que se encuentre presente todo el capital social y siempre que todos acuerden, por unanimidad celebrar la reunión y el orden del día en debate<sup>258</sup>. La junta universal viene referida en el art. 178 TRLSC (antes arts. 99 LSA y 48 LSRL) y, de acuerdo con ello, tiene competencia para tratar cualquier asunto. Además, con arreglo al párrafo 2 del

---

<sup>257</sup> Innecesariamente. En verdad, nada impide que una junta general ordinaria delibere más allá de los asuntos que por ley debe tratar.

<sup>258</sup> Sobre la junta universal *vid.* ELÍAS-OSTÚA RIPOLL, Raúl de, «La junta universal», en *Revista de Derecho de Sociedades*, número 3, 1994, páginas 190 a 202; MIRANDA SERRANO, Luis María, «La junta universal de accionistas o socios (una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas)», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 243, 2002, enero-marzo, Madrid, páginas 71-200; FARRANDO MIGUEL, Ignacio, «Examinando críticamente la regulación de la junta universal en la Ley de Sociedades Anónimas», *Revista de Derecho Mercantil*, número 262, 2006, octubre-diciembre, Madrid, 1307-1354; SÁNCHEZ LINDE, Mario, «El acuerdo unánime de celebrar junta universal en la sociedad anónima. Aspectos materiales y formales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 105, año XXVI, enero-marzo, 2007.

mismo precepto, se puede reunir en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.

No obstante la letra de la ley, la competencia de la junta universal presenta, doctrinalmente hablando, distintas facciones. Por un lado están los defensores – la doctrina mayoritaria – de la teoría que la junta universal tiene la misma competencia que la Junta General<sup>259</sup> y que, por eso, puede tratar los mismos asunto; por otro lado, un sector de la doctrina antagónico entiende que la junta universal no goza de la misma competencia que la Junta General<sup>260</sup>, porque no posee competencia para deliberar sobre determinados asuntos que, para proteger los intereses de los socios y otros interesados (obligacionistas, trabajadores, acreedores y terceros), exigen algunos requisitos especiales de información y publicidad, como pueden ser los acuerdos relativos a determinadas modificaciones estructurales ya que de esa manera no se cumplirán determinados supuestos legales, como los relativos al derecho de información, y que pueden incluso determinar una infracción al régimen jurídicos de estas materias.

La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles reglamenta, entre muchas otras materias, algunos de los problemas planteados hace mucho tiempo por las juntas universales, atenuando, de alguna forma, la polémica doctrinal. De hecho, entre otros objetivos, pretendió esta Ley solucionar las cuestiones clásicas de la junta universal, es decir, saber, por una parte, si esta clase de junta tiene la misma competencia que la Junta General y, por otra parte, especificar algunos aspectos relativos al derecho de información de los socios en el seno de una junta universal.

Veamos algunas de las soluciones patentadas en la dicha Ley 3/2009. La importancia de la Ley se manifiesta, como apunta expresamente el preámbulo de la Ley, *“en la unificación y en la ampliación del régimen jurídico de las denominadas modificaciones estructurales, entendidas como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la*

---

<sup>259</sup> Cfr. URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y MUÑOZ PLANAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V – la junta general de accionistas (artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas), dirigido por Rodrigo Uria, Aurelio Menendez y Manuel Olivencia, Editorial Civitas, SA, 1992, Madrid, página 109.

<sup>260</sup> Cfr. LARGO GIL, Rita, «Adopción de los acuerdos de fusión de sociedades en Junta Universal (RDGRN, 30-6-1993)», en *Revista de derecho de sociedades*, n.º 2, 1994, páginas 247-258; ELÍAS-OSTÚA y RIPOLL, Raúl de, «La junta Universal», en *Revista de derecho de sociedades*, n.º 3, 1994, páginas 190-202.

*fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo*”. Sobre estos asuntos, tendremos que evaluar si la Junta Universal tiene o no competencia para decidirlos y cuales las informaciones y a quienes tendrán que ser facultadas.

Así las cosas, veamos primeramente cuál es la información que debe ser puesta a disposición de los socios para que, en sede de junta, puedan adoptar válidamente acuerdos de transformación, fusión, escisión y cesión global de activos y pasivos.

El art. 9 de la Ley 3/2009 refiere que, al momento de la convocatoria de la Junta General que va a deliberar sobre el acuerdo de transformación, deberán los administradores *“poner en el domicilio social, a disposición de los socios, que podrán pedir su entrega o envío gratuito, incluso por medios electrónicos, los siguientes documentos: 1) el informe de los administradores que explique y justifique los aspectos jurídicos y económicos de la transformación, e indique asimismo las consecuencias que tendrá para los socios, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración e incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa; 2) el balance de la sociedad a transformar, que deberá estar cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha prevista para la reunión, junto con un informe sobre las modificaciones patrimoniales significativas que hayan podido tener lugar con posterioridad al mismo; 3) el informe del auditor de cuentas sobre el balance presentado, cuando la sociedad que se transforme esté obligada a someter sus cuentas a auditoría; 4) el proyecto de escritura social o estatutos de la sociedad que resulte de la transformación, así como, en su caso, otros pactos sociales que vayan a constar en documento público”*. Del precepto antedicho podemos retirar, desde luego, que existen algunas informaciones que deberán ser suministradas a los socios siempre que se pretende acordar la transformación de la sociedad. Nótese que tales informaciones deberán estar disponibles en el domicilio social y asimismo deberán ser enviadas, gratuitamente, a los socios que así lo soliciten. Refiérase que la propia ley prevé que este envío se haga de forma electrónica. Trátase, nuevamente, de un aprovechamiento de las nuevas tecnologías en beneficio del buen funcionamiento de las sociedades mercantiles ahora, en particular, en la concretización del derecho de información de los socios. Basta atentarnos en el contenido de las informaciones que tendrán que ser prestadas para percibirnos que existen innegables ventajas en que las mismas sean ministradas por vía electrónica. De hecho, los distintos informes, el balance, el proyecto

de escritura consisten en informaciones que probablemente tendrán un volumen considerable y si las sociedades los pueden enviar de forma electrónica ciertamente ahorrarán costes (como sean las copias, los envíos postales, el tiempo para copiar los documentos).

Fijémonos ahora en el apartado 3 del art. 9 de la Ley 3/2009, que apunta “*no será precisa la puesta a disposición o envío de la información a que se refiere el apartado primero cuando el acuerdo de transformación se adopte en junta universal y por unanimidad*”. Significa esto, por una parte, que la junta universal tiene plena competencia para adoptar acuerdos de transformación de sociedades y, por otra parte, cuando tales acuerdos son adoptado en el contexto de junta universal y cumulativamente cogen el asentimiento unánime de los socios la información descrita en el párrafo 1 del art. 9 de la Ley ahora en análisis es dispensable.

Las normas que acabamos de mencionar se aplican, por remisión legal del art. 73 de la Ley 3/2009, a los acuerdos de cesión.

Veamos ahora cual la información que las sociedades deberán facultar cuando pretenden adoptar un acuerdo de fusión. Dicta el art. 39 de la Ley 3/2009 que “*al publicar o comunicar individualmente, por cualquier medio que asegure la recepción, la convocatoria de la junta a la que haya de someterse la aprobación del proyecto de fusión, deberán ponerse a disposición de los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales, así como de los representantes de los trabajadores para su examen en el domicilio social, los siguientes documentos: 1) el proyecto común de fusión; 2) los informes de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión; 3) los informes de los expertos independientes, cuando la sociedad resultante de la fusión sea anónima o comanditaria por acciones, siempre que sean legalmente necesarios; 4) las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles; 5) el balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado del informe que sobre su verificación debe emitir, en su caso, el auditor de cuentas de la sociedad; 6) los estatutos sociales vigentes incorporados a escritura pública y, en su caso, los pactos relevantes que vayan a constar en documento público; 7) el proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o, si se trata de una absorción, el*



*texto íntegro de los estatutos de la sociedad absorbente o, a falta de éstos, de la escritura por la que se rija, incluyendo destacadamente las modificaciones que hayan de introducirse; 8) la identidad de los administradores de las sociedades que participan en la fusión, la fecha desde la que desempeñan sus cargos y, en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como administradores como consecuencia de la fusión”.*

El envío de la entrega de las informaciones aquí mencionadas podrá, asimismo, ser solicitado, bien por los socios bien por los representantes de los trabajadores. Una vez más, al igual a lo que sucede relativamente a las informaciones en el ámbito de los acuerdos de transformación, el envío de la información consubstanciase en el envío gratuito de copia de los documentos. También aquí se admite el envío electrónico de los documentos en causa (“*por cualquier medio admitido en derecho*”). Reiteramos lo que arriba hemos dicho sobre el envío electrónico de estos documentos. En verdad, los costes asociados a su envío e impresiones (o copias) se quedan a cargo del socio (o de los representantes de los trabajadores, a su caso) y no de la sociedad que, de esa forma, disminuye costes.

La posibilidad de las sociedades adoptaren estos acuerdos tanto en contexto de Junta General como universal se retira de los arts. 40.1 y 42 de la Ley 3/2009. Nótese que el último precepto indicado habla no solo de junta universal como hace referencia igualmente a los acuerdos unánimes.

A su vez, el acuerdo de cesión global de activo y pasivo será adoptado “*necesariamente por la junta de socios de la sociedad cedente, ajustándose estrictamente al proyecto de cesión global, con los requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión*” (cfr. Art. 87 Ley 3/2009). Somos, por lo tanto, nuevamente remitidos para el acuerdo de fusión.

De estos y otros preceptos legales (por ejemplo, arts. 8 y 40 de la Ley 3/2009) concluimos que es ahora posible que en contexto de junta universal las sociedades mercantiles adopten acuerdos sobre transformación, fusión, escisión y cesión global de activos y pasivos.

Como referimos arriba, ante un acuerdo de modificación estructural de una sociedad mercantil es necesario dar a conocer a los socios (y eventualmente a otros interesados estipulados por ley, como sean, acreedores, representantes de trabajadores,

obligacionistas) cuáles son las reales implicaciones de tal modificación. Esta información debe ser ofrecida naturalmente en un momento anterior al momento de la celebración de la Junta General. Efectivamente, es esa la mejor manera de que los interesados puedan analizar todas las informaciones y consecuentemente pudieren votar en conciencia. Es por eso que manda la ley que la información referida sea colocada a disposición de los interesados con la publicación de la convocatoria para la junta y que estos sean debidamente informados sobre la posibilidad de examinar, en el domicilio social, los documentos y recibir el respectivo texto íntegro (cfr. Arts. 9.1; 40.2; 73.1; 87.1; todos de la Ley 3/2009).

Se puede apreciar, entonces, que el mayor problema que se plantea en el ámbito de la adopción de acuerdos de modificaciones estructurales en el contexto de junta universal se relaciona precisamente con la concreción del derecho de información de los socios. Claro está que no es posible prestar las informaciones anteriormente referidas con la mencionada antelación si ocurre una junta universal totalmente espontánea. En su caso, la única solución posible es que tales informaciones sean puestas a disposición en el seno de la junta y en caso de que algún interesado entienda que no posee las informaciones necesarias para la adopción del acuerdo, puede simplemente no acordar celebrar la reunión o que la modificación estructural forme parte del orden del día, con lo que impedirá que se realice válida y legalmente la junta universal. Significa esto que los socios tendrán que tener la posibilidad de acceder a las informaciones justo antes de la decisión de celebrar la Junta Universal porque, una vez decidido celebrarla no podrá el socio invocar la falta de información para realizar la junta. Creemos también que no se debe entender que la decisión de adoptar el acuerdo en junta universal implica que los socios pretendan renunciar a la información. Parece evidente que los administradores no se pueden negar a ofrecer las informaciones requeridas por aquellos durante la junta universal. Sin embargo, como es sabido, son extremadamente raras las juntas universales completamente espontáneas. Lo más común es que la junta universal sea el resultado de una convocatoria informal o de una convocatoria de Junta General que no haya obedecido a los trámites legales. Esta circunstancia práctica implica que, en la inmensa mayoría de las situaciones, los interesados tengan ya disponible toda la información necesaria para decidir sobre la celebración de la Junta y el orden del día.

Veamos también lo dispuesto en el art. 43 (que se aplica, además de los acuerdos de fusión a los de escisión y a los de cesión global de activo y pasivo). En citado precepto refiere se expresamente a la publicación del acuerdo que deberá mencionar “el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores”. Tratase de una información a *posterior* y no con antelación a la adopción del acuerdo. Precisamente porque se trata de una información ministrada después de adoptado el acuerdo, el art. 44 consagra el derecho de oposición de los acreedores (y de los obligacionistas) que dispondrán de un mes (contado desde la fecha de la publicación del último anuncio del acuerdo o cuando la comunicación se hace por escrito desde el último envío) para se opusieren al acuerdo adoptado.

Nótese que, por ocasión del 43.2, la publicación, en *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio, del derecho de información anteriormente mencionado será dispensable siempre que “*el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad*”. Inferimos directamente de la norma citada que los medios electrónicos pueden, de nuevo, servir a las sociedades mercantiles.

## **5. Convocatoria de la Junta General**

### **5.1. Finalidad de la convocatoria**

Las juntas generales deben ir precedidas de una convocatoria hecha de acuerdo con los preceptos que la ley establece. Como referimos anteriormente, al contrario de las juntas universales, las juntas generales solamente pueden celebrarse para adoptar acuerdos sin son convocadas válidamente. La convocatoria es, por lo tanto, un requisito necesario para la buena constitución de las juntas generales. La finalidad de la convocatoria reside en permitir a los socios que conozcan la fecha, hora y lugar de la junta y, lo más importante, que conozcan los asuntos que se van a tratar en la junta para

informarse debidamente y preparar el sentido de su voto. Es, en conclusión, la convocatoria la que va permitir al socio decidir si tiene o no interés en asistir, deliberar y votar sobre los asuntos incluidos en el orden del día.

## **5.2. Competencia para convocar la junta**

La competencia para convocar las juntas corresponde a los administradores<sup>261</sup>. Es así tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades de responsabilidad limitada, ahora ambas reguladas en el TRLSC.

En las sociedades de capital los administradores tienen, antes que nada, la facultad de convocar la junta siempre que lo consideren conveniente, es decir, siempre que consideren que la celebración de la junta es importante para la concreción de los intereses sociales. Es así porque, efectivamente, el órgano de administración es el que se encuentra mejor cualificado para juzgar sobre los intereses de la sociedad y sobre la necesidad de consultar los accionistas acerca de determinados asuntos que sean de la competencia de la Junta. Asimismo son los administradores quienes mejor pueden percibir la necesidad de consultar a la Junta para que ésta defina determinadas orientaciones o políticas empresariales en forma de instrucciones si pudieran resultar sensibles para los intereses de los socios y de la organización societaria en su conjunto.

Por eso la ley concede a los administradores una amplia libertad para convocaren la Junta General cuando lo consideren pertinente. Pero, además de la facultad ahora referida, sobre los administradores recae la obligación de convocar la junta al menos una vez al año, dentro del plazo estipulado legalmente, para aprobar en su caso las cuentas anuales, censurar la gestión social y decidir sobre la aplicación del resultado. En este sentido, establece el art. 164 TRLSC (antes art. 95.1 LSA y 45.2 LSRL) *“la junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá*

---

<sup>261</sup> La LSC prescribe en el art. 166 que *“la junta general será convocada por los administradores y, en su caso, por los liquidadores de la sociedad”* y en el art. 167 que *“los administradores convocarán la junta general siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales, y en todo caso, en las fechas o periodos que determinen la ley y los estatutos”*. Anteriormente refería el art. 100/1 LSA que: *“los administradores podrán convocar la junta general extraordinaria de accionistas siempre que lo estimen conveniente para los intereses sociales”*; y el art. 45/1 LSRL que *“la Junta General será convocada por los administradores y, en su caso, por los liquidadores de la sociedad”*.

*necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado”.*

Como vimos y como se trasluce directamente de la Ley, la misión de la denominada junta ordinaria (en la terminología de la LSA, superada por la LSRL 1995 y ahora definitivamente asiente por el TRLSC), reside en la evaluación del trabajo desarrollado por el órgano de administración, por lo que solamente será alcanzará ese objetivo si se celebra en tiempo útil. Sin embargo, apunta el 164.2 que *“la junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo”*, en la senda de lo que ya preveía el art. 95.2 LSA (cambiado en 2005 por ocasión del reconocimiento de la jurisprudencia de que lo importante era que la junta se celebrase en un tiempo prudencial aunque fuera del plazo estricto de los seis primeros meses de cada ejercicio).

Asimismo, los administradores deben convocar la Junta General siempre que sea necesario reducir el capital por pérdidas, con arreglos a los arts. 317 y 318 TRLSC (antes, 163 y 164 LSA).

Otra circunstancia que implica la obligación para los administradores de convocar la Junta General es la verificación de alguna causa de disolución (arts. 363, 364 y 365 TRLSC).

Asimismo, los administradores, deben igualmente convocar la junta cuando sea solicitado por socios (o socio) que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social (art. 168.1 TRLSC). Los socios que soliciten la convocatoria de la junta deben expresar en la solicitud los asuntos que pretenden sean tratados en la junta. En este caso, con arreglo al 168.2 TRLSC, *“la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud”*. De la interpretación de este precepto legal podemos deducir, desde ya, que los socios deben solicitar la convocación de la junta por conducto notarial.

Por otra parte, y relativamente al plazo fijado para que los administradores realicen la convocatoria, creemos que este precepto crea un problema relativo al plazo para convocar en lo que concierne a las sociedades anónimas.

Naturalmente, la junta solicitada en los casos indicados por el precepto legal será calificada de junta extraordinaria por exclusión de partes una vez que no se encuadra en el art. 164 TRLSC sino en el art. 165 TRLSC. Sin embargo, a la convocatoria de la junta extraordinaria, y a falta de reglas especiales, debemos aplicar las disposiciones dirigidas a las juntas generales ordinarias. Así lo explicita el Reglamento del Registro Mercantil<sup>262</sup>. Ante la vigencia de la LSA refería la doctrina y la jurisprudencia, en la senda de la orientación del Reglamento del Registro Mercantil, que los arts. 97 y 98 LSA eran disposiciones de carácter común para ambas juntas<sup>263</sup>. Asimismo, en la vigencia del TRLSC, denotase de las normas reguladoras de la convocatoria serán de aplicar a ambos los tipos de juntas.

Esto significa que, relativamente a las sociedades anónimas, además de la Junta General ordinaria, también la Junta General extraordinaria debe ser convocada a través de anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, con la antelación mínima de un mes relativa a la fecha de la celebración de la junta. La exigencia de un mes fue introducida en la LSA por la Ley 19.2005, de 14 de noviembre, que aumentó el plazo que dista entre la fecha de la publicación de la convocatoria y la fecha de la celebración de la junta de quince días a un mes. El TRLSC mantuvo el dicho plazo de un mes. El problema que se verifica es que si las juntas generales extraordinarias tuvieran que respetar este plazo es imposible que los administradores, ni siendo muy expeditivos en la realización de la convocatoria, puedan respetar el plazo indicado en el art. 168 TRLSC (antes 100.2 LSA), que como vimos indica que la junta debe ser “*convocada para su celebración dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud*”.

---

<sup>262</sup> Cfr. Art. 126/2 Reglamento del Registro Mercantil, que menciona que “*si no se estableciesen requisitos particulares para las Juntas generales extraordinarias y para las especiales, se entenderá que se rigen por las reglas previstas en la Ley y en los estatutos sociales para las generales ordinarias*”.

<sup>263</sup> En este sentido *vid.* Cfr. URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y MUÑOS PLANAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V – la junta general de accionistas (artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas), dirigido por Rodrigo Uria, Aurelio Menendez y Manuel Olivencia, Editorial Civitas, SA, 1992, Madrid, página 81.

Así, mejor será interpretar esta regla de otra forma, aceptando que es suficiente que los administradores convoquen la junta dentro del plazo estipulado (de los treinta días) y que la misma se celebre fuera del referido plazo<sup>264</sup>.

El problema ahora referido no se plantea con relación a las sociedades de responsabilidad limitada porque, como refiere el art. 176.1 TRLSC, “entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos quince días”.

Nótese que la necesidad de que los socios (o un socio) detenten, al menos, un cinco por ciento del capital social puede ser modificada en los estatutos siempre que sea para disminuir el porcentaje exigido; es decir, los estatutos pueden exigir un porcentaje inferior pero jamás superior, porque eso sería suprimir o limitar un derecho de la mayoría que, como es sabido, atenta contra los principios inspiradores de la legislación societaria.

Por último, la Ley consagra el derecho de cualquier socio a solicitar a los administradores la convocatoria de la junta siempre que, a su juicio, se verifique una causa fundada para la disolución o para la declaración del concurso de la sociedad (art. 365.1 TRLSC). Teniendo en cuenta la gravedad del asunto en causa, no es necesario que la solicitud de la junta sea hecha por quien tiene al menos cinco por ciento del capital social, sino que el criterio reside en la existencia de una causa fundada, legítima, para la disolución o para el concurso de la sociedad.

Si los administradores no convocan la junta ordinaria o no atendieren la solicitud de convocatoria cursada por los socios, éstos pueden recurrir a la convocatoria judicial (art. 169.2 TRLSC), la cual tiene que cumplir los requisitos formales estipulados en la ley (arts. 173, 174 y 176 TRLSC) o, en su caso, con los estipulados en los estatutos<sup>265</sup>. En su caso, el Juez de primera instancia del domicilio social de la sociedad, previa

---

<sup>264</sup> Tal como, incluso, algunos autores ya propugnaban cuando regía el plazo de quince días. A propósito cfr. CARBAJO CASCÓN, Fernando, *Los órganos sociales: junta general y administradores*, pág. 13

<sup>265</sup> Para más desarrollos sobre la convocatoria judicial de las juntas generales de accionistas, vid. AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “La convocatoria de las juntas generales de accionistas por decisión de la autoridad judicial en las sociedades anónimas”, en *Revista General de Derecho*, núm. 584, 1993, páginas 487 y siguientes; CLARET GELIS, M., “La junta general de socios convocada judicialmente”, en *Poder Judicial*, n.º 39, 1995, páginas 125-158; AVILA JARRÍN, F. J., *Convocatoria judicial de la junta general en S.A. y S.L.*, Barcelona, 2004.

audiencia a los administradores<sup>266</sup>, convocará la Junta General ordinaria y designará a la persona que habrá de presidirla. Lo mismo sucede respecto de la Junta General extraordinaria solicitada por los socios (o socio) que sean titulares de al menos el cinco por ciento del capital social y no sea convocada por los administradores. La convocatoria de la Junta General ordinaria por parte del juez no es una obligación sino una facultad. Esta es, por lo menos, la postura dominante, con arreglo a lo dispuesto en el artículo ciento y uno, párrafo primero, de la Ley de Sociedades Anónimas. De manera diferente sucede cuando se trata de la convocatoria judicial de una Junta General extraordinaria. Este último caso, sucede cuando los socios titulares de, al menos, cinco por ciento del capital social, solicitaran a la administración la convocatoria de la junta y ésta no lo ha hecho oportunamente (por eso se refiere que se trata de una situación en la cuál la convocatoria judicial es subsidiaria, porque primero los socios deben solicitar la convocatoria al órgano de la administración). El artículo ciento y uno, párrafo dos, de la Ley de Sociedades Anónimas refiere que en el caso ahora apuntado, la convocatoria judicial “habrá de realizarse” lo que denota un tono imperativo y no meramente facultativo. Esta diferencia de tratamiento es muy extraña, sobre todo porque es la Junta General ordinaria la que tiene que celebrarse obligatoriamente y no la Junta General extraordinaria. Es por eso, que es más lógico interpretar que la convocatoria judicial es una facultad del juez en ambas juntas, especialmente cuando en la Junta General extraordinaria el juez entienda que la junta tendría por finalidad aprobar acuerdos lesivos para el interés social<sup>267</sup>.

La Junta General puede también ser convocada excepcionalmente por el comisario del sindicato de obligacionistas. Se trata de una situación excepcional y que solamente ocurre, de acuerdo con el art. 428.2 TRLSC (antes, 304.2 LSA) “*cuando la sociedad haya retrasado en más de seis meses el pago de los intereses vencidos o la amortización del principal*”. En su caso, “*el comisario podrá proponer al consejo la suspensión de cualquiera de los administradores y convocar la Junta General de*

---

<sup>266</sup> Los administradores no tienen que pronunciarse obligatoriamente, es suficiente que el juez les otorgue un plazo para que comparezcan de forma verbal o por escrito (cfr. STS de 22 de abril de 1987, RJA 2725).

<sup>267</sup> Es importante señalar que los administradores responderían por los daños y perjuicios que eventualmente deriven de la falta de la convocatoria de la junta. Esta responsabilidad puede exigirse mediante una acción social de responsabilidad y también a través de una acción individual de responsabilidad. (cfr. 238 LSC).



accionistas, si aquéllos no lo hicieren cuando estimen que deben ser sustituidos”. Esta convocatoria que, como se refirió es realizada por el comisario (del sindicato de obligacionistas), tiene que cumplir los requisitos formales de la convocatoria impuestos por la Ley y, en su caso, por los estatutos sociales.

Referimos arriba que la competencia para convocar recae sobre los administradores. Significa esto que, la convocatoria debe ser acordada de acuerdo con la estructura del órgano de administración<sup>268</sup>. Si la administración está confiada a un administrador único bastará naturalmente con su sola decisión. Si la administración si encuentra otorgada a varios administradores tenemos que ver si actúan solidaria o conjuntamente. Si actúan de forma solidaria la convocatoria será válida con la firma de cualquiera de ellos<sup>269</sup>. Si se trata de administradores mancomunado será necesario el acuerdo y consecuentemente la firma de todos ellos. En caso de Consejo de Administración es necesario que el consejo emita un acuerdo previo y valido<sup>270</sup>. No obstante, es posible delegar la competencia para convocar tanto por estipulación en los estatutos<sup>271</sup> como por acuerdo del propio consejo<sup>272</sup>.

### **5.3. Requisitos de la convocatoria (formales y materiales)**

---

<sup>268</sup> Véanse las distintas posibilidades de la estructura del órgano de administración en el art. 124 Reglamento del Registro Mercantil y 210 LSC.

<sup>269</sup> Excepcionándose las situaciones en las cuales los estatutos prevén una distribución de facultades al respecto. En esta situación debe la convocatoria ser firmada por el administrador que tiene a su cargo tal tarea. Sin embargo, las consecuencias de una convocatoria firmada por cualquier otro administrador tendrían, en principio, un alcance solamente interno.

<sup>270</sup> Cfr., arts. 247 y 248 LSC. La convocatoria de la junta sin el acuerdo valido del consejo es considerada nula por defecto de convocatoria (cfr. SSTS de 31 de mayo de 1983, RJA 2954 y 27 de diciembre de 1993, RJA 10152), y también cuando la junta es convocada por su presidente o por uno de los administradores sin acuerdo previo del consejo (SSTS de 25 de febrero de 1986, RJA 852 y 24 de febrero de 1995, RJA 1113). Fue precisamente por eso que el Tribunal Supremo consideró necesario indicar en el anuncio la existencia de acuerdo del consejo de administración (cfr. SSTS de 25 de abril de 1986, RJA 1997 y 13 de julio de 1987, RJA 5487).

<sup>271</sup> Cfr., RRDGRN de 8 de mayo de 1987, RJA 3223 y 7 de diciembre de 1993, RJA 9863.

<sup>272</sup> Se trata efectivamente de una materia que no se encuentra entre las facultades indelegables, con arreglo al art. 249 LSC. Parece, además, que no será necesaria una delegación específica para convocar, porque es perfectamente posible que la misma se encuadre en la delegación genérica de todas las facultades legalmente admitidas (cfr. RDGRN de 11 de marzo de 1999, RJA 1724).

### **5.3.1. Formales**

La convocatoria de las juntas deberá obedecer a determinados requisitos formales, sin los cuales no se quedará plenamente válida. La obligación de cumplir ciertos procedimientos puede advenir de la ley (requisitos legales) o de los estatutos (requisitos estatutarios).

La Ley estipula distintos requisitos consonante se trate de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada. En el paso siguiente verificaremos los requisitos (legales, primeramente, y estatutarios, después) que deben ser verificados en las convocatorias de las juntas generales de las sociedades anónimas y limitadas.

#### **5.3.1.1. Legales**

Resulta de la breve introducción anteriormente hecha que las sociedades, atendiendo a sus particulares especificidades, pueden estipular en los estatutos sociales el modo de convocar las juntas y decidir las formalidades que ellas deben contener. Resulta asimismo que, esta libertad concedida a las sociedades no es, de modo alguno, absoluta. Antes bien, la Ley estipula los requisitos mínimos que las convocatorias tienen que cumplir para que se consideren válidamente formalizadas.

En este sentido, relativamente a las sociedades anónimas, tenemos de analizar los arts. 173.1, 176.1 y 177 TRLSC<sup>273</sup>. Según el art. 173.1 TRLSC la convocatoria debe ser publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia<sup>274</sup>, por lo menos, con la antelación de un mes relativamente a la fecha de la celebración de la junta (art. 176.1 TRLSC)<sup>275</sup>. Así, el

---

<sup>273</sup> Sobre la convocatoria de la junta general de la sociedad anónima *vid.*, entre otros, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La convocatoria de la junta general de la sociedad anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Bruseta Pont*, vol. 2, 1995, páginas 1441-1470; CARBAJO CASCÓN, Fernando, *Los requisitos de convocatoria de junta general de la sociedad anónima*, Colección jurisprudencia práctica, 106, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

<sup>274</sup> Con arreglo a lo dispuesto en el art. 97/1, 2 del Reglamento del Registro Mercantil, en el acta de la junta general (que no sea universal, naturalmente) ha de constar la indicación del “Boletín Oficial del Registro Mercantil y el diario o diarios en que se hubiere publicado el anuncio de convocatoria”.

<sup>275</sup> Acerca de la publicación en uno de los diarios, nótese que la ley hace referencia al hecho de que se trate de uno de los diarios de mayor circulación en la provincia del domicilio de la sociedad y no de la

legislador, optó por una forma pública de convocatoria de las juntas generales en la sociedad anónima, omitiendo cualquier referencia a una posible forma privada realizada mediante una comunicación dirigida individualmente a los accionistas. Tratándose de sociedades anónimas, es comprensible que el legislador haya entendido que la forma privada de convocar sería más difícil de concretar, especialmente en los casos de las sociedades que tienen muchos accionistas. Por otra parte, la referida forma privada solamente sería admisible para los accionistas titulares de acciones nominativas, toda vez que no sería posible dirigir individualmente la convocatoria a los titulares de acciones al portador. Por lo tanto, entendió el legislador que la convocatoria hecha mediante anuncio público protegía mejor los derechos de los accionistas de intervenir en las juntas previo conocimiento de los asuntos a tratar en cada una de ellas. Esta finalidad de la convocatoria pública la vemos nosotros muy discutible especialmente si considerarnos que el tipo de sociedad anónima se utiliza ampliamente para medianas empresas (y también en ocasiones para pequeñas empresas). Este régimen rígido de convocatoria no se compadece con el propósito de la flexibilización del régimen societario. Creemos que, como adelante intentaremos probar, el legislador debería permitir, también en sede de sociedades anónimas, la convocatoria privada. Entendemos igualmente, como desarrollaremos a continuación, que las nuevas tecnologías podrían ser muy validas en éste ámbito y ayudar a concretizar el objetivo de promover una

---

provincia; es decir, no es relevante el lugar de publicación del diario, solamente importa si es o no uno de los diarios más adquiridos de esa provincial. A propósito, critica OTERO LASTRES la sustitución de la proposición «de» - que vigoraba en la Ley de 1951 – por la proposición «en». Refiere el citado autor que si el objetivo de la publicidad de la convocatoria es permitir el conocimiento de la celebración de la junta por todos los accionistas y, por eso, impedir la realización de juntas clandestinas, la sustitución de preposiciones es contraria a tal finalidad. La razón que apunta es simple: si se aumenta el número de diarios con gran circulación en todas las provincias españolas es mucho más difícil controlar la publicación de convocatorias de la juntas. Antes de la sustitución al accionista le bastaba con controlar uno o dos diarios para enterarse de la existencia de la convocatoria. Ahora tiene que analizar los diarios locales y también los diarios de ámbito nacional que presenten una gran circulación en todas las provincias. Concluye el autor que actualmente es más fácil convocar «clandestinamente» una junta. Termina criticando y oponiéndose a la Resolución de la DGRN de 5 de marzo de 1991, “*según la cual el cambio de las citadas preposiciones ha conseguido que la publicación de las convocatorias de las juntas se realice en los periódicos de mayor difusión en la provincia donde la sociedad tenga su domicilio con independencia de si han sido editados o no en ella*”. Esta resolución parece desconocer la importancia que tienen en cada provincia los periódicos locales y que el artículo 97 exige que la convocatoria se publique en el diario de mayor publicación de la provincia, sino en «uno de los diarios de mayor» circulación; criterio este lo suficientemente «difuso» como para permitir que los administradores pueden escoger entre «varios» diarios, lo que dificultará la labor de control de los accionistas”. Cfr. OTERO LASTRES; José Manuel, «Acerca de la junta general de accionistas de la S.A.», en *Estudios sobre la Sociedad Anónima II*, dirigido y presentado por Victor Manuel Garrido de Palma, Editorial Civitas, Madrid, 1993, páginas 48-97, en concreto página 67.

mejor y más amplia difusión de la convocatoria. Por todo esto, es de lamentar que el legislador no tenga aprovechado la oportunidad de la publicación del TRLSC para introducir, en el ámbito de las sociedades anónimas, la convocatoria privada. Sin embargo, como intentaremos demostrar en el punto dedicado a los requisitos formales estatutarios, pensamos que las sociedades anónimas podrán acumular con la convocatoria pública un sistema de convocatoria privada. Es decir, como vimos, la convocatoria pública resulta obligatoria, todavía en los estatutos podrá la sociedad fijar que, además de la convocatoria pública, sus accionistas serán igualmente convocados mediante convocatoria privada. Como mejor veremos adelante, entendemos que esta será la mejor solución para atender a los intentos de la flexibilización de los derechos de los socios sin, con todo, violar las normas legales imperativamente fijadas para esta materia.

Referimos que la convocatoria debería ser publicada con la antelación de, al menos, un mes relativamente a fecha de realización de la junta. El plazo de un mes tiene por finalidad que haya tiempo suficiente para que los socios conozcan la noticia de la existencia de la junta y principalmente para que tengan tiempo suficiente para preparar la reunión. Ya apuntamos anteriormente que el plazo de un mes fue establecido en 2005 (Ley 19/2005, de 14 de noviembre) por ocasión de la alteración al art. 97.1 LSA que se establecía un plazo de quince días entre la fecha del último anuncio y la de celebración de la Junta, salvando los supuestos de fusión y escisión donde el plazo aumentaba hasta un mes<sup>276</sup>.

La omisión de cualquier de los requisitos formales arriba mencionados conduce a la invalidez de la convocatoria y, por consiguiente, a la invalidez de la propia junta y de los acuerdos en su caso adoptados.

Pues bien, realizadas las explicaciones anteriores, es de reconocimiento general que la eficacia de la convocatoria pública es mínima. Por ello, puede cuestionarse si no

---

<sup>276</sup> El cómputo de los quince días fue objeto de variadas interpretaciones. No obstante, en nuestra opinión, ante la ausencia de ley especial debería aplicarse el plazo dispuesto en el artículo cinco del Código civil, y consecuentemente no contabilizar ni el día de la fijación de los anuncios (del último, naturalmente), ni el día de la celebración de la junta. Sin embargo, el Tribunal Supremo Tribunal ha establecido que el plazo se debe computar contando el día de la publicación de la convocatoria y excluyendo el día de la celebración de la junta. El mismo raciocinio de debe aplicar, *mutatis mutandis*, al plazo recientemente incrementado de un mes.

sería admisible sustituir los anuncios por otro sistema de publicidad que sea más eficaz, como es, por ejemplo, el caso de la carta certificada a cada uno de los socios en los casos de sociedades anónimas que se emplean como formas jurídicas de PYMEs. Creemos sin embargo que esa sustitución, aunque aportaría más eficacia a los objetivos últimos de la convocatoria, no podría sanar el vicio de invalidez que se crea por la ausencia de los anuncios si una previsión legal específica que admita la sustitución del sistema público por un sistema estatutaria de convocatoria privada<sup>277</sup>. En el caso de estipularse en los estatutos formas directas de publicidad, la cuestión que se plantea es, primero, si esos acuerdos podrían ser válidamente inscritos en el Registro Mercantil, y segundo, si los administradores tendrían que respetarlos necesariamente, sustituyendo la convocatoria pública, para que la Junta pueda considerarse válidamente celebrada o si, por el contrario, deberían cumplir también con los requisitos de convocatoria público previstos en la Ley. A nuestro juicio, aunque las formas directas de publicidad no se encuentran estipuladas en la Ley, si pasan el doble control notarial-registral y se inscriben en el Registro Mercantil, una vez exigidas por los estatutos su omisión conduce a la nulidad de los acuerdos.

La forma de convocación exigida ahora en el art. 173.1 TRLSC abarca todas las sociedades de capital y, por lo tanto, engloba tanto las sociedades anónimas como las sociedades de responsabilidad limitada (y por cierto las comanditarias por acciones, las cuales no tenemos estudiado). Así, mismo con relación con las limitadas, deberá la respectiva Junta General ser convocada a través de anuncio publicado en el BORME y bien así “*en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social*”. Parece, pues, que el legislador eligió, también aquí, la forma pública de convocatoria como la forma preferida. Sin embargo, permitió que las limitadas fijasen en sus estatutos la sustitución de la convocatoria pública por un sistema privado de convocatoria (cfr., art. 173.2 TRLSC). A continuación desarrollaremos esta admisibilidad, pero ahora importa resaltar que subscribimos enteramente la posibilidad de las sociedades sustituyeren el sistema público de convocatoria por un sistema privado. Solamente lamentamos que el legislador no tenga

---

<sup>277</sup> No obstante, el Tribunal Supremo consideró puntualmente que en una sociedad anónima constituida por tres socios, todos ellos administradores, la citación a uno de los socios (administrador) por los restantes (igualmente administradores) sustituiría válidamente la publicidad legal (cfr. STS de 5 de marzo de 1987).

aprovechado la Ley 1/2010 para introducir expresamente las nuevas tecnologías como una de las formas posibles de convocar los socios.

Si, como vimos, el art. 176.1 estipula que entre la convocatoria y la fecha de la celebración de la reunión de las sociedades anónimas debe mediar un plazo de, al menos, un mes, en lo que concierne a las sociedades de responsabilidad limitada tal plazo es reducido para quince días. El plazo de quince días será el exigido independientemente de la convocatoria ser pública o privada. Simplemente, cuando se trata de una convocatoria individual a cada socio, los quince días solamente se “computarán a partir de la fecha en que hubiere sido remitido el anuncio al último de ellos”, (cfr., art. 176.2 TRLSC).

### **5.3.1.2. Estatutarios**

Todos los requisitos de la convocatoria analizados hasta ahora presentan carácter imperativo e inderogable, por lo que la ausencia de los mismos provoca la nulidad absoluta e insubsanable de la Junta y consecuentemente de los acuerdos en ella adoptados. Sin embargo, y como dejamos antever arriba, es admisible añadir estatutariamente otros requisitos a los estipulados legalmente. Así se deduce, con carácter general, del art. 28 TRLSC, que consagra el principio de autonomía de la voluntad de los socios siempre y cuando no contradiga lo dispuesto en las leyes y los principios configuradores de la sociedad anónima. Esta posibilidad permite acoger y proteger con mayor intensidad los derechos de los socios, en particular el derecho de información.

También adelantamos arriba que solamente las sociedades de responsabilidad limitadas pueden optar por el sistema de convocación individual a cada socio, rechazando el sistema de la convocación pública, desde que lo estipulen en sus estatutos. Es decir, en las sociedades limitadas el legislador estipula como primero y supletorio régimen de convocación de los socios la publicación en el BORME y en uno de los diarios. Permite la sustitución del sistema ahora mencionado desde que ella se queda fijada en los estatutos. Así, podrá la limitada sustituir la publicación en el BORME y en uno de los diarios por la publicación de la convocatoria “*determinado*

*diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social”* (sistema que se traduce igualmente en una convocatoria pública) *“o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro-registro de socios”*. Así las cosas, podrán las sociedades de responsabilidad limitada nada decir en sus estatutos cuanto a convocatoria y esta tendrá que ser publicada con arreglo a lo estipulado en el art. 173.1 TRLSC. Al envés, podrán optar por sustituir esa publicación por una de las dos formas permitidas en el art. 173.2 TRLSC. Hay aún otra posibilidad a disposición de las sociedades de responsabilidad limitada: mantener el régimen supletorio, es decir la publicación en el BORME y en un diario, y añadir a ello otras formas de convocar los socios. Aquí, la sociedad tendrá plena libertad para definir las formas que mejor convienen a sus socios. Podrá optar por la utilización de las nuevas tecnologías (lo que seguramente sale más barato y, creemos, eficaz).

Contrariamente, cuando se trata de una anónima, la sustitución del régimen de convocatoria pública por un régimen de convocatoria privada a través de una comunicación individual a cada uno de los socios, no obstante ser más eficaz, no es legalmente admisible. Cuestión distinta es la fijación estatutaria de comunicaciones individuales que se añadan al sistema de convocatoria pública

En verdad, como acabamos de señalar, la autonomía de la voluntad de que se habla en el art. 28 TRLSC sólo es posible en la medida que los pactos y condiciones que se establezcan en los estatutos *“no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”*. En este sentido la doctrina viene calificando los requisitos de la convocatoria legalmente exigidos como requisitos imperativos que, por tanto, no admiten sistemas alternativos. A nuestro juicio, porque nos encontramos ante impedimentos legales para la existencia de una sustitución, será viable acumular convocatorias privadas a la convocatoria pública de la Junta General, y ello porque el sistema de convocatoria privada, como ya apuntamos presenta una mayor eficacia en la publicidad de la celebración de la junta.

La realidad prueba que el actual sistema de publicidad de la convocatoria es poco eficaz y que la mayoría de los accionistas toma conocimiento de la celebración de la junta a través de otros medios. La convocatoria publicada en los diarios solamente es

leída por pocos accionistas, una vez que la gran mayoría o no tiene por hábito leer ese periódico o no está atenta a la convocatoria<sup>278</sup>. Se añade a todo esto que los diarios no tienen una sección propia para la publicación de las convocatorias y, por eso, pueden aparecer en cualquier página, lo que acrecienta las dificultades de entrever la convocatoria. Estos problemas que se revelan en la publicación de los diarios no son resueltos con la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, ya que muestra una difusión muy baja. No podemos sin embargo olvidar la importancia que, en este ámbito, tiene la posibilidad de acceder gratuitamente a la sección de los anuncios de dicho Boletín a través de Internet, lo que facilitó muchísimo las consultas.

Recuérdese que, desde 2003, con el Plan de “Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea” el legislador tiene incentivado los Estados miembros a adoptaren las medidas necesarias para reforzar los derechos de los accionistas, sobre todo, en las sociedades cotizadas. En esta senda, surgió la Directiva 2007/36/CE que, como vimos ya, pretende facilitar y flexibilizar los derechos de los dichos accionistas, intentando eliminar, por eso, los obstáculos que dificultan, actualmente, tal ejercicio. Entre esos obstáculos, encontramos aquellos que dificultan el acceso de los accionistas a la información sobre la Junta General, incluyendo la información sobre la convocatoria. Así, el art. 5. De la Directiva afirma que *“los Estados miembros velarán por que las sociedades anuncien la convocatoria de la junta general mediante alguno de los medios indicados en el apartado 2 del presente artículo y al menos 21 días antes de la fecha fijada para su celebración”*. En el apartado 2, podemos leer que *“sin perjuicio de otros requisitos de notificación o publicación que establezca el Estado miembro competente según se define en el artículo 1, apartado 2, las sociedades tendrán la obligación de anunciar la convocatoria a que se refiere el apartado 1 del presente artículo de un modo que garantice un acceso rápido y no discriminatorio a la misma. El Estado miembro exigirá a la sociedad que se sirva de medios de comunicación de los que quepa razonablemente esperar una difusión efectiva de la información al público en toda la Comunidad. El Estado miembro no podrá imponer la obligación de utilizar solamente medios de comunicación cuyos operadores estén establecidos en su territorio”*. Resulta claro que

---

<sup>278</sup> Muchas veces publicada en tamaños extremadamente reducidos que naturalmente la hacen pasar desapercibida.



la Directiva intentó que las convocatorias fuesen publicadas a través de medios que garantizaran una difusión efectiva y un acceso rápido a respectiva información.

En conclusión, el régimen que actualmente vincula a las convocatorias de las juntas generales de las sociedades anónimas no es el más deseable. No lo es cuando la anónima en causa es una mediana empresa; no lo es tampoco cuando la anónima es una cotizada. En la primera de las situaciones apuntadas el sistema de convocatoria individual garantizaría más bien los intentos de la convocatoria que el sistema de convocatoria pública. En la segunda situación aportada, la publicación en el BORME y en un diario no va al encuentro de las imposiciones de la Directiva porque no solo no son los medios que permiten una difusión más efectiva como se tratan de medios de comunicación establecidos en el territorio español (no obstante la posibilidad actual del BORME ser consultado en la Internet).

Así las cosas, vemos en la utilización de las nuevas tecnologías un bueno remedio para superar estas enfermedades, flexibilizando el ejercicio de los derechos de los accionistas y promoviendo una participación más activa en la vida de las sociedades.

Una vez que la Ley, no permite la sustitución de la convocatoria en los términos dictados por el art. 173.1 TRLSC, insistimos que, como tendremos oportunidad de explicitar más adelante, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación presentan una buena manera de complementar el sistema de convocatoria pública, al permitir un rápido y barato sistema de convocatoria privada. Además las nuevas tecnologías comienzan a ser una realidad también en las sociedades mercantiles, como demuestra la introducción del artículo 182 TRLSC (antes, art., 97.5 LSA por la Ley 19/2005) aunque no haga referencia directa a los sistemas de convocatoria. Se puede desprender del precepto citado, el legislador también cree en la utilidad de tales tecnologías.

Consideramos, entonces, que el principal objetivo de la introducción de las nuevas tecnologías se asocia con la necesidad de promover una junta más participativa. Una mayor participación en las juntas generales ocurre naturalmente si se ponen los medios necesarios para facilitar la participación de los accionistas; pero el primero paso reside en el conocimiento de la celebración de la junta, en el acceso a la información

relativa a la Junta General<sup>279</sup>. Es decir, la importancia de conceder más facilidades a la participación de los socios en las juntas pierde eficacia cuando no hay una publicidad eficiente sobre la celebración de la junta, y eso solamente es posible si se cambiara el actual sistema de convocatoria pública por otro –siquiera facultativo estatutariamente– de convocatoria privada o si, cuando menos, el sistema de convocatoria pública pudiera completarse con otro sistema de convocatoria privada donde se puedan utilizar, además, los medios electrónicos.

Veamos, seguidamente, algunas posibilidades para publicitar de una forma más sencilla y eficaz las convocatorias, aportando algunos ejemplos de derecho comparado.

Primeramente, la obligatoriedad de publicar la convocatoria a través del anuncio impreso en el Boletín Oficial del Registro Mercantil podría perfectamente ser sustituida por la inserción electrónica del anuncio que, como referimos ya, tiene más eficacia que la versión impresa, en tanto en cuanto resulta más accesible y económica. Además se trata de una necesidad evidente en el mercado. Tanto es así, que se verifica que actualmente ya existen empresas privadas a recibir electrónicamente los contenidos de los anuncios y comprometiéndose a hacerlos publicar en BORME.

El sistema de publicación *on line* de convocatorias es usual en algunos países del entorno próximo, como por ejemplo Portugal y Alemania.

En el primero de los dos países citados, con arreglo al art. 167 del “*Código das Sociedades Comerciais*”, en su redacción según el Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de febrero, las publicaciones obligatorias deben ser realizadas en un *site* de Internet que sea de acceso público y que se encuentra bajo la responsabilidad del Ministro de la Justicia. La información que se encuentra disponible en dicho *site* puede ser localizada cronológicamente<sup>280</sup>. Efectivamente, con la entrada en vigor de la “*empresa na hora*”, cuyo régimen ya expusimos<sup>281</sup>, fue creado este nuevo sistema de publicaciones de todos los actos societarios incluyendo por tanto las convocatorias.

---

<sup>279</sup> En la era de la información y del acceso, es preciso también facilitar el acceso a la información societaria, promoviendo así una participación activa en la vida social por parte de los socios, además de una mayor transparencia en los asuntos sociales.

<sup>280</sup> El art. 167 refiere concretamente que “*as publicações obrigatórias devem ser feitas, a expensas da sociedade, em sítio na Internet de acesso público, regulado por portaria do Ministro da Justiça, no qual a informação objecto de publicidade possa ser acedida, designadamente por ordem cronológica*”.

<sup>281</sup> Cfr., Capítulo II, título II, punto 2.2., del presente estudio.

Así, desde julio de 2005 la publicación de el “*Diário da República*” fue sustituida por la publicación *on line*. Inicialmente, entre julio y diciembre de 2005, este sistema funcionaba solamente para las sociedades creadas al abrigo del proyecto “*empresa na hora*”, pero el sistema es ya aplicado a todas las sociedades desde enero de 2006<sup>282</sup>. La dirección electrónica donde se hacen estas publicaciones fue creada al efecto por la *Portaria 590-A/2005*, de 14 de julio, que en su párrafo primero establece que las publicaciones obligatorias de los actos de las sociedades se hacen en un sitio de acceso público en Internet que será mantenido por el *Instituto Nacional de Registos e Notariado*<sup>283</sup>. Dispone asimismo el precepto, en su párrafo segundo, que la información que se va publicar en el *site* debe poder ser accesible mediante varios criterios, siendo uno de ello el cronológico y otros los elementos identificativos de la sociedad emisora de las publicaciones (como son la denominación social, el número de identificación fiscal o el domicilio social). La información contenida en el *site* es gratuita. Algunas de las publicaciones obligatorias son promovidas electrónicamente, después de la realización del registro, por el propio Registro Mercantil<sup>284</sup>; otras, aquellas que no están sujetas a registro obligatorio pero deben obligatoriamente ser publicadas, competen a las sociedades, que deben entregar en el Registro Mercantil los textos que pretenden publicar o enviarlos por vía postal a los servicios centrales del *Instituto Nacional de Registos e Notariado* o bien remitirlos mediante transmisión electrónica de datos<sup>285</sup>. El *Instituto* debe promover la publicación de los actos en un plazo máximo de quince días contabilizados desde la fecha de recepción de los mismos. Resulta de lo anteriormente

---

<sup>282</sup> Incluso las fundaciones y las asociaciones tienen que hacer sus publicaciones *on line* desde el 31 de octubre de 2007.

<sup>283</sup> Fue en la dirección [www.mj.gov.pt/publicacoes](http://www.mj.gov.pt/publicacoes) donde se fijó por la *Portaria 590-A/2005*, sin embargo actualmente está accesible en la dirección electrónica <http://publicacoes.mj.pt/pt/index.asp>.

<sup>284</sup> Con arreglo al dispuesto en el art. 71 del “Código do Registo Comercial”. Estas publicaciones cuando eran efectuadas en el formato de papel del “*Diário da República*” costaban 77€ por cada página de publicación, ahora tienen un costo único de 30€. Verifícase, por lo tanto, una reducción significativa de los costes asociados a las publicaciones obligatorias de ciertos actos societarios. Véase que, entre otros, se encuadran aquí actos tan importantes como la publicación de los estatutos sociales y sus modificaciones; de los acuerdos de amortización, conversión y transmisión de acciones; la emisión de obligaciones realizadas por oferta particular; el nombramiento y cese de las funciones de los miembros de los órganos de administración; el cambio del domicilio social; la presentación de cuentas (en determinadas situaciones); el proyecto de fusión y de escisión de sociedades; los acuerdos de reducción del capital social y la prorrogación y disolución de sociedades.

<sup>285</sup> Como se pretende promover la remisión electrónica los costes asociados son inferiores. Así, si las sociedades utilizan los medios electrónicos para promover las publicaciones pagarán 27€ por cada publicación. Y pagarán 30€ si optaren por hacer su publicación directamente con los servicios centrales de los registros y notariado y 35€ cuando prefieran dirigirse directamente al registro mercantil.

expuesto que todos los interesados pueden fácilmente acceder electrónicamente a las publicaciones de los actos societarios, donde las búsquedas son muy rápidas y simples<sup>286</sup>.

El objetivo de la publicación *on line* siempre fue muy clara: permitir que el proceso de publicaciones fuese más simple, más rápido y más económico; y sobre todo permitir que la información sea accesible a todos. Hasta el momento, es posible afirmar que este sistema de publicaciones viene resultando verdaderamente eficaz, siendo suficiente una comunicación interna entre los registros mercantiles y los sistemas de publicaciones para que se hagan las publicaciones obligatorias de los actos sujetos a registro, y, para las otras, como vimos, con la solicitud *on line* el propio sistema de publicaciones las promueve muy rápidamente (raramente utilizan los quince días previstos).

Como expusimos, también en Alemania el anuncio de la convocatoria es publicado electrónicamente. El diario oficial de aquel país, denominado *Bundesanzeiger*, presenta actualmente una versión electrónica de acceso gratuito y con arreglo al parágrafo 25 de la *Aktiengesetz* las convocatorias y otros actos societarios deben ser publicados en tal versión<sup>287</sup>. El cambio que ahora exponemos surgió en 2002 con la “*Transparenz- und Publizitätsgesetz*”<sup>288</sup>, que introdujo el “*elektronischer*

---

<sup>286</sup> Es suficiente incluir uno de los datos solicitados en la página, por ejemplo, el número de identificación fiscal de la sociedad o su denominación social. Asimismo es posible dirigir la consulta a todos los actos o solamente a los actos que se solicitan. Así, si solo nos importa saber de las convocatorias de la sociedad basta seleccionar la opción “*outras publicações*” que nos informará de todos los avisos, convocatorias, deliberaciones y otros anuncios respectivos a la sociedad en referencia. (Cfr. <http://publicacoes.mj.pt/pt/Pesquisa.asp>). También la solicitud electrónica de las publicaciones es muy fácil y sencilla (cgr. <http://publicacoes.mj.pt/pt/Dados.asp>). La admisión de varios ítems de consulta es muy útil, porque permite acceder rápidamente a las publicaciones de la sociedad sin ser necesario conocer todos los datos de la misma. Así, estas consultas pueden servir no solo a los socios sino también a los acreedores e inversores de las sociedades.

Además, en esta dirección electrónica es posible, más allá de consultar y hacer las publicaciones de los actos societarios y de las fundaciones y asociaciones, consultar la legislación vigente relativa a las publicaciones y acceder a la página electrónica de los Notarios, e incluso solicitar variados certificados relativos a las sociedades.

<sup>287</sup> Cfr. parágrafo 25 de la “*Aktiengesetz*” que refiere que: “*Bestimmt das Gesetz oder die Satzung, dass eine Bekanntmachung der Gesellschaft durch die Gesellschaftsblätter erfolgen soll, so ist sie in den elektronischen Bundesanzeiger einzurücken. Daneben kann die Satzung andere Blätter oder elektronische Informationsmedien als Gesellschaftsblätter bezeichnen*”.

<sup>288</sup> Abreviadamente conocida por TransPuG y cuyo el nombre completo es “*Gesetz zur Weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität*”, de 19 de julio de 2002. (cfr. *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002 Teil I Nr. 50, ausgegeben zu Bonn am 25. juli 2002*)

*Bundesanzeiger*”<sup>289</sup>. Es así posible que todos los interesados accedan a las publicaciones de los actos societarios y especialmente a las publicaciones de las convocatorias<sup>290</sup>.

Además, el mencionado párrafo 25 AktG, en el segundo inciso, admite que los estatutos de las sociedades prevean la publicación obligatoria de las convocatorias en otros espacios, incluyendo la página web de la sociedad, que se sumarán obligatoriamente a las efectuadas en el “*elektronischer Bundesanzeiger*”. Esta posibilidad que ahora se encuentra legalmente estipulada era, hace tiempo, ya defendida por algunos autores que entendían que la misma era admisible aunque la Ley no indicara nada al respecto<sup>291</sup>. A nuestro juicio, tal entendimiento era correcto, ya que no se trata de sustituir las publicaciones obligatorias, sino solamente de añadir otros medios de comunicación que sirven para proporcionar una publicidad más eficaz de la celebración de las juntas generales.

### 5.3.2. Materiales

Respecto al contenido del anuncio, el art. 174.1 TRLSC estipula que “*la convocatoria expresará el nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, así como el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar*” y en el párrafo 2, especialmente dedicado a las sociedades de responsabilidad limitada, cuyo anuncio de

---

<sup>289</sup> Al respecto del problema *vid.*, entre otros, NOACK, Ulrich, «Neuerungen im Recht der Hauptversammlung durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz und den Deutschen Corporate Governance Kodex», en *Der Betrieb*, 2002, páginas 620 a 626; WEBER, Kathrin, Internet und Hauptversammlung (Österreich), 2004 in <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/service/hv/material.shtml>; ZIENTEK, Verlagerung der Hauptversammlung ins Internet, Seminararbeit Münster 2006 in <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/noack/Texte/Sonstige/niklas.zientekseminararbeit.pdf>.

<sup>290</sup> Para ello es suficiente acceder a la página web <http://www.bundesanzeiger.de/> y optar por el “*elektronischer Bundesanzeiger*” y en la opción “*Welchen Bereich möchten Sie durchsuchen?*” elegir “*Gesellschaftsbekanntmachungen*”. Eligiendo las opciones mencionadas seremos dirigidos a las páginas que contienen las publicaciones relativas a los actos societarios y podremos visionar las publicaciones mediante un criterio cronológico o eligiendo otros criterios como es el caso de la denominación social de la sociedad. Si el usuario no conoce la denominación social cuya la alteración que provocó fue la introducción de la palabra de la sociedad, es suficiente colocar uno de los nombres que integran la misma y el buscador le indicará todos los actos publicados por sociedades que contienen el nombre indicado en su denominación social. Así, si buscamos información sobre la “*Siemens Enterprise Communications*” es suficiente indicar la palabra “*Siemens*” y el buscador nos indicará, entre otras sociedades, aquella que buscamos. Estas facilidades son muy útiles para los accionistas y los acreedores.

<sup>291</sup> Así, para ULRIKE SCHMITZ el párrafo 25 AktG, incluso antes de los cambios introducidos por la TransPuG, ya permitía que la convocatoria se publicase en la web. SCHMITZ, Ulrike, *Der Einfluß neuer Technologien auf die Aktionärsmitverwaltung*, Schmidt (Otto), Köln, enero, 2003, página 61 y siguientes.

convocatoria tenga sido realizado por medio de comunicación individual y escrita, estipula que *“figurará, asimismo, el nombre de la persona o personas que realicen la comunicación”*.

La hora y fecha de la reunión son informaciones verdaderamente imprescindibles por dos órdenes razones básicas: porque solamente así los accionistas pueden saber en qué fecha se realiza la junta y por lo tanto participar en la misma; y también porque es necesaria para contabilizar el plazo de un mes (en las anónimas) o de quince días (en las limitadas) referidos en el art. 176 TRLSC. Ante la vigencia de la LSA ya se entendía como necesaria la exigencia de la indicación de la hora de la reunión, aunque la Ley no lo mencionase. Ahora no quedan dudas. El art. 174.1 TRLSC es más bien la reproducción del art. 46.4 LSRL que del art. 97.2 LSA.

Cuando se trata de una sociedad anónima, con arreglo a lo dispuesto en el art. 177.1 TRLSC (anterior, 98.1 LSA) el anuncio puede asimismo contemplar la fecha en que se reunirá la junta en segunda convocatoria. Se trata de una posibilidad y no de una obligación. Adviértase, como menciona el art. 177.3 TRLSC, que *“si la junta general debidamente convocada no se celebrara en primera convocatoria, ni se hubiere previsto en el anuncio la fecha de la segunda, deberá ésta ser anunciada, con los mismos requisitos de publicidad que la primera, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la junta no celebrada y con ocho de antelación a la fecha de la reunión”*.

Por lo demás, compartimos la tesis de quienes opinan que el anuncio de convocatoria debe mencionar el lugar de celebración de la junta<sup>292</sup> y compartíamos también que debería mencionar la denominación de la sociedad que figure en los estatutos<sup>293</sup>, no obstante la Ley solamente lo referir cuanto a las sociedades limitadas. Tratase de una cuestión que no se plantea más, puesto que el legislador afirma ahora expresamente en el dicho art. 174.1 TRLSC que la denominación social deberá hacer parte del contenido del aviso convocatorio de Junta General de cualquier tipo de las sociedades que reglamenta.

Sobre el lugar de la celebración de la junta es necesario referir que, como estipula el art. 175 TRLSC *“salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si*

---

<sup>292</sup> Sobre el lugar de la celebración de la junta *vid.* el capítulo III, título II, puntos 7.1. y 7.2., de este estudio.

<sup>293</sup> Cfr. RRDGRN de 2 y 3 de agosto de 1993, RJA 7114 y 7115.

en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social<sup>294</sup>. Así las cosas, ante la ausencia de esa información en el anuncio, se presume que la junta tendrá lugar en el domicilio social. Sin embargo, debe constar en el anuncio la información del lugar de la celebración de la junta siempre que ésta se celebre en un lugar diferente del domicilio<sup>295</sup>.

La misma norma menciona también que el anuncio debe indicar “todos los asuntos que han de tratarse”. Se trata de un requisito de orden material de la junta, que conocemos tradicionalmente como “orden del día”.

El orden del día no es más que la relación de todos los asuntos que van ser sometidos a la decisión de la asamblea. La razón de la exigencia de la publicación del orden del día reside en la necesidad del socio de tener conocimiento previo de los asuntos sobre los cuáles debe deliberar y emitir su voto en la junta. En muchas ocasiones los accionistas o socios, antes de acudir a la Junta para deliberar y emitir su voto tienen que consultar documentación; por eso el orden del día debe ser lo más claro, preciso y completo posible. No existen criterios rígidos para determinar cómo debe redactarse el orden del día para ser claro, pero de la Ley se desprende que debe permitir a los socios percibir con claridad cuáles son efectivamente los asuntos y su alcance que se van tratar en la junta. El orden del día debe asimismo ser preciso, es decir, en su redacción deben evitarse fórmulas genéricas que no definan ni especifican nada<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> Salvo las juntas universales, que pueden ser celebradas en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.

<sup>295</sup> Cfr. RRDGRN de 11 de febrero de 1970, RJA 3099; STS de 17 de diciembre de 1997, RJA 8818). La información del lugar de la celebración de la junta también debe constar en el anuncio siempre que la sociedad haya cambiado de domicilio recientemente (cfr. STS de 15 de julio de 1988, RJA 5723). No fue ciertamente lo que sucedió en la junta general de “Gullón”, celebrada el 1 de septiembre dentro de un coche. Sobre el asunto véase las distintas noticias periodísticas (“Cinco días”, “Expansión” y “El economista”). En el periódico on line “Cinco días” que intitula la noticia de “Gullón escenifica la lucha por su control en una atípica junta de accionistas” se puede leer que “los tres principales accionistas de Gullón celebraron ayer una atípica junta de accionistas. Ante la imposibilidad de acceder a la sede social, después de que el consejo de administración suspendiera la reunión, decidieron celebrar la junta en el interior de un vehículo con la presencia de un notario. En ella, nombraron a la ex presidenta de Gullón como administradora única de la sociedad” (cfr. [http://www.cincodias.com/articulo/empresas/Gullon-escenifica-lucha-control-atipica-junta-accionistas/20100902cdsdiemp\\_8/cdsemp/](http://www.cincodias.com/articulo/empresas/Gullon-escenifica-lucha-control-atipica-junta-accionistas/20100902cdsdiemp_8/cdsemp/), visionado el 3 de septiembre de 2010).

<sup>296</sup> Deben desterrarse del orden del día aquellas expresiones genéricas que por su ambigüedad solamente pueden dar una idea aproximada de los asuntos sometidos a la junta (v. STS 15/7/1988). No serán suficientes, por ejemplo, las menciones del orden del día que se hagan utilizando fórmulas como éstas: «asuntos varios», o «asuntos de régimen interno». Cfr. En este sentido *vid.* Cfr. URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y MUÑOS PLANAS, *Comentario al régimen legal de las*

Además el orden del día debe ser completo, esto es, debe incluir todos los asuntos sobre los cuales los socios se van pronunciar; ello sin perjuicio de los asuntos que pueden ser objeto de deliberación y voto sin necesidad de incluirse, por disponerlo así expresamente la Ley (cfr., por ejemplo, art. 238.1 TRLSC).

No podemos dejar de señalar, en este punto, el derecho de información que, como es sabido, está legalmente atribuido a todos los socios<sup>297</sup>. Efectivamente, el art. 196, relativamente a las sociedades de responsabilidad limitada, el art. 197, respecto a las sociedades anónimas y el art. 527 particularmente dirigido a las sociedades cotizadas, todos del TRLSC, prevén que los accionistas podrán solicitar a los administradores las informaciones o aclaraciones que consideren necesarias sobre los asuntos referidos en el orden del día. De la lectura de los referidos preceptos se infiere que la claridad y precisión de la información preliminar ofrecida por el orden del día actúa como presupuesto básico para la ejecución del derecho de información de los accionistas.

La Junta General no puede deliberar sobre asuntos que no están en el orden del día; y si así sucediere, los acuerdos adoptados serán nulos de pleno derecho. Sin embargo, como ya se ha dicho, la Ley consagra algunas excepciones; en particular, en lo relativo al ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 238 TRLSC)<sup>298</sup>.

#### **5.4. Requisitos específicos de determinados asuntos**

A los requisitos generales formales y materiales sobre convocatoria, se añaden otros cuando se van a tratar asuntos específicos.

---

*sociedades mercantiles*, Tomo V – la junta general de accionistas (artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas), dirigido por Rodrigo Uria, Aurelio Menendez y Manuel Olivencia, Editorial Civitas, SA, 1992, Madrid, página 89.

<sup>297</sup> El derecho de información del socio será estudiado en profundidad, infra, en el capítulo V, título I, del trabajo.

<sup>298</sup> Cfr. SSTS 31/5/1967; 18/3/1981 y la RDGRN 26/2/1953; 19/10/1955; 13/3/1974 y 21/9/1984. Nótese que la RDGRN admite, además de la posibilidad de separar los administradores, la posibilidad de designación de un nuevo consejo de administración, esto es de nombrar nuevos administradores en sustitución de los cesados. Vid. LÓPEZ de MEDRANO, Félix, *La separación de los administradores de sociedad anónima*, Librería Bosch, 1986, páginas 150-155.



Así, cuando se vayan a tratar modificaciones de estatutos se exige, por una parte, que la convocatoria indique con la debida claridad los extremos que pretenden modificarse y, por otra parte, que figure en el anuncio de la convocatoria que todos los socios tienen el derecho de examinar el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe de los administradores sobre la misma en el domicilio de la sociedad, así como de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos (art. 287 TRLSC, anteriormente 144.1 LSA y 71 LSRL).

Asimismo, cuando la Junta debe tratar sobre el aumento del capital por compensación de créditos, se establece que, para las sociedades de responsabilidad limitada, *“al tiempo de la convocatoria de la junta general se pondrá a disposición de los socios en el domicilio social un informe del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de participaciones sociales o de acciones que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento, en el que expresamente se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social”* (cfr., 301.2 TRLSC) y para las sociedades anónimas, que *“en el anuncio de convocatoria de la junta general, deberá hacerse constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el informe de los administradores y, en el caso de sociedades anónimas, la certificación del auditor de cuentas, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos”* (cfr., 301.4 TRLSC).

Cuando se discuten aumentos de capital en los que se propone la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente, la Ley dispone que el acuerdo sólo será válido si se respeta lo dispuesto en el mencionado art. 308.2 TRLSC y se pone a disposición de los accionistas un informe elaborado por los administradores que contenga la justificación minuciosa de la propuesta y el tipo de emisión de acciones, así como un informe elaborado por un auditor de cuentas – distinto del auditor de cuentas de la sociedad y nombrado específicamente para estos efectos por el Registro mercantil – sobre *“el valor teórico de los derechos de suscripción preferente cuyo ejercicio se propone suprimir y sobre la razonabilidad de los datos contenidos en el informe de los administradores”*.

Finalmente, en relación con la aprobación de las cuentas anuales, la Ley dispone que en la convocatoria se hará mención al derecho de los socios a obtener de la sociedad

de forma inmediata y gratuita los documentos que van ser sometidos a la aprobación de la junta así como los informes de gestión y el informe los auditores de cuentas (art. 272 TRLSC).

Creemos que deberemos hablar aquí también del el llamado complemento de convocatoria para incluir uno o más puntos del orden del día de la Junta General de una sociedad anónima. Tratase de una materia ahora regulada en el art. 172 TRLSC y anteriormente en el art. 97.3 y 4 LSA. De acuerdo con los dichos artículos (puesto que en el TRLSC no se introduce cualquier novedad), quien tiene legitimidad para solicitar la publicación del referido complemento son los accionistas que representen, al menos, un porcentaje del capital social no inferior a cinco por cien. Se trata de un derecho que puede ser ejercido dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria y tiene de ser practicado a través de notificación fehaciente que debe ser recibida en el domicilio social. En su caso, la publicación del complemento a la convocatoria deberá ocurrir con una anterioridad mínima de quince días a la fecha de la celebración de la junta, so pena de causa de nulidad de la Junta.

Otra situación que acarrea para la convocatoria de la Junta General de las sociedades anónimas la necesidad de se verificaren requisitos extra, relacionase directamente con el antiguo art. 97.5 LSA, ahora reproducido en el art. 182 TRLSC.

Señala el mencionado art. 182 TRLSC que *“si en las sociedades anónimas los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. En particular, podrá determinarse por los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta Ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta. Las contestaciones a aquellos de estos accionistas que*

*ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán, por escrito, durante los siete días siguientes a la junta”<sup>299</sup>.*

De este precepto legal se desprende, antes que nada, que el legislador admite plenamente la asistencia a la junta mediante medios telemáticos, materia que será analizada después con mayor detalle. Ahora importar asentar que, ante la posibilidad, fijada en los estatutos de la sociedad, de la asistencia a la junta por medios telemáticos, el contenido de la convocatoria debe incluir obligatoriamente los “plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas”. Refiere asimismo el precepto que “podrá” – lo que denota un carácter facultativo y no imperativo – establecerse por los administradores que las propuestas hechas por los accionistas que pretenden asistir a la junta mediante medios telemáticos tendrán que ser remitidas a la sociedad en un momento anterior a la fecha de celebración de la junta. En conclusión, siempre que los estatutos lo prevean la convocatoria deberá hacer referencia a los plazos y formas permitidas para que los accionistas asistan a las juntas por los medios telemáticos. Significa esto que, se trata de un requisito obligatorio más -de orden formal- de la convocatoria siempre – y solamente – que esta materia se encuentre estipulada en los estatutos sociales.

### **5.5. Las peculiaridades de la convocatoria de las juntas generales de las sociedades cotizadas**

Conscientes de las distintas necesidades de las sociedades anónimas cotizadas y de la naturaleza específica de sus socios, se hizo necesario completar el régimen interno del funcionamiento de la Junta General. Con tal intención, en 2003, el legislador hizo alteraciones en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), y exige desde entonces que las sociedades anónimas cotizadas elaboren un reglamento de la Junta General que tendrá como principal objetivo complementar el régimen legal

---

<sup>299</sup> Vid. AUGOUSTATOS ZARCO, Nicolas, «La convocatoria de la junta general de socios mediante el correo electrónico», en Agustín MADRID PARRA y María Jesús GUERRERO LEBRÓN (Coords.), *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, 2007, págs 387-412.

aplicable a las juntas generales. Con la publicación y entrada en vigencia del TRLSC, son derogados los artículos 111 a 117 LMV, con excepción de los apartados 2 y 3 del art. 114 y los arts. 116 y 116 bis. Así, se refiere el art. 512 TRLSC, que sustituyó el art. 113 LMV, al carácter obligatorio del reglamento de la Junta General de las sociedades anónimas cotizadas refiriendo que *“la junta general de accionistas de la sociedad anónima con acciones admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores, constituida con el quórum del artículo 193 o con el superior previsto a este propósito en los estatutos, aprobará un reglamento específico para la junta general. En este reglamento podrán contemplarse todas aquellas materias que atañen a la junta general, respetando lo establecido en la ley y los estatutos”* (antiguo art. 113 LMV). La exigencia de la elaboración de un reglamento de la Junta General para las sociedades anónimas cotizadas surge de la recomendación contenida en el Informe Aldama, que apuntaba la necesidad de tal reglamento como una herramienta de combate a la poca información y transparencia que normalmente existe en tales sociedades y tendría un papel fundamental en la protección de los intereses de los accionistas<sup>300</sup>.

---

<sup>300</sup> Véase la recomendación al respecto del Reglamento de la Junta General contenida en el apartado I.V.1.3 del citado Informe Aldama, que refiere que “se recomienda que la adecuación de los criterios de gobierno corporativo a las nuevas líneas de actuación que se recomiendan en este Informe se lleve a cabo mediante la elaboración y difusión por las sociedades de Reglamentos específicos para las Juntas Generales, que se sometan a su aprobación y que regulen la convocatoria, preparación, información, concurrencia, desarrollo y ejercicio de los derechos políticos, en tanto la propia Junta no los modifique, siempre de acuerdo con la Ley y con los Estatutos. El Reglamento de la Junta General de accionistas deberá incluirse en la página *web* de la sociedad, haciendo público así el marco jurídico en que van a desarrollarse las expresadas Juntas Generales, para conocimiento de los accionistas e inversores. Es recomendable que cada sociedad regule la necesidad o no de elevar a la Junta General algunas decisiones de negocio, debidamente delimitadas, que sean trascendentales para el futuro de la sociedad y los intereses de accionistas e inversores. También se debería exigir el acuerdo de Junta General para la adopción de medidas de blindaje que tengan como finalidad dificultar tomas de control o la remoción de determinados cargos. Entiende la Comisión que podría incluso valorarse la exigencia de mayorías reforzadas o hasta la prohibición de algunas de estas medidas de blindaje, de acuerdo con lo que al respecto se establezca en los Estatutos sociales. La Comisión considera que, en los supuestos de adopción de estas medidas, los afectados por un posible conflicto de intereses deberían abstenerse. En cualquier caso, la Comisión entiende que el Reglamento de la Junta debería incluir, al menos, los siguientes aspectos, desarrollando, en su caso, las previsiones de la Ley y de los Estatutos sociales: 1. 4. *Convocatoria, orden del día, propuestas de acuerdos e información a disposición del accionista durante el período de preparación de la Junta.* En cuanto a la convocatoria, debería hacerse pública con tiempo suficiente para permitir que los accionistas pudieran solicitar y obtener información complementaria en relación con los puntos del orden del día, o cursar instrucciones de voto. 31 Además, debería darse a conocer, por anticipado, a través de la página *web*, el texto de todos los acuerdos que se proponen para su adopción, junto con una información suficiente sobre su justificación y oportunidad. Asimismo, habrían de disponerse los medios para facilitar la difusión de propuestas alternativas de acuerdos relativos a los puntos del orden del día de la Junta convocada, si los hubiere, en los términos que resultan de la mención efectuada en este Informe con ocasión del deber de transparencia”.

El reglamento de la Junta General será analizado más adelante y, por eso, ahora no vamos a hacer consideraciones sobre su naturaleza jurídica, procedimientos de aprobación y modificación o contenido en términos generales. Vamos, solamente a hacer las referencias necesarias a la convocatoria de la Junta General que es el asunto que ahora estudiamos. Así pues, el reglamento de la junta debe hacer referencia a la convocatoria, pronunciándose específicamente sobre la antelación con la que se convocará la Junta General, que debe ser la suficiente para que los accionistas puedan conocer la convocatoria, y si lo quieren, solicitar y obtener informaciones, enunciar propuestas alternativas e formular instrucciones de voto. La importancia de extender el plazo legal era mucho mayor antes de la alteración efectuada en 2005 que, como ya anunciamos, alarga el plazo de convocatoria de la junta de las sociedades anónimas de quince días a un mes. El reglamento de la Junta General debe igualmente hacer referencia en el ámbito de la convocatoria, a los medios por los cuales se dará a conocer la convocatoria a los socios. Ya tuvimos ocasión de expresar que los sistemas previstos en el art. 173.1 TRLSC, es decir la publicación del anuncio en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, no son suficientes para garantizar el conocimiento por los accionistas de la celebración de la junta. Por eso, con el objetivo de lograr una mayor difusión de la convocatoria entre los accionistas, se ha establecido -mediante un complejo proceso normativo- la obligación para las sociedades cotizadas de hacer publicidad en su página web las convocatorias de sus juntas generales. Esta obligación legal, que plantea inúmeras cuestiones, proviene de las alteraciones introducidas en la Ley del Mercado de Valores por la llamada Ley de Transparencia que, como es sabido, añadió el artículo 117 LMV y sigue ahora establecida en art. 528 TRLSC.

En el párrafo segundo dice el referido artículo que *“las sociedades anónimas cotizadas deberán disponer de una página web para atender el ejercicio, por parte de los accionistas, del derecho de información, y para difundir la información relevante exigida por la legislación sobre el mercado de valores”*.

El mismo art. 528 TRLSC, ahora en su párrafo tercero, dispone que corresponde al Consejo de Administración *“establecer el contenido de la información a facilitar en la página web, de conformidad con lo que establezca el Ministerio de Economía o, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores”*.

Por fin, establece el último párrafo del artículo que *“asimismo, se faculta al Gobierno y, en su caso, al Ministro de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para desarrollar las especificaciones técnicas y jurídicas necesarias respecto a lo establecido en este artículo”*.

Podrá apreciarse, pues, que la referida norma no contiene ninguna previsión específica sobre la publicidad de la convocatoria de juntas generales en el sitio web de la sociedad.

No obstante, para cumplir lo establecido en aquel ahora revocado art. 117.4 LMV el Ministro de Economía, a través de la Orden ECO 3722/2003, de 26 de diciembre, fijó el contenido mínimo de las páginas web de las sociedades cotizadas. Entre otros elementos, que especificaremos más adelante cuando desarrollemos en concreto la materia relativa al contenido de la página web, se fijó que deben formar parte del contenido mínimo de la páginas web de estas sociedades *“los documentos relativos a las Juntas Generales ordinarias y extraordinarias, con información sobre el orden del día, las propuestas que realiza el Consejo de Administración, así como cualquier información relevante que puedan precisar los accionistas para emitir su voto, dentro del período que señale la CNMV”*.

La redacción de la norma ante citada no es clara ni exenta de dudas. En efecto, en la redacción de la misma no figura la palabra “convocatoria” y, por lo tanto, se podría pensar que su publicación en la página web de la sociedad cotizada no es necesaria. La obligación de publicar la convocatoria en la página web ha suscitado alguna polémica doctrinal.

Para algunos autores, como MUÑOZ PAREDES, las dudas sobre la inserción de la convocatoria en la página web se disipan cuando verificamos la exigencia de informar sobre el orden del día y sobre las propuestas realizadas por el Consejo de Administración que naturalmente se encuentran estipuladas en el documento de la convocatoria. Verdaderamente, de entre los distintos documentos relativos a las juntas la convocatoria es el más importante pues es en el que se divulga la fecha de la celebración de la junta, el lugar en que ocurre y los asuntos que se van discutir. A ello se añade que las convocatorias de las juntas son entendidas generalmente como hecho relevante y, por eso, deben ser comunicadas a la CNMV. Señalamos antes que, en

relación con el contenido de la página web de la que han de disponer las sociedades anónimas cotizadas, el art. 117.3 LMV (ahora 528.3 TRLSC) habilita a la CNMV a determinar, además, la información que tales sociedades deben incluir en su página web. Fue, precisamente, en la secuencia de tal habilitación que la CNMV publicó la Circular 1/2004, donde dispone que las sociedades deben publicar en su página web el texto íntegro de la convocatoria incluyendo el orden del día de la junta<sup>301</sup>. Resulta así de las disposiciones de la Orden ECO 3722/2003 y de la Circular CNMV 1/2004 que deben ser publicadas en la página web de las sociedades cotizadas otras informaciones además de la convocatoria, como sucede con la obligación de publicar el texto completo de las propuestas de acuerdo avanzadas por el Consejo de Administración, o la indicación de los medios y procedimientos para conferir la representación para asistir a la junta. Esta obligación de publicidad no se considera cumplida cuando no resulta fácilmente accesible para aquellos que pretenden acceder a ella. Así, se torna necesario que la información en general, y en particular la convocatoria de que ahora hablamos, esté disponible en el sitio web con conexiones directas y visibles desde la página principal. Esto significa que siempre que la convocatoria (y los restantes documentos

---

<sup>301</sup> La norma 7ª de la Circular 1/2004 dispone las “Especificaciones Técnicas y Jurídicas de las páginas web” y refiere en concreto que: “1. Las sociedades anónimas cotizadas tendrán una página web con nombre de dominio Internet registrado. En la página de inicio de la web habrá un apartado específico, fácilmente reconocible y de acceso directo en la que, bajo la denominación de "información para accionistas e inversores" deberá incluirse la totalidad de la información exigible por la Ley 26/2003 de 18 de julio, la Orden ECO/3722/2003 de 26 de diciembre, y esta Circular, sin perjuicio de la información que las sociedades cotizadas incluyan voluntariamente. 2. La accesibilidad a los contenidos del apartado "información para accionistas e inversores" estará a no más de tres pasos de navegación ("clics") desde la página principal. 3. Los contenidos deberán presentarse estructurados y jerarquizados con un título conciso y explicativo, de modo que se permita una accesibilidad rápida y directa a cada uno de ellos y gratuita para el usuario. Al menos los estatutos sociales, el reglamento de la junta general, el reglamento del consejo de administración y en su caso los reglamentos de las comisiones del consejo de administración, la memoria anual, el reglamento interno de conducta, los informes de gobierno corporativo, los documentos relativos a las Juntas Generales ordinarias y extraordinarias y los hechos relevantes, deberán estar directamente referenciados en el mapa o cualquier otro índice de contenidos de la web. 4. Los títulos serán claros y significativos y el lenguaje adecuado al inversor medio, evitando hasta donde sea posible el uso de tecnicismos. Si se utilizan acrónimos deberán estar traducidos y se evitarán, en lo posible, las abreviaturas. 5. Todas las páginas deberán estar redactadas, al menos, en castellano y deberán poderse imprimir. 6. Si la web ofrece versiones para distintas plataformas (web TV, PDA, teléfono móvil, etc.) sus contenidos y presentación deben ser lo más homogéneos posibles. 7. La estructura técnica de la página web y los ficheros que den soporte a los contenidos permitirán su navegabilidad y accesibilidad con productos informáticos de uso común en el entorno de Internet y con un tiempo de respuesta que no impida la operatividad de la consulta. 8. Cuando, en su caso, se produzcan discrepancias relevantes entre la información contenida en la página web de la sociedad, y la información contenida en los registros públicos de la CNMV, la sociedad estará obligada a eliminar tales discrepancias con la mayor brevedad. Cfr. Anexo III, número 16, de la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la CNMV.

exigidos en relación con las juntas generales ordinarias y extraordinarias) se encuentre poco visible, de difícil acceso, encubierta o disimulada, se considera como no cumplida la obligación de publicidad y como tal constituye una infracción administrativa que, además, a juicio de la doctrina, puede acarrear la nulidad de la junta. Al respecto, afirma MUÑOZ PAREDES que *“la no publicación en su página web de la convocatoria de la junta general de una sociedad cotizada, o la realizada de forma incompleta, constituye según la Ley [art. 100 m) bis LMV] una infracción grave de las normas reguladoras del mercado que desata la responsabilidad de aquella y de sus administradores o directivos frente a los órganos de control del mismo, esto es, la CNMV”*<sup>302</sup>. El mismo autor, después de analizar las razones subyacentes a la creación de la obligación de publicitar la convocatoria en la página web así como los orígenes de la norma, concluye que la falta de respeto por tal obligación origina *“uno de esos vicios que nuestra jurisprudencia llama de «legalidad formal» que, por afectar a la regular convocatoria o constitución de la junta, acarrearán la nulidad de la propia junta y todo lo actuado en ella”*<sup>303</sup>. Para reforzar su posición añade MUÑOZ PAREDES que: *“Es más, si dicha publicidad en la web viniera impuesta por los estatutos de cualquier sociedad, su incumplimiento afectaría de modo incuestionable a la validez de la junta. Con más motivo tiene que afectar a la validez de la junta de una sociedad cotizada cuando responde a un imperativo legal”*<sup>304</sup>. Asimismo MARTÍNEZ MARTÍNEZ menciona que siempre que no se verifican las garantías de publicidad y de antelación la sanción aplicable será la nulidad de la junta convocada ya que, a su juicio, la sanción administrativa no es suficiente para punir tan grave incumplimiento<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> Cfr. MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, Thomson – Civitas, 2005, Cizur Menor, página 103.

<sup>303</sup> Cfr. MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, *cit.*, páginas 104 y 105.

<sup>304</sup> Cfr. MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, Thomson – Civitas, 2005, Cizur Menor, página 105, nota de pie 192.

<sup>305</sup> Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa, «Derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día. Su ejercicio en los supuestos de asistencia telemática del socio a la junta general, en *Revista de derecho de sociedades*, n.º 26, páginas 39-57, en particular página 46. *Vid.* también, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa, «Derecho de información del accionista e instrumentos y obligaciones de información de la sociedad», en AA VV, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)* / Coord. Por Fernando Rodríguez Artigas, vol. 1, 2006, páginas 329-374. Asimismo, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa, «El impacto de las nuevas tecnologías de la comunicación sobre la convocatoria y la información ante la junta general de las sociedades cotizadas», en *Revista de Derecho Bancario y bursátil*, año 25, núm. 104, páginas 37-54. De la misma autora, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa, «Sobre la transposición al derecho español de la Directiva de voto



Sin embargo, JOSÉ RAMÓN MORALES y SERGIO SÁNCHEZ SOLÉ no están de acuerdo con los argumentos invocados por MUÑOZ PAREDES ni con las consecuencias que éste y MARTÍNEZ MARTÍNEZ consideran las más adecuadas para este incumplimiento. Así, afirman que *“salvo previsión estatutaria o reglamentaria en contrario no puede considerarse obligatoria la convocatoria de la Junta General mediante publicación en el portal corporativo de la sociedad cotizada, por mucho que en el apartado Cuarto.1.f) de la Orden ECO/3722/2003 de 26 de diciembre se establezca como contenido mínimo del portal corporativo la «información sobre el orden del día» de las juntas y de que en el apartado 16 del Anexo III de la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la CNMV se determine la obligatoriedad de incluir en el portal corporativo el texto íntegro de la convocatoria como hecho relevante”*.

En esta disputa doctrinal creemos que tiene razón MUÑOZ PAREDES. Veamos cuáles son los fundamentos, algunos ya adelantados por el propio autor, en que nos basamos para concordar con esta posición.

Primeramente, conviene recordar que la violación de la obligación de publicar la convocatoria en la página web de la sociedad cotizada constituye una infracción grave y hace incurrir a las sociedades incumplidoras en responsabilidad administrativa sancionable en los términos referidos en el capítulo II de la Ley del Mercado de Valores. Esta consecuencia resulta del artículo 100 m) de la referida ley, según el cual constituyen infracciones graves de las personas físicas y jurídicas *“la inexistencia de la página web prevista en el apartado 2 del artículo 117 o la falta de publicación en la misma de la información señalada en dicho artículo y en el apartado 5 del artículo 82 o en sus normas de desarrollo”*. Así, si consideramos, como nos parece adecuado, que resulta de la interpretación de las normas de desarrollo que la convocatoria debe estar incluida en la página web de las sociedades cotizadas su omisión o su publicación deficitaria implican las consecuencias ahora referidas.

Añade a todo lo anteriormente expuesto que la obligación de la convocatoria en la página web de las sociedades cotizadas es aquella interpretación que mejor se

---

transfronterizo», en *Reflexiones sobre la Junta General de las Sociedades de Capital – Jornada Internacional*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 de Abril de 2009. Puede consultarse también, BOQUERA MATARREDONA, J., *La junta general de las sociedades capitalistas*, 1ª ed, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008, páginas 88-95.

coaduna con los intentos comunitarios explanados en los últimos documentos sobre derechos societarios, sobre todo (y una vez más) en la Directiva 2007/36/CE<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup> Sobre el contenido de la convocatoria de la junta general de sociedades cotizadas y la información que los emisores deben proporcionar por Internet se pronuncia el artículo 5 de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Refiere el artículo 5 de la Directiva 2007/36/CE que “1. Sin perjuicio de lo estipulado en el artículo 9, apartado 4, y en el artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición (1), los Estados miembros velarán porque las sociedades anuncien la convocatoria de la junta general mediante alguno de los medios indicados en el apartado 2 del presente artículo y al menos 21 días antes de la fecha fijada para su celebración. Los Estados miembros podrán establecer que, cuando la sociedad ofrezca a los accionistas la posibilidad de votar por medios electrónicos accesibles a todos los accionistas, la junta general de accionistas pueda decidir anunciar las convocatorias de las juntas generales distintas de las juntas generales anuales de una de las formas que se especifican en el apartado 2 del presente artículo, a más tardar 14 días antes del día de la junta. Esta decisión deberá tomarse, como mínimo, por una mayoría no inferior a dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o al capital suscrito que representen, y por un período que no podrá superar la fecha de la junta general anual siguiente. Los Estados miembros podrán no aplicar los plazos mínimos a que se refieren los párrafos primero y segundo al anuncio de la segunda o subsiguientes convocatorias de una junta general motivadas por la falta de quórum para la junta convocada en primera convocatoria, siempre que en la primera convocatoria se haya cumplido lo dispuesto en el presente artículo y que no se añada ningún nuevo punto al orden del día, y que transcurran al menos diez días entre la convocatoria final y la fecha de la junta general. 2. Sin perjuicio de otros requisitos de notificación o publicación que establezca el Estado miembro competente según se define en el artículo 1, apartado 2, las sociedades tendrán la obligación de anunciar la convocatoria a que se refiere el apartado 1 del presente artículo de un modo que garantice un acceso rápido y no discriminatorio a la misma. El Estado miembro exigirá a la sociedad que se sirva de medios de comunicación de los que quepa razonablemente esperar una difusión efectiva de la información al público en toda la Comunidad. El Estado miembro no podrá imponer la obligación de utilizar solamente medios de comunicación cuyos operadores estén establecidos en su territorio. Los Estados miembros podrán no aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior a las sociedades que puedan determinar el nombre y la dirección de sus accionistas a partir de un registro de accionistas actualizado, siempre que dichas sociedades tengan la obligación de enviar la convocatoria a cada uno de los accionistas registrados. En cualquier caso, las sociedades no podrán cobrar ningún gasto específico por anunciar la convocatoria de la forma prescrita. 3. La convocatoria a que hace referencia el apartado 1 contendrá, al menos, lo siguiente: a) una indicación precisa de cuándo y dónde se celebrará la reunión de la junta general y el orden del día propuesto; b) una descripción clara y exacta de los procedimientos que los accionistas deben cumplir para poder participar y emitir su voto en la junta general, en la que se incluya información sobre: i) los derechos de los accionistas en virtud del artículo 6, siempre que tales derechos puedan ejercerse tras la convocatoria, y del artículo 9 y los plazos para ejercerlos; la convocatoria podrá limitarse a señalar los plazos para el ejercicio de los mencionados derechos, siempre que en ella se indique que en el sitio Internet de la sociedad puede obtenerse información más detallada sobre los mismos, ii) el procedimiento para el voto por representación, en especial la indicación de los formularios que deberán utilizarse para la delegación de voto y de los medios que deben emplearse para que la sociedad pueda aceptar una notificación por vía electrónica de las representaciones conferidas, y iii) en su caso, los procedimientos para la emisión del voto por correo o por medios electrónicos; c) en su caso, la fecha de registro definida en el artículo 7, apartado 2, junto con una aclaración de que solo tendrán derecho a participar y a votar en la junta general quienes sean accionistas en esa fecha; d) una indicación de dónde y cómo puede obtenerse el texto completo, no resumido de los documentos y de los proyectos de resolución a que se refiere el apartado 4, letras c) y d); e) una indicación de la dirección del sitio Internet en el que estará disponible la información mencionada en el apartado 4. 4. Los Estados miembros garantizarán que durante un período ininterrumpido que se iniciará, al menos, 21 días antes de la fecha de la junta general y durará hasta el día de celebración de la junta inclusive, la sociedad coloque en su sitio Internet a disposición de sus accionistas la siguiente información como mínimo: a) la convocatoria a que se refiere el apartado 1; b) el número total de acciones y derechos de voto en la fecha de la convocatoria

Sin embargo, el problema más grave reside en determinar si el incumplimiento referido deriva en la nulidad de la Junta General y sus acuerdos. Es decir, la problemática principal reside en determinar si la omisión de la publicidad de la convocatoria en la página web de las sociedades, o la publicación defectuosa, culmina en la invalidez de la Junta General incluso cuando haya sido publicada correctamente en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la prensa.

Centrémonos ante todo en esclarecer cuáles fueron las motivaciones de la exigencia de que la publicidad de la convocatoria de las juntas generales de las sociedades cotizadas se haga también por medios electrónicos. Ya mencionamos anteriormente que las especificidades de las sociedades cotizadas conducen, muchas veces, a tratamientos legales distintos. Entendemos que esta situación concretiza precisamente uno de esos casos. En verdad, como se ha indicado en repetidas ocasiones, el capital de las sociedades cotizadas se encuentra en manos de distintos y numerosos inversores y es sabido que, por una parte, las tradicionales formas de convocar son poco

---

*(con desglose de los totales para las distintas clases de acciones, cuando el capital de la sociedad esté dividido en dos o más clases de acciones); c) los documentos que se presentarán en la junta general; L 184/20 ES Diario Oficial de la Unión Europea 14.7.2007 (1) DO L 142 de 30.4.2004, p. 12. d) un proyecto de resolución o, cuando no se haya propuesto la adopción de resolución alguna, un comentario de un órgano competente de la sociedad, designado con arreglo a la legislación aplicable, sobre cada uno de los puntos del orden del día propuesto para la junta general; además, los proyectos de resolución que presenten los accionistas se añadirán al sitio Internet en cuanto sea posible una vez la sociedad los haya recibido; e) cuando corresponda, los formularios que deberán utilizarse para el voto mediante representación y para el voto por correspondencia, salvo que estos formularios sean enviados directamente a cada accionista. Cuando los formularios mencionados en la letra e) no puedan publicarse en el sitio Internet por causas técnicas, la sociedad indicará en su sitio Internet cómo pueden obtenerse los formularios en papel. En este caso, la sociedad estará obligada a enviar los formularios por correo gratuitamente a todos los accionistas que lo soliciten. Cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, apartado 4, o en el artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2004/25/CE, o a tenor del apartado 1, párrafo segundo, del presente artículo, la convocatoria de la junta general se anuncie con menos de 21 días de antelación a la reunión, el período especificado en el presente se reducirá en consecuencia”.*

Sobre la Directiva 2007/36/CE *vid.* RECALDE CASTELLS, Andrés, “Directiva Europea sobre ejercicio de los derechos de los accionistas», *Expansión* 1-8-2007, 38; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa, «La Directiva sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en la Junta general de las sociedades cotizadas, y su impacto sobre el Derecho español», *Revista de Derecho de Sociedades*, número 29, 2007, páginas 39-89; CONDE TEJÓN, Antonio, «Mejoras sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas: directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007. DOUE L núm. 187/17, de 14 de julio de 2007, en *Revista de derecho de sociedades*, n.º 30, 2008, páginas 663-680. Sobre la Propuesta de Directiva *vd.* YANES, «El voto transfronterizo en las sociedades anónimas: revitalización de las juntas. A propósito de la Propuesta de Directiva de 5 de enero de 2006», *La Ley*, 27/04/2006; CUÑAT/BOQUERA, «El ejercicio transfronterizo del derecho de representación», en *Estudios en homenaje al Profesor García Villaverde*, Madrid, 2007, página 341 y siguientes.

eficaces y, por otra, que las nuevas tecnologías pueden solucionar o minimizar el desconocimiento de los accionistas sobre la celebración de las juntas generales. Entendemos, por eso, que las motivaciones de tal exigencia se relacionan íntimamente con la necesidad de garantizar una publicidad más eficaz. Así, si la publicidad de la convocatoria en la prensa y en el Boletín Oficial del Registro Mercantil tiene por finalidad facilitar a los accionistas el conocimiento de la celebración de la junta y si, por eso, cualquier deficiencia en su procedimiento tendrá consecuencias en la validez de la junta, pensamos que lo mismo tiene que suceder en relación con la publicidad de la convocatoria en la página web, ya que comparten los mismos fundamentos. Si, como apuntamos anteriormente, la infracción de las normas de publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la prensa determina la nulidad de la Junta General y de sus decisiones, no es comprensible que la misma consecuencia jurídica no envuelva la infracción de la obligación de publicitar la convocatoria en la página web.

No obstante, siempre se puede alegar que los imperativos legales no tienen la misma fuerza en uno y otro caso. Pero entendemos que ambas obligaciones son equiparables en tanto en cuanto tienen fuente legal. No existen dudas sobre la fuente legal de la obligación de publicitar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la prensa (art.173.1 TRLSC; antes 97.1 LSA). Respecto a la obligación de dar publicidad de la convocatoria en el sitio web de la sociedad cotizada entendemos que, aunque proviene directa y expresamente de una Circular de la CMNV y de forma imperativa de una Orden Ministerial, se encuentra bajo la habilitación legal plasmada en el artículo 117.3 LMV, tal como ya tuvimos ocasión de transcribir arriba. A lo dicho se añade que, en nuestra opinión, si la violación de la obligación de dar publicidad de la convocatoria en la página web no influyera para nada en la validez de la junta, no se establecería ninguna diferencia con la posibilidad -concedida a todas las sociedades mercantiles- de dar publicidad de las convocatorias de sus juntas en otros lugares diferentes de los exigidos legalmente. Nótese igualmente que la interpretación ahora hecha es aquella que mejor se coaduna con lo dispuesto en la Directiva 2007/36/CE que, en el respectivo art. 5 dispone, recordemos, que las sociedades tienen la obligación de anunciar la convocatoria a través de métodos de garanticen un acceso rápido y no discriminatorio.

En este sentido, considerando imperativa la obligación de de publicar la convocatoria de la junta en el sitio web de la sociedad, entendemos que ésta dicha publicación debe ser hecha dentro del mismo plazo que se indica para las formas tradicionales de realizar la convocatoria, es decir, con la antelación de un mes en relación con la fecha de celebración de la junta, con arreglo al dispuesto en el artículo 97.1 LSA (ahora 176.1 TRLSC). La Circular 1/2004, en su anexo III nº 16, afirma que el texto íntegro de la convocatoria y orden del día de la junta debe ser publicado en la web desde la fecha de la difusión del hecho relevante. Las comunicaciones de los hechos relevantes a la Comisión Nacional del Mercado de Valores “*deberá hacerse simultáneamente a su difusión por cualquier otro medio y tan pronto como sea conocido el hecho, se haya adoptado la decisión o firmado el acuerdo o contrato con terceros de que se trate*”. Así las cosas, parece lógico que la publicación de la convocatoria en la página web se haga, por lo menos, en el mismo día en que se publica en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la prensa. Sin embargo, es legítimo que el reglamento de la Junta General de la sociedad, los estatutos de la sociedad o ambos<sup>307</sup>, consideren otros plazos, más alargados, de publicación de la convocatoria en la página web, al igual que se admite que la extensión de los plazos de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la prensa<sup>308</sup>. A nuestro juicio, si no se cumplen los plazos definidos en las normas internas de la sociedad general, pero si se cumplen los plazos referidos en la ley, la junta no puede quedar herida de nulidad sino de anulabilidad (Cfr. Art. 204/1 y 2 TRLSC). Efectivamente en este caso no se viola un precepto imperativo de la ley, sino una mera norma interna y, por eso, no merece la sanción fuerte de la nulidad. Al contrario, la nulidad es la sanción adecuada si no se respetan los plazos previstos en la ley, es decir, el plazo de un mes para la publicación de la convocatoria en los distintos medios impuestos por la ley.

Para finalizar este epígrafe, un último apunte sobre la convocatoria de la Junta General de las sociedades cotizadas. Señalamos que la *ratio* subyacente a la obligación

---

<sup>307</sup> En verdad, verificamos, del estudio que efectuamos de las normas internas de algunas sociedades, que la mayor parte de las sociedades que presenta especificidades relativas al funcionamiento de las juntas generales y de la respectiva convocatoria lo establece en ambos los documentos. De hecho, no raras veces las normas de ambos los instrumentos son muy semejantes. Cuando no es así, lo que ocurre frecuentemente es que la sociedad establece de forma más genérica en los estatutos las reglas relativas al funcionamiento de las juntas y en el respectivo reglamento las concretiza y define un poco más.

<sup>308</sup> El art. 97.1 LSA y el vigente art. 176.1 TRLSC hablan de un plazo de al menos un mes entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la Junta.

de publicar la convocatoria en el sitio web de las predichas sociedades reside en intentar alcanzar una mayor eficacia en la difusión de la convocatoria para los accionistas. Sin embargo, todavía es posible incrementar tal eficacia optimizando los medios de comunicación a distancia. En efecto, es perfectamente posible que las sociedades dispongan de un sistema de aviso o alerta a los accionistas que los informase de la existencia de la convocatoria. Así, todos los accionistas serían alertados de la celebración de la junta sin necesidad de visitar la página web de la sociedad constantemente. Innegablemente que se trata de una tarea que puede, en términos técnicos, presentar algunas dificultades, porque puede no ser fácil saber quiénes son los accionistas en determinada fecha dada su constante movilidad. Para superar esta eventual dificultad técnica se podría alertar solamente a los accionistas que así lo solicitasen. Claro que esta última solución puede tener un argumento en contra: ¿qué problemas surgen si el accionista que solicitó la alerta no tiene más la condición de socio a la fecha de la publicación de la convocatoria? Pensamos que dicho problema no existe en la medida en que la convocatoria es un hecho público. En verdad, sería igual que si un ex accionista – u otra persona cualquier – lee en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en la prensa el anuncio de convocatoria de la Junta General.

Para que la obligación del envío del aviso o alerta pudiese tener algún efecto práctico y ser debidamente cumplida por las sociedades debería quedarse en las respectivas normas internas (en los estatutos, en el reglamento de la junta o en ambos) para permitir la respectiva impugnación (por anulabilidad). Fíjese, sin embargo, que la legitimación para impugnar los acuerdos adoptados solamente debería ser concedida a los socios que, teniendo derecho a recibir el aviso o alerta, no lo han recibido por causa imputable a sociedad y, por ese motivo, desconocían la realización de la Junta General y consecuentemente no estuvieran presentes. Es decir, pensamos que la legitimación para impugnar los acuerdos, cuando la sociedad no respetó el sistema de alertas, no puede ser tan amplia como lo dicta el art. 206.2 TRLSC por cuanto creemos que no deberán estar legitimados para impugnar los acuerdos anulables por el motivo ahora en referencia los socios asistentes a la junta (mismo que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo) porque el propósito del alerta (la llamada de atención a la existencia de la Junta General) acabó por concretizarse. Adviértase que la ausencia del

envío del alerta o del aviso no podrá corresponder a la ausencia de la convocatoria. Tratase de un mero complemento (facultativo) a la convocatoria.

En la Ley 12/2010, de 30 de junio<sup>309</sup> se estipula, por la primera vez en el ordenamiento jurídico español, el “foro electrónico de accionistas”. La dicha Ley, en su “disposición final cuarta”, modifica el art. 117 de la Ley del Mercado de Valores, añadiéndose un nuevo párrafo al respectivo apartado 2 que prevé la existencia de un foro de accionistas. Esta Ley entró en vigor, con arreglo a su disposición final sexta, en el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”<sup>310</sup> que ocurrió en el 1 de julio de 2010. Así, la Ley entró en vigor en el 2 de julio de 2010. Sin embargo, el art. 117 de la LMV fue revocado por ocasión de la entrada en vigor del TRLSC (1 de septiembre de 2010) y, por lo tanto, hoy día, el foro de accionistas encontrase regulado en el art. 528.2 TRLSC. En verdad, este 528.2 acaba por reproducir lo que se había dicho en el apartado 2 de la disposición final cuarta de la Ley 12/2010, de 30 de junio. Así, actualmente, dispone el art. 528.2 TRLSC que *“en la página web de la sociedad se habilitará un Foro Electrónico de Accionistas, al que podrán acceder con las debidas garantías tanto los accionistas individuales como las asociaciones voluntarias que puedan constituir, con el fin de facilitar su comunicación con carácter previo a la celebración de las Juntas generales. En el Foro podrán publicarse propuestas que pretendan presentarse como complemento del orden del día anunciado en la convocatoria, solicitudes de adhesión a tales propuestas, iniciativas para alcanzar el porcentaje suficiente para ejercer un derecho de minoría previsto en la ley, así como ofertas o peticiones de representación voluntaria”*. El “foro electrónico de accionistas” es una importación del ordenamiento jurídico alemán, introducido por la UMAG, y tiene por objetivo, como expresamente lo refiere la norma, facilitar la comunicación entre los accionistas previamente a la realización de las juntas generales. En nuestro

---

<sup>309</sup> Por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, para su adaptación a la normativa comunitaria.

<sup>310</sup> Salvo la modificación introducida en el artículo 105.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que entrará en vigor transcurrido un año desde la publicación de esta Ley en el BOE. En el fondo, el art. 105/2 de la LSA, con redacción de la Ley 12/2010, no llegará a entrar en vigor, ya que la dicha Ley fue revocada por la LSC. Sin embargo, la LSC prevé, en al art. 188/3 (relacionado con el art. 515 LSC), la introducción referida en la disposición final quinta de la Ley 12/2010, de 30 de junio.

juicio, la publicación del TRLSC aprovechó bien la oportunidad para crear el foro de accionistas y, de esa forma incentivar el debate virtual y consecuentemente la participación de los pequeños accionistas en las juntas generales. Los accionistas podrían, además de solicitar la representación, discutir las propuestas inseridas en el orden del día.

Pensamos que el foro se traducirá en una más valía en el ejercicio del derecho de voto y no lo será de menor importancia en cuanto promotor del ejercicio del derecho de información de los accionistas en general y, claro, de los minoritarios en particular. De hecho, una plataforma virtual adonde los socios puedan debatir y trocar ideas es un excelente incentivo para el ejercicio del derecho de información. Este incentivo puede surgir en distintas etapas del derecho de información y servir para efectos diversos. Efectivamente, desde el momento de la publicación de la convocatoria y de la respectiva orden del día, los accionistas pueden debatir, entre ellos, los asuntos que se irán discutir en la Junta General.

## **5.6. Distintas formas de convocar los socios: sistemas de convocatoria privada mediante comunicación electrónica**

### **5.6.1. Especificidades de algunos ordenamientos extranjeros**

Hasta ahora hemos comprobado que la publicación de la convocatoria mediante impresión en los diarios, oficiales o no, no es el medio más eficaz para dar a conocer a los accionistas y socios la celebración de las juntas generales. Hemos visto también que en otros países se han realizado innovaciones en este sentido, sustituyéndose las publicaciones en los diarios oficiales en papel por las publicaciones electrónicas. Sin embargo, la realidad demuestra que estas innovaciones son positivas pero no son suficientes. De ahí la tendencia doctrinal a proponer modificaciones legislativas para admitir las comunicaciones personales de las convocatorias. No se trata ahora de la posibilidad de añadir al sistema de la comunicación pública de la convocatoria el sistema de la comunicación privada, sino de una verdadera sustitución de aquél por éste.



Vamos empezar por hacer referencia a los Estados Unidos, cuyo derecho societario destaca fundamentalmente por su flexibilidad. Es de conocimiento general que en el Estado de Delaware se encuentran domiciliadas un elevado porcentaje de las sociedades norteamericanas, especialmente de las sociedades cotizadas, debido a las facilidades que concede el ordenamiento societario de ese Estado para que las sociedades adopten en los estatutos sociales normas consonantes a sus necesidades.

Por eso, no es de extrañar que en Delaware y en otros muchos de los Estados de aquél país sea posible convocar a los socios, bajo su consentimiento individual, mediante medios electrónicos, aunque las leyes sigan mencionando en muchos casos que la convocatoria se debe realizar por correo postal. La válida sustitución del correo postal por el correo electrónico tiene sustentación legal en uno de estas dos hipótesis: o porque la ley equipara en general la comunicación electrónica a la comunicación escrita<sup>311</sup> o porque la ley se refiere en concreto a la convocatoria de los accionistas admitiendo la utilización de los medios electrónicos al efecto<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup> Podemos comprobar que muchas legislaciones, de variados Estados, contienen una frase equivalente a esta: *“notice under this chapter shall be in writing unless oral notice is reasonable under the circumstances. Notice by electronic transmission is written notice”*. Es, entre otros, el caso de los Estados de Delaware, Minnesota, Connecticut, Massachusetts, Florida.

<sup>312</sup> Véase al respecto el Estado del Missouri cuya ley de sociedades dispone que: *“Written or printed notice of each meeting of shareholders stating the place, day and hour of the meeting and, in case of a special meeting, the purpose or purposes for which the meeting is called, shall be given not less than ten or more than seventy days before the date of the meeting, by or at the direction of the president, or the secretary, or the officer or persons calling the meeting, to each shareholder of record entitled to vote at such meeting. Written notice shall include, but not be limited to, notice by electronic transmission which means any process of communication not directly involving the physical transfer of paper that is suitable for the retention, retrieval, and reproduction of information by the recipient”* (...) *“any notice of a shareholders' meeting sent by mail shall be deemed to be delivered when deposited in the United States mail with postage thereon prepaid addressed to the shareholder at his address as it appears on the records of the corporation”* (Missouri Revised Statutes, Chapter 351, General and Business Corporations, Section 351.230, de 28 de agosto de 2008).

A su vez el Estado de California en las alteraciones introducidas el 31 de julio de 2008 a la *“California Corporation Code”* (section 601) refiere que: *“notice of a shareholders' meeting or any report shall be given personally, by electronic transmission by the corporation, or by first-class mail, or, in the case of a corporation with outstanding shares held of record by 500 or more persons (determined as provided in Section 605) on the record date for the shareholders' meeting, notice may also be sent third-class mail, or other means of written communication, addressed to the shareholder at the address of that shareholder appearing on the books of the corporation or given by the shareholder to the corporation for the purpose of notice; or if no address appears or is given, at the place where the principal executive office of the corporation is located or by publication at least once in a newspaper of general circulation in the county in which the principal executive office is located. The notice or report shall be deemed to have been given at the time when delivered personally, sent by electronic transmission by the corporation, deposited in the mail, or sent by other means of written communication. An affidavit of mailing or electronic transmission by the corporation of any notice or report in accordance with the provisions of this division, executed by the secretary, assistant secretary or any transfer agent, shall be prima facie evidence of the giving of the notice or report. If any notice or report addressed to the*

El sistema de comunicación privada como alternativa a la comunicación pública de la convocatoria de las juntas generales no es privativo de los Estados Unidos. También en Europa ha comenzado a admitirse esa posibilidad. Así ha sucedido, por ejemplo, en Francia, Alemania, Italia y Portugal. Veamos cómo los referidos países admiten el sistema particular de convocatoria y la utilización de medios electrónicos.

---

*shareholder at the address of that shareholder appearing on the books of the corporation is returned to the corporation by the United States Postal Service marked to indicate that the United States Postal Service is unable to deliver the notice or report to the shareholder at that address, all future notices or reports shall be deemed to have been duly given without further mailing if the same shall be available for the shareholder upon written demand of the shareholder at the principal executive office of the corporation for a period of one year from the date of the giving of the notice or report to all other shareholders. Notice given by electronic transmission by the corporation under this subdivision shall be valid only if it complies with Section 20. Notwithstanding the foregoing, notice shall not be given by electronic transmission by the corporation under this subdivision after either of the following: (1) The corporation is unable to deliver two consecutive notices to the shareholder by that means. (2) The inability to so deliver the notices to the shareholder becomes known to the secretary, any assistant secretary, the transfer agent, or other person responsible for the giving of the notice. (c) Upon request in writing to the corporation addressed to the attention of the chairperson of the board, president, vice president or secretary by any person (other than the board) entitled to call a special meeting of shareholders, the officer forthwith shall cause notice to be given to the shareholders entitled to vote that a meeting will be held at a time requested by the person or persons calling the meeting, not less than 35 nor more than 60 days after the receipt of the request. If the notice is not given within 20 days after receipt of the request, the persons entitled to call the meeting may give the notice or the superior court of the proper county shall summarily order the giving of the notice, after notice to the corporation giving it an opportunity to be heard. The procedure provided in subdivision (c) of Section 305 shall apply to that application. The court may issue orders as may be appropriate, including, without limitation, orders designating the time and place of the meeting, the record date for determination of shareholders entitled to vote and the form of notice. (d) When a shareholders' meeting is adjourned to another time or place, unless the bylaws otherwise require and except as provided in this subdivision, notice need not be given of the adjourned meeting if the time and place thereof (or the means of electronic transmission by and to the corporation or electronic video screen communication, if any, by which the shareholders may participate) are announced at the meeting at which the adjournment is taken. At the adjourned meeting the corporation may transact any business that might have been transacted at the original meeting. If the adjournment is for more than 45 days or if after the adjournment a new record date is fixed for the adjourned meeting, a notice of the adjourned meeting shall be given to each shareholder of record entitled to vote at the meeting. (e) The transactions of any meeting of shareholders, however called and noticed, and wherever held, are as valid as though had at a meeting duly held after regular call and notice, if a quorum is present either in person or by proxy, and if, either before or after the meeting, each of the persons entitled to vote, not present in person or by proxy, provides a waiver of notice or consent to the holding of the meeting or an approval of the minutes thereof in writing. All those waivers, consents and approvals shall be filed with the corporate records or made a part of the minutes of the meeting. Attendance of a person at a meeting shall constitute a waiver of notice of and presence at the meeting, except when the person objects, at the beginning of the meeting, to the transaction of any business because the meeting is not lawfully called or convened and except that attendance at a meeting is not a waiver of any right to object to the consideration of matters required by this division to be included in the notice but not so included, if the objection is expressly made at the meeting. Neither the business to be transacted at nor the purpose of any regular or special meeting of shareholders need be specified in any written waiver of notice, consent to the holding of the meeting or approval of the minutes thereof, unless otherwise provided in the articles or bylaws, except as provided in subdivision (f). (f) Any shareholder approval at a meeting, other than unanimous approval by those entitled to vote, pursuant to Section 310, 902, 1152, 1201, 1900 or 2007 shall be valid only if the general nature of the proposal so approved was stated in the notice of meeting or in any written waiver of notice”.*

En Francia se incorporó rápidamente las nuevas tecnologías al ordenamiento de las sociedades mercantiles y, en particular, a las juntas generales y al órgano de administración, bajo la influencia de un estudio efectuado por la “*Association Nationale des Sociétés par Actions*” que comprobó que, incluso sin la existencia de una base legal, las sociedades mercantiles utilizaban las nuevas tecnologías con alguna regularidad. En dicho estudio, denominado «*L’utilization des moyenes de télétransmission et les assemblées générales d’actionnaires*», que fue publicado en enero de 2000<sup>313</sup>, se pretendió, entre otras cosas, analizar las condiciones legales y técnicas de utilización de los medios electrónicos en el funcionamiento de la Junta General. Partiendo de este estudio se realizaron las oportunas modificaciones legislativas<sup>314</sup>.

El art. R.225-66, del *Code de Commerce*, dispone el contenido de la convocatoria refiriendo, entre otros aspectos, que la convocatoria debe contener la indicación del domicilio de la sociedad, del montante del capital social, el día, hora y el lugar de la Junta General así como la indicación de su naturaleza, ordinaria, extraordinaria o especial, y el orden del día. Asimismo, menciona que la convocatoria debe hacer referencia a las condiciones mediante las cuales los accionistas pueden votar y de qué manera serán puestos a disposición de los socios los documentos necesarios para la votación<sup>315</sup>. El mismo diploma advierte, en su art. R.225-73, en redacción dada por el *Décret* n.º 2010-684, de 23 de junio de 2010<sup>316</sup>, la convocatoria mencionada en el art. R.225-66, de las juntas generales de las sociedades abiertas y de aquellas que no poseen la totalidad de acciones nominativas, debe ser precedida de un aviso publicado

---

<sup>313</sup> Cfr. *L’Utilization des Moyens de Télétransmission et les Assemblées Générales d’Actionnaires*, informe presentado por el grupo de trabajo de la ANSA presidido por el director general, PHILIPPE BISSARA, enero, 2000.

<sup>314</sup> Cfr. *Loi n.º 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations écomiques*, publicada en el *JORF* n.º 113 du mai 2001, página 7776. También, el *Décret n.º 2002-803 du 3 mai 2002*, publicado en el *JORF* du mai 2002.

<sup>315</sup> Cfr. Art. 225-66, del *Code de Commerce*, “*L’avis de convocation comporte la dénomination sociale, éventuellement suivie de son sigle, la forme de la société, le montant du capital social, l’adresse du siège social, les mentions prévues aux 1º et 2º de l’article R. 123-237, les jour, heure et lieu de l’assemblée, ainsi que sa nature, extraordinaire, ordinaire ou spéciale, et son ordre du jour. Sous réserve des questions diverses qui ne doivent présenter qu’une minime importance, les questions inscrites à l’ordre du jour sont libellées de telle sorte que leur contenu et leur portée apparaissent clairement, sans qu’il y ait lieu de se reporter à d’autres documents. L’avis de convocation indique les conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent voter par correspondance et les lieux et les conditions dans lesquelles ils peuvent obtenir les formulaires nécessaires et les documents qui y sont annexés et, le cas échéant, l’adresse électronique où peuvent être adressées les questions écrites*”.

<sup>316</sup> Aplicable solamente a las juntas que tengan lugar después del 1 de octubre de 2010.

en el “*Bulletin des annonces légales obligatoires*”, con la antelación mínima de 35 días en relación a fecha de celebración de la reunión<sup>317</sup>.

A su vez, estipula el art. R.225-67 del *Code de Commerce*<sup>318</sup>, en la redacción dada por el art. 3 del *Décret* n.º 2009-557, de 19 de mayo, las condiciones legales para la correcta convocatoria de la junta, la cual debe ser publicada en un periódico con legitimidad para recibir los anuncios legales y en el Boletín Oficial siempre que se trata de una sociedad abierta o cuando las acciones no sean todas ellas nominativas<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> Cfr. Art. R.225-73, del *Code de Commerce*, que menciona que “*lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas toutes la forme nominative, la convocation mentionnée à l'article R. 225-66 est précédée d'un avis publié au Bulletin des annonces légales obligatoires, trente-cinq jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale. Ce délai est ramené à quinze jours lorsque l'assemblée générale est convoquée en application des dispositions de l'article L. 233-32. L'avis mentionné à l'alinéa précédent comporte, outre les mentions requises au premier alinéa de l'article R. 225-66, les informations suivantes : 1° Une description claire et précise des procédures que les actionnaires doivent suivre pour participer et voter à l'assemblée, en particulier des modalités de vote par procuration, par correspondance ou par voie électronique ; 2° Une description claire et précise des modalités d'exercice des facultés définies au deuxième alinéa de l'article L. 225-105 et au troisième alinéa de l'article L. 225-108, en particulier l'adresse postale et, le cas échéant, l'adresse électronique où peuvent être adressés les projets de résolutions et les questions écrites, le délai imparti pour leur transmission, la liste des pièces justificatives devant être adressées conformément aux dispositions de la présente section ; 3° Sauf dans les cas où la société adresse à tous ses actionnaires un formulaire de vote par procuration ou par correspondance ou le document unique prévu par le troisième alinéa de l'article R. 225-76, les lieux et les conditions, notamment de délais, dans lesquels ceux-ci peuvent être obtenus et retournés ; 4° L'adresse du site internet prévu à l'article R. 210-20 sur lequel sont diffusées les informations mentionnées à l'article R. 225-73-1 et, le cas échéant, celle du site internet prévu à l'article R. 225-61 ; 5° La date d'enregistrement définie à l'article R. 225-85, en précisant que seuls pourront participer à l'assemblée les actionnaires remplissant à cette date les conditions prévues par cet article ; 6° Le texte des projets de résolution qui seront présentés à l'assemblée par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas ; 7° Le lieu et la date de mise à disposition du texte intégral : a) Des documents destinés à être présentés à l'assemblée, conformément notamment aux articles L. 225-115 et R. 225-83 ; b) Des projets de résolution présentés, le cas échéant, par les actionnaires ; Lorsque la société a émis des actions à dividende prioritaire sans droit de vote ou des valeurs mobilières donnant accès au capital, les avis publiés mentionnent également l'obligation de soumettre les résolutions à l'avis, à l'accord ou à l'approbation, selon le cas, de l'assemblée spéciale des titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ou des assemblées des masses prévues à l'article L. 228-103. II.-Les demandes d'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour sont envoyées à compter de la publication de l'avis prévu au I et jusqu'à vingt-cinq jours avant l'assemblée générale. Toutefois, ces demandes sont envoyées : 1° Dans un délai de vingt jours à compter de la publication de l'avis, lorsque celui-ci est publié plus de quarante-cinq jours avant l'assemblée générale ; 2° Dans un délai de cinq jours à compter de la publication de l'avis, lorsque l'assemblée est convoquée en application des dispositions de l'article L. 233-32. L'avis mentionne le délai imparti pour l'envoi des demandes”.*

<sup>318</sup> El texto que inicialmente introdujo en el art. R.225-67 del *Code de Commerce* remonta a 2006. De hecho, esta materia fue inicialmente ya tratada en el art. 123 del *Décret* n.º 67-236, de 23 de marzo de 1967 y después alterada por el *Décret* n.º 2006-1566 que consagró la admisibilidad de la utilización de las nuevas tecnologías. La redacción actual del precepto, introducida por el *Décret* n.º 2009-557, de 19 de mayo, es cuasi la copia integral de la redacción anterior, no se configurando alteraciones respecto a la utilización de los medios electrónicos.

<sup>319</sup> El art. R.225-69, del *Code de Commerce*, modificado por el art. 3 del *Décret* n.º 2010-684 de 23 de junio de 2010, estipula el plazo que debe mediar entre la convocatoria y la fecha de celebración de la

Pero la verdadera innovación reside en la segunda parte de este precepto, que permite que, cuando todas las acciones sean nominativas, se sustituyan los procedimientos referidos anteriormente por una convocatoria enviada por carta postal a cada uno de los accionistas; admitiendo incluso sustituir el envío de la carta postal, ordinaria o certificada, por el envío electrónico<sup>320</sup>.

En todo caso, el envío electrónico de la convocatoria tiene que respetar los requisitos que se encuentran mencionados en el art. R.225-63, del *Code de Commerce*, que exige que el envío electrónico esté precedido de la autorización, recogida por escrito, de los accionistas interesados en recibir las convocatorias a través de los medios electrónicos. La autorización de los accionistas puede ser revocable en cualquier momento. Lo que no se entiende es la extremada exigencia formal de la revocación: envío por carta certificada, con acuse de recibo<sup>321</sup>. Constituye, a nuestro juicio, una clara contradicción, porque si la sociedad pretende fomentar el uso de las nuevas tecnologías y si ella efectivamente las utiliza y, por eso, las considera seguras y suficientes para el envío de la convocatoria, no se comprende que el accionista que

---

junta refiriendo que el “*délai entre la date soit de l’insertion ou de la dernière des insertions contenant un avis de convocation, soit de l’envoi des lettres, soit de la transmission de la convocation par télécommunication électronique, et la date de l’assemblée est au moins de quinze jours sur première convocation et de dix jours sur convocation suivante. Lorsque l’assemblée est convoquée en application des dispositions de l’article L. 233-32, ce délai est au moins de six jours sur première convocation et de quatre jours sur convocation suivante. En cas d’ajournement de l’assemblée par décision de justice, le juge peut fixer un délai différent*”. Nótese que esto precepto solamente se aplicará a las juntas generales que se realizaren después del día 1 de octubre de 2010.

<sup>320</sup> Cfr. Art. R.225-67, del *Code de Commerce*, según versión del *Décret* n.º 2009-557, de 19 de mayo, refiere que “*l’avis de convocation est inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social et, en outre, si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou si toutes ses actions ne revêtent pas la forme nominative, au Bulletin des annonces légales obligatoires. Si toutes les actions de la société sont nominatives, les insertions prévues à l’alinéa précédent peuvent être remplacées par une convocation faite, aux frais de la société, par lettre simple ou recommandée adressée à chaque actionnaire. Cette convocation peut également être transmise par un moyen électronique de télécommunication mis en oeuvre dans les conditions mentionnées à l’article R. 225-63, à l’adresse indiquée par l’actionnaire*”.

<sup>321</sup> Cfr. Art. R.225-63, del *Code de Commerce*, que menciona que : “*les sociétés qui entendent recourir à la télécommunication électronique en lieu et place d’un envoi postal pour satisfaire aux formalités prévues aux articles R. 225-67, R. 225-68, R. 225-72, R. 225-74 et R. 225-88 recueillent au préalable par écrit l’accord des actionnaires intéressés qui indiquent leur adresse électronique. Ces derniers peuvent à tout moment demander expressément à la société par lettre recommandée avec demande d’avis de réception que le moyen de télécommunication susmentionné soit remplacé à l’avenir par un envoi postal*”. Véase también el art. R. 225-64 del mismo Código que hace referencia a convocatoria de los accionistas titulares de acciones nominativas que fueran adquiridas en el mes anterior al de la fecha de la asamblea. La convocación de estos accionistas se hará “*à toute assemblée par lettre ordinaire. Sous la condition d’adresser à la société le montant des frais de recommandation, ils peuvent demander à être convoqués par lettre recommandée. Cette convocation peut également être transmise par un moyen électronique de télécommunication mis en oeuvre dans les conditions mentionnées à l’article R. 225-63, à l’adresse indiquée par l’actionnaire*”.

pretende remplazar el envío electrónico por la carta, certificada u ordinaria, tenga que hacerlo a través del envío de una carta certificada con acuse de recibo. Véase que la ley permite que la convocatoria se haga mediante carta certificada u ordinaria y jamás habla de un acuse de recibo para los envíos de las convocatorias. Así, el legislador francés exige mucho más al accionista que pretende sustituir el medio electrónico por la carta para recibir las convocatorias privadas, de lo que exige a la propia sociedad en el momento de convocar a sus accionistas. Creemos que el motivo de tal exigencia no es otro que el dejar constancia a la sociedad de de cuál es el modo en que debe convocar al accionista. Pero tal exigencia indica, en nuestra opinión, que el legislador francés continua entendiendo que el modo más seguro y eficaz para dejar constancia fehaciente es el envío por carta certificada con acuse de recibo. ¿No será el efectivo envío de la convocatoria tan o más importante que la notificación del medio por el cual el accionista pretende recibir la convocatoria? Entendemos que sí, por eso, si el legislador admite este envío por medios electrónicos es porque los considera suficientemente seguros y eficaces y, por eso, también los debería admitir para el envío de la revocación del consentimiento del accionista para recibir la convocatoria por los medios electrónicos.

El régimen francés, a respecto de las convocatorias de las sociedades de responsabilidad limitada dispone, en el art. R. 223.20 del *Code de Commerce*, que los socios serán convocados por carta certificada con quince días de antelación en relación a fecha de la celebración de la junta<sup>322</sup>.

A su vez, en *Alemania* el moderno ordenamiento societario admite que las convocatorias sean realizadas personalmente siempre que los accionistas se encuentren inscritos en el libro de registro de la sociedad. Entonces, siempre que la sociedad tenga los datos de los accionistas y los estatutos no dispongan algo al respecto, es admisible la convocatoria hecha a través de carta certificada o por medios electrónicos, siempre que la comunicación sea enviada con la antelación mínima de dos semanas a la fecha de la celebración de la Junta General<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> Cfr. Art. R.223-20 del *Code de Commerce* que refiere que “*les associés sont convoqués, quinze jours au moins avant la réunion de l’assemblée, par lettre recommandée*”.

<sup>323</sup> Cfr. §121, 4 de la AktG refiere que los accionistas pueden ser convocados por sistema privado, nomeadamente carta certificada: “*Sind die Aktionäre der Gesellschaft namentlich bekannt, so kann die*

El Código Alemán de Gobierno Corporativo, en la versión de 6 de junio de 2008, recomienda, por una parte, que “*la Junta Directiva no debe únicamente exponer los informes y documentos exigidos por ley para la Junta general, inclusive las cuentas anuales, y enviarlos a los accionistas que lo soliciten, sino que además debe publicarlos junto con el orden del día en la página web de la compañía facilitando su acceso*”; y por otra parte, que “*la compañía debe informar por medios electrónicos a todas las instituciones financieras, nacionales e internacionales, accionistas y asociaciones de accionistas sobre la convocatoria de la Junta General, adjuntando la documentación de la convocatoria, una vez reunidos los requisitos de consentimiento*”<sup>324</sup>. Ahora bien, como es sabido, estamos ante meras recomendaciones y no ante obligaciones legales, aunque es cierto también que siempre que las sociedades cotizadas se aparten de estas recomendaciones están obligadas a declararlo anualmente y a justificar el porqué del incumplimiento (principio cumple o explica). Asimismo, son recomendaciones especialmente dirigidas a las sociedades cotizadas, sin embargo “*a las compañías que no cotizan en bolsa se les recomienda el seguimiento del mismo*” código.

En Italia también se permite la utilización de los medios telemáticos en la convocatoria de los accionistas, aunque, con arreglo a lo dispuesto en artículo 2366 párrafo 2º del *Código Civile*<sup>325</sup>, podemos verificar que el modo común y tradicional de convocar continua siendo la publicación en el diario oficial (*in casu*, en la *Gazzetta*

---

*Hauptversammlung mit eingeschriebenem Brief einberufen werden, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt; der Tag der Absendung gilt als Tag der Bekanntmachung. Die §§ 125 bis 127 gelten sinngemäß*”.

<sup>324</sup> Cfr., recomendación 2.3.2 del Código Alemán de Gobierno Corporativo (pódesse consultar una versión electrónica del Código en la lengua española en la página <http://www.corporate-governance-code.de/es/kodex/1.html>).

<sup>325</sup> Cfr. Artículo 2366 II *Código Civile*: “*L'assemblea è convocata dagli amministratori o dal consiglio di gestione mediante avviso contenente l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo dell'adunanza e l'elenco delle materie da trattare. L'avviso deve essere pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica o in almeno un quotidiano indicato nello statuto almeno quindici giorni prima di quello fissato per l'assemblea. Se i quotidiani indicati nello statuto hanno cessato le pubblicazioni, l'avviso deve essere pubblicato nella Gazzetta Ufficiale. Lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può, in deroga al comma precedente, consentire la convocazione mediante avviso comunicato ai soci con mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento almeno otto giorni prima dell'assemblea. In mancanza delle formalità suddette, l'assemblea si reputa regolarmente costituita, quando è rappresentato l'intero capitale sociale e partecipa all'assemblea la maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo. Tuttavia in tale ipotesi ciascuno dei partecipanti può opporsi alla discussione degli argomenti sui quali non si ritenga sufficientemente informato. Nell'ipotesi di cui al comma precedente, dovrà essere data tempestiva comunicazione delle deliberazioni assunte ai componenti degli organi amministrativi e di controllo non presenti*”.

*Ufficiale Della Repubblica*) o en un periódico indicado en los estatutos (que, en caso de desaparecer, será sustituido por el diario oficial). En cualquiera de las situaciones referidas la convocatoria debe ser publicada con la antelación de quince días en relación con la fecha de celebración de la Junta General. Existe una versión electrónica, muy reciente, de la *Gazzetta*, que permite el acceso libre a las publicaciones obligatorias incluyendo las correspondientes a las convocatorias.

En el inciso tercero del artículo mencionado anteriormente, el legislador italiano admite que las sociedades, siempre que no sean sociedades de capital de riesgo, deroguen el procedimiento de publicación apuntado en el párrafo segundo y lo sustituyan por una convocatoria directa a los socios mediante medios que garanticen la comprobación del recibimiento. En esta situación la convocatoria debe ser enviada con, por lo menos, la anterioridad de ocho días relativamente a la fecha de la celebración de la junta. En verdad, la ley italiana no menciona expresamente la utilización de los medios electrónicos; pero como tampoco los excluye y se limita a exigir solamente que el medio utilizado permita la comprobación de la recepción puede afirmarse que los está admitiendo implícitamente. En efecto, el párrafo tercero del artículo ahora en referencia permite, sin dudas, la sustitución de la publicación de la convocatoria por carta certificada con acuse de recibo, pero también admite que los socios sean convocados mediante correo electrónico con acuse de recibo electrónico. Creemos así que el legislador italiano estaría permitiendo, por lo tanto, que las sociedades anónimas sustituyan las publicaciones de la convocatoria por correo electrónico con o sin la intervención de un tercero de confianza desde que, en esta última situación, el accionista tenga posibilidad de enviar la comprobación de lectura<sup>326</sup>.

Veamos ahora lo que sucede en Italia respecto de la convocatoria de las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada. Dispone el artículo 2479-bis, introducido por el *Decreto Legislativo 17 gennaio de 2003, n.º 6*, que *“l’atto costitutivo determina i modi di convocazione dell’assemblea dei soci, tali comunque da assicurare la tempestiva informazione sugli argomenti da trattare. In mancanza la convocazione è effettuata mediante lettera raccomandata spedita ai soci almeno otto giorni prima*

---

<sup>326</sup> Cfr. Entre otros, TURELLI, Silvia, «Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie», *Rivista delle Società*, anno 49/2004, fascicolo 1.º, gennaio-febbraio, 2004, páginas 116 a 158; BUSI, Carlo Alberto, «Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata», en *Trattato di Diritto dell’economia*, bajo dirección de Eugenio Picozza e Enrico Gabrielli, volumen cuarto, Cedam, Padova, 2008, página 278 y siguientes.



*dell'adunanza nel domicilio risultante dal libro dei soci*". Resulta de la lectura del precepto legal anteriormente referido que la ley italiana concede una enorme libertad estatutaria a la sociedad de responsabilidad limitada en relación con los sistemas de convocatoria de la Junta General. Efectivamente la única exigencia legal que se verifica reside en la necesidad de que la sociedad asegure que la convocatoria se hace de forma tempestiva. Es decir, el legislador italiano fijó como objetivo principal que los socios pudiesen conocer la información relativa a la Junta General, principalmente la información relativa al orden del día, con tiempo suficiente. El legislador prevé, igualmente, un régimen supletorio a aplicar siempre que la sociedad no disponga nada en relación con los medios de convocatoria. Efectivamente, ante la falta de regla estatutaria, la convocatoria de las juntas generales de la sociedad de responsabilidad limitada se hará mediante carta certificada enviada con la antelación mínima de ocho días en relación a la fecha de celebración de la junta. Así las cosas, no hay dudas de que el ordenamiento jurídico italiano permite tácitamente la utilización de los medios telemáticos en la convocatoria de las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada. Una vez que el legislador no hace mención alguna a las formalidades que el aviso de convocatoria debe respetar, creemos que es válida la cláusula estatutaria que admita cualquier forma de convocar los socios, electrónica o no, desde que concrete el comando legal que impone que los socios sean informados tempestivamente del orden del día y, añadimos nosotros, de la fecha, hora y local de celebración de la junta.

En *Portugal* la convocatoria de los socios en el seno de las sociedades anónimas sufrió alteraciones en el año 2006. En efecto, el legislador portugués introdujo importantes modificaciones en el régimen de las sociedades mercantiles, sobre todo de las anónimas, a través del ya mencionado Decreto-Lei 76-A/2006.

En el ámbito de la convocatoria, a la par de las alteraciones que ya vimos a respeto de las publicaciones, el legislador admite que cuando sean nominativas todas las acciones de la sociedad, la convocatoria pública sea sustituida por cartas certificadas

(sin acuse de recibo)<sup>327</sup> o por correo electrónico con acuse de recibo para los accionistas que previamente lo consientan<sup>328</sup>.

Al respecto de los plazos el 377/4 del *Código das Sociedades Comerciais* señala que tanto las cartas como los mensajes electrónicos deben ser expedidos con una antelación mínima de 21 días respecto a la fecha de celebración de la junta<sup>329</sup>. De acuerdo con lo dicho, el legislador portugués prevé el mismo plazo para ambas situaciones. Así, cuando la convocatoria es enviada por carta certificada, los 21 días son contabilizados desde la fecha de su expedición. Mientras la afirmación precedente no contiene dudas doctrinales, lo mismo no sucede con la contabilización de los plazos relativos a los envíos electrónicos. La primera duda consiste en saber si en el envío electrónico el cómputo del plazo debe partir del envío del mensaje electrónico que comporta la convocatoria o del mensaje enviado por el accionista confirmando que recibió la convocatoria. De la lectura del precepto resulta que el legislador utiliza el plural y, por lo tanto, podría parecer que hace referencia a los mensajes electrónicos, es decir, que los 21 días deben ser contabilizados desde la fecha de expedición de los acuses de recibo de los accionistas. Así, si la contabilización se tendría obligatoriamente que hacer desde la fecha de la expedición de acuse de recibo remitido por el último accionista en confirmar la recepción de la convocatoria. Claro que esta interpretación legal conduciría a un grave peligro que heriría de muerte esta forma de convocar: la incertidumbre de la fecha de la convocatoria. De hecho, la interpretación del precepto como aventamos iría hacer que la fecha de la convocatoria dependiese de cuándo contesta del último socio lo que atentaría contra la seguridad jurídica. Además tal sistema podría retrasar muchísimo la celebración de la junta.

Así, pensamos que, no obstante la letra de la ley, el legislador utilizó el plural porque pretendió referirse a todos los mensajes enviados a todos los socios.

---

<sup>327</sup> En Portugal los Correos facilitan los siguientes servicios de cartas certificadas: carta certificada simples (es decir, sin acuse de recibo) o carta certificada con acuse de recibo. A su caso, el acuse de recibo puede ser emitido por carta postal, por sms o por email.

<sup>328</sup> Cfr. Art. 377 del *Código de las Sociedades Mercantiles*, modificado por el Decreto-Lei 76-A/2006, de 29 de febrero, que menciona que: “*O contrato de sociedade pode exigir outras formas de comunicação aos accionistas e, quando sejam nominativas todas as acções da sociedade, pode substituir as publicações por cartas registadas ou, em relação aos accionistas que comuniquem previamente o seu consentimento, por correio electrónico com recibo de leitura*”.

<sup>329</sup> Cfr. Artículo 377.4 del *Código de las Sociedades Mercantiles*, alterado por el *Decreto-Lei 76-A/2006*, que refiere que: “*entre a última divulgação e a data da reunião da assembleia deve mediar, pelo menos, um mês, devendo mediar, entre a expedição das cartas registadas ou mensagens de correio electrónico referidas no n.º 3 e a data da reunião, pelo menos, 21 dias*”.

Efectivamente, el raciocinio lógico y razonable es que el cómputo de los 21 días se haga desde el envío de la última comunicación. Además actualmente es perfectamente posible comprobar la fecha de envío, hasta por la intervención de un tercero de confianza, al igual a lo que pasa con las cartas certificadas (la ley no exige esta formalidad, sin embargo nosotros entendemos que lo debería exigir). Creemos igualmente que el legislador intentó uniformizar los dos regímenes lo que, en verdad, hace todo el sentido. Si así no fuera los resultados serían cuasi ridículos. Véase, a propósito, la siguiente situación: a semejanza con lo que sucede en todos los ordenamientos jurídicos estudiados, la convocatoria debe contener, con arreglo al artículo 377.5 b) del *Código de las Sociedades Mercantiles*, la indicación de la fecha de la celebración de la junta que, como verificamos, solamente puede ocurrir 21 días después del envío del último mensaje por parte de los accionistas. *¿Quid juris*, cuando uno o más accionistas no envíen el mencionado acuse de recibo electrónico porque simplemente se habían olvidado o, más grave, habían decidido no lo enviar? Teniendo en cuenta los contenidos del artículo 377.3 y del artículo 56 ambos del *Código de las Sociedades Mercantiles*, la consecuencia para esta situación residiría en la nulidad de los acuerdos sociales porque el socio, a todos los efectos, no se consideraría convocado<sup>330</sup>. Consecuencia diversa ocurriría cuando el socio enviase el acuse de recibo electrónico con una antelación, relativa a la fecha de la celebración de la junta, inferior a los exigidos 21 días, porque se trata de un vicio que conduce solamente a la anulabilidad de los acuerdos y ya no a su nulidad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58.1 b) del *Código de las Sociedades Mercantiles*<sup>331</sup>. Significa todo lo anteriormente dicho que el legislador portugués no podría pretender contabilizar el plazo de 21 días desde la fecha de la última expedición del acuse de recibo electrónico so pena de ocasionar que el socio, no obstante haber consentido ser convocado mediante correo electrónico, frustrase por completo este modo de convocar al retrasarse en el

---

<sup>330</sup>El artículo 56.1 refiere que, entre otros motivos, son nulos los acuerdos de juntas generales no convocadas, salvo cuando se encuentren presentes o representados todos los socios: “*são nulas as deliberações dos sócios: a) Tomadas em assembleia geral não convocada, salvo se todos os sócios tiverem estado presentes ou representados*”.

<sup>331</sup> El artículo 58.1 b) del *Código de las Sociedades Mercantiles* nos da cuenta que son anulables, por exclusión de partes, todos los acuerdos sociales que violaren la ley cuando a tal violación no corresponde la nulidad. Asimismo son anulables los acuerdos sociales que van contra lo dispuesto en los estatutos: “*são anuláveis as deliberações que: a) Violem disposições quer da lei, quando ao caso não caiba a nulidade, nos termos do art. 56.º, quer do contrato de sociedade*”.

envío el acuse de recibo. Concluimos, pues, que, a nuestro juicio, que la norma solamente se puede interpretar como siguiendo la regla según la cual la contabilización del plazo se hace a partir de la fecha de la expedición de la convocatoria independientemente de la misma seguir el método de la carta certificada o del correo electrónico. Solamente de esta forma, creemos, la expedición vía electrónica no acarrea problemas jurídicos y prácticos. Sin embargo, podría el legislador tener aprovechado la oportunidad de la publicación del Decreto-Lei n.º 49/2010 para aclarar la norma y suprimir de una vez las dudas que sobre ella impenden. Podría el legislador portugués, incluso, acatar la propuesta decurrente del *Processo de Consulta Pública* n.º 10/2008 de la *Comissão do Mercado de Valores Mobiliários* sobre la “*Transposição da Directiva dos Direitos dos Accionistas e alterações ao Código das Sociedades Comerciais*” que, a nuestro juicio bien, proponía la alteración del art. 377.4 en el siguiente sentido: “*o contrato de sociedade pode exigir outras formas de comunicação aos accionistas e, quando sejam nominativas todas as acções da sociedade, pode substituir as publicações por cartas registadas ou, em relação aos accionistas que comuniquem previamente o seu consentimento, por correio electrónico com recibo de envio*”. La diferencia es evidente: la propuesta refiere la exigencia de recibo de envío al envés de la exigencia del acuse de recibo por el socio”. Ahora bien, si el precepto legal exigiese el recibo de envío de los mensajes portadores de los avisos convocatorios no restarían cualesquier dudas que el cómputo de los 21 días se haría del último mensaje enviado. Sin embargo, el legislador no acogió la predicha propuesta, ciertamente por entender que la norma no planteaba demasiadas dudas interpretativas.

Concluimos entonces que cuando la convocatoria es vehiculada mediante carta certificada, en la cual la ley no exige acuse de recibo, los 21 días deben computarse (*dies ad quo*) desde la fecha de la expedición y, por eso, los accionistas no tienen conocimiento de la convocatoria con la antelación de esos 21 días, ya que el envío postal es mediato al exigir la concurrencia de un intermediario físico que verifique los procedimientos necesarios hasta la entrega en el domicilio del accionista.

A su vez, en los casos en que la convocatoria se hace mediante correo electrónico el accionista puede tener conocimiento inmediato de la misma, pues no hay dudas de que se trata de un procedimiento más rápido que el procedimiento referido anteriormente. Al fin y al cabo, la igualdad del plazo de 21 días en ambas situaciones es

meramente aparente, desde luego, porque uno de los medios es mucho más rápido que el otro.

Creemos igualmente que en 2006, la ley simplemente aclaró la posibilidad de que las sociedades anónimas pudieran convocar mediante medios electrónicos, aunque sin esta intervención legal opinamos que tal posibilidad ya existía en el derecho portugués. Efectivamente el artículo 6 del *Decreto-Lei n.º 290-D/99*, de 2 de agosto, afirma en su número tres, que el envío del documento electrónico firmado con firma reconocida es equivalente al envío por carta certificada, desde que tengan lugar mediante telecomunicaciones que garanticen la efectiva recepción (normalmente un tercero de confianza). Si, a las condiciones referidas anteriormente, se suma el envío, por el destinatario al remitente, de un mensaje de confirmación con firma electrónica reconocida, los efectos del documento electrónico equivalen plenamente a aquellos que resultan del envío de una carta certificada con acuse de recibo. A su vez, el envío simple del documento electrónico equivale a la carta ordinaria, no certificada, con arreglo a lo dispuesto en el mismo art. 6.1. Así, podemos concluir que el legislador portugués, en el decreto del 99, equipara el envío de documentos electrónicos con firma reconocida o con intervención de un tercero que confianza a la carta certificada y, por eso, no existe una verdadera sustitución de formalidades sino una mera evolución técnica que se pauta por las mismas características y satisface las mismas exigencias. Sin embargo, como mencionamos, el art. 377.3 del *Código das Sociedades Comerciais* admite la sustitución de la carta certificada por un documento electrónico con acuse de recibo en la convocación de los socios. No resulta del precepto la necesidad de firma reconocida en el envío del documento electrónico ni la necesidad de la intervención de un tercero de confianza. Así, el legislador admite que, cuando todas las acciones sean nominativas, la convocatoria se haga por carta certificada o por correo electrónico sin firma reconocida que, como decimos, equivaldría a la mera carta ordinaria. Podemos, por eso, concluir que el legislador es más exigente en las formalidades inherentes a la carta que en las formalidades del correo electrónico y que fue menos exigente en 2006 que en 1999 cuando equiparó legalmente el envío electrónico al envío postal. Efectivamente, resulta claro que en 1999 pretendió el legislador con el artículo 6 precitado equiparar el envío de la carta certificada solamente al envío electrónico de documento con firma electrónica reconocida o con la intervención del tercero y excluyó de tal equiparación el

envío electrónico simple con acuse de lectura. Si el legislador portugués no hubiese intervenido en 2006 podríamos aplicar la equiparación legal que resulta del *Decreto 290-D/99* y admitir que la carta certificada fuese sustituida por el envío electrónico, pero aquí siempre tendríamos que exigir que el documento electrónico fuese firmado con la firma reconocida o hubiese la intervención de un tercero de confianza. El precepto de 2006 no es, al contrario del precepto de 1999, una norma generalista, es decir, solamente se aplica a las convocatorias de las sociedades anónimas, por lo que debe primar sobre la general.

Analicemos ahora la posibilidad del envío electrónico de la convocatoria en una sociedad de responsabilidad limitada. Recuérdese, antes que nada, que la ley refiere simplemente que la convocatoria de la Junta General de la limitada deberá ser remitida a los socios por carta certificada (cfr., art. 248.3 del *Código das Sociedades Comerciais*). Así, la norma es completamente omisa con relación al envío electrónico de la convocatoria. Pese al silencio de la ley, opinamos que también en esta sede es admisible en envío del aviso convocatorio de forma electrónica.

Para justificar lo anteriormente dicho, recurrimos nuevamente a las explicaciones sobre la equiparación legal hecha en el Decreto-Lei n.º 290-D/1999. Así, siguiendo la línea de pensamiento trazada al propósito de la posibilidad acabada de referir, veamos ahora si la sustitución de la carta certificada, por correo electrónico, en la convocatoria de las Junta Generales de las limitadas se encuentra herida de invalidad o si, al contrario, merece la validez legal. A nuestro juicio, es perfectamente admisible, en el actual régimen jurídico portugués, sustituir la carta certificada por el correo electrónico desde que este sea firmado con firma electrónica reconocida. Veamos cuales los fundamentos que aducimos para llegarnos a conclusión acabada de enunciar. Como ya tibiemos oportunidad de referir, es la propia ley la que afirma que el envío de documentos electrónicos así firmados equivale jurídicamente al envío postal certificado. Es efectivamente esta la única conclusión posible que se puede retirar del art. 6.3 *Decreto-Lei 290-D/99*. De la misma norma se retira igualmente que si la recepción del correo portador de firma reconocida fuere comprobada por un mensaje de confirmación, dirigido al emisor por el receptor, firmada igualmente con firma reconocida equivaldrá al correo postal certificado, con acuse de recibo.

Así las cosas, solamente podemos concluir por la validez de la convocatoria del administrador mediante el envío de correos electrónicos firmados con firma electrónica reconocida. Estos, como vimos, podrán legalmente sustituir las cartas certificadas puesto que se tratan, jurídicamente hablando, de formas jurídicas de igual valor. Del mismo modo, podrá el administrador exigir el acuse de recibo firmado con firma electrónica reconocida, lo que equivaldrá a las cartas certificadas con acuse de recibo. Nótese que, a su caso, la sociedad exige más lo que lo legalmente exigido que, como resulta de lo expuesto, dispensa la reclamación del acuse de recibo.

Cualquier una de las hipótesis planteadas arriba, tendrá que acoger el acuerdo, expreso o tácito (por ejemplo mediante el envío de la dirección electrónica) de los socios que van a ser convocados por medios electrónicos.

Hay aún otra posibilidad de sustituir la carta certificada por correo electrónico: utilizando la “Marca de Día Electrónica” que, como vimos anteriormente y para donde remitimos<sup>332</sup>, permite la intervención del tercero de confianza (los correos) que acreditará la expedición del correo electrónico y la integridad y confidencialidad de su contenido.

Lo que ya no será posible, por supuesto, es la sustitución de las cartas certificadas por correos electrónicos que no sean firmados con la dicha firma electrónica reconocida puesto que estos equivaldrían a cartas simples que, como resulta de la ley, no se traduce en la forma legal exigida. Sin embargo, podrá igualmente la sociedad mantener un régimen de acumulación de los dos sistemas: carta certificada y correo electrónico. A su caso, el correo electrónico no tendrá que ser firmado con firma electrónica reconocida.

### **5.6.2. Ordenamiento Español: las normas y las lagunas legales**

Es nuestro objetivo, a continuación, evaluar si el régimen jurídico español admite la posibilidad de las sociedades convocaren sus juntas generales a través de la antemencionada forma privada de convocatoria. Pretendemos asimismo verificar si las

---

<sup>332</sup> *Vd.* Capítulo III, título I, punto 2.2., del presente trabajo.

nuevas tecnologías podrán ser utilizadas a estos efectos y, en caso afirmativo, si serán una mayor valía en la concretización de estos intentos.

Para avanzarnos en el estudio que ahora se hace, partimos de dos premisas anteriores: 1) del régimen general de la convocatoria aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada y a las anónimas, ante descrito; 2) de la conclusión que la convocatoria pública no cumple y no satisface con plenitud las finalidades asociadas a la necesidad de convocar los socios.

#### **5.6.2.1. El régimen de las sociedades de responsabilidad limitada**

Verificamos ya, recordemos, que ante la vigencia de la LSRL vigoraban los arts. 46 y 47 LSRL adonde se determinaban las exigencias legales de la convocatoria de las juntas generales de estas sociedades. Ahora, el régimen de la convocatoria de juntas de sociedades limitadas se ha unificado parcialmente con el de las sociedades anónimas en el art. 173 TRLSC, que establece un sistema de convocatoria pública mediante anuncio en BORME y prensa como sistema básico, el cual, sin embargo, puede ser sustituido en sociedades limitadas por un sistema estatutario de convocatoria pública en un determinado diario que circule en la provincia donde esté domiciliada la sociedad o por un sistema estatutario de convocatoria privada mediante comunicación escrita e individual a los socios (cfr., art. 173.2 TRLSC).

En relación con la forma, el art. 46.1 LSRL acogió como regla general el mismo procedimiento de convocatoria pública establecido en el art. 97 LSA para las juntas generales de las sociedades anónimas. Sin embargo, de la lectura del precepto resulta una diferencia con el referido art. 97.1 LSA, ya que el art. 54.1 LSRL habla de la publicación de la convocatoria en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal donde esté domiciliada la sociedad, mientras que el art. 97.1 LSA exige la publicación en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia. La restricción al municipio podría reducir, naturalmente, el número de diarios de mayor circulación y generar, en consecuencia, hipotéticos problemas de seguridad jurídica. La diferencia -más allá de supuestos excepcionales- no es sustancial, pero en cualquier caso ha sido corregida por el nuevo art. 173.1 TRLSC que unifica el sistema



de convocatoria pública de la Junta General de sociedades anónimas y limitadas mediante anuncio en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia donde esté situado el domicilio social de la entidad, apostando así por la redacción del antiguo art. 97.1 LSA. Pero la gran diferencia entre el sistema de convocar las juntas generales en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada no se sitúa en aquí. La principal y fundamental diferencia reside en el hecho de este sistema de convocatoria pública no es imperativo (como sucede en la sociedad anónima, aún admitiendo que los estatutos y/o el reglamento de la Junta incluyan otras formas de convocar complementarias), ya que puede ser sustituido por uno de los sistemas estatutarios alternativos contemplados anteriormente en el art. 46.2 LSRL y ahora en el art. 173.2 TRLSC 2010 (cfr. también, art. 186.1 RRM).

Una primera posibilidad para sustituir el régimen básico o principal reside en optar por hacer la publicación del anuncio en un diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social. Esta posibilidad puede parecer semejante al sistema general pero no es así. Efectivamente, en esta primera posibilidad, por una parte, no es necesario publicar la convocatoria en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y, por otra parte, el diario en el que se publica no tiene que ser uno de los diarios de mayor circulación del municipio, es suficiente que circule en el municipio. Las sociedades que optaren por este sistema de convocar tienen que incluirlo expresamente en los estatutos, donde, además, deben especificar concretamente el nombre del diario en el que se van hacer las publicaciones de las convocatorias de las juntas generales. El mayor inconveniente de este sistema de convocar, más allá de la poca eficacia de los anuncios en prensa para llegar a todos los socios, reside en el hecho de tener que modificar los estatutos siempre que la sociedad pretenda cambiar de diario.

La segunda posibilidad concedida a las sociedades de responsabilidad limitada para sustituir el régimen general consiste en la posibilidad de optar estatutariamente “*por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro registro de socios. En caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones*”. Esta redacción se ha conservado en el art. 173.2 TRLSC 2010, que no ha aprovechado la

coyuntura para introducir alguna modificación relacionada con el uso de las nuevas tecnologías de la información en los procedimientos de convocatoria privada de Junta General.

Fíjese, antes que nada, que la sociedad puede optar por insertar una cláusula estatutaria indicando cuál es el medio o los medios que serán validos para convocar la Junta General de socios, ya que la norma habla de “*cualquier*” procedimiento de comunicación, individual y escrita. En este primero caso la sociedad tiene que respetar el medio o medios indicado(s) en sus estatutos. Sin embargo, entendemos que la sociedad puede optar por hacer una remisión al contenido de la norma o transcribir tal cual precepto legal (inciso segundo del art. 173.2 TRLSC). En este segundo caso la sociedad podría convocar mediante cualquier medio de comunicación escrita e individual y que garantice la recepción del anuncio por todos los socios<sup>333</sup>. Lo que la sociedad no puede hacer es transcribir íntegramente el art. 173.2 TRLSC (46.2 LSRL) u optar indistintamente por los dos medios de convocatoria alternativos previstos en la norma, dejando a disposición del órgano de administración el modo de convocar cada una de las juntas según entienda más conveniente. La ley refiere claramente que “los estatutos podrán establecer” la sustitución de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en la prensa por la publicación en un determinado diario o por los medios de comunicación individual y escrita. Es claro, por tanto, que la sociedad tiene que optar en sus estatutos por uno u otro sistema, so pena de aplicarse el régimen general supletorio si no se especifica una opción alternativa de las previstas en la Ley. Solamente así se comprende la expresión “los estatutos podrán establecer”<sup>334</sup>.

---

<sup>333</sup> En el mismo sentido se pronuncia la doctrina española. Cfr. CABANAS TREJO, Ricardo, «artículo 46.º», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1995, página 261 y MARTÍNEZ NADAL, Apol.lònia, «sub artículo 46.º», en *Comentario a la ley de Sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1995, página 536.

<sup>334</sup> Ante lo expuesto, no sorprenden las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, en esta materia, están de acuerdo con lo anteriormente dicho. Véase, a título de ejemplo, la Resolución de 25 de febrero de 1999 (RJ 1999/1369) que relata la situación en la cual el registrador mercantil no admitió la inscripción de una norma estatutaria que ponía en las manos del órgano de administración la decisión de optar por realizar la convocatoria siguiendo el régimen supletorio de comunicación en un diario del municipio o por el régimen de comunicación escrita e individual. El rechazo del registrador mercantil fue, en nuestra opinión, correcto y ha tenido por base el argumento de que “el medio de convocatoria no puede quedar al arbitrio del órgano de administración”. También la Dirección General de los Registros y del Notariado apoyó la decisión del registrador mercantil y mantuvo la orientación anterior con el objetivo de garantizar los intereses de los socios. Entre otros argumentos la Dirección General de los Registros y del Notariado afirma, en su Resolución de 25 de febrero de 1999 (RJ 1369), que “en conexión con la conveniencia de certeza en la regulación de las relaciones entre la sociedad y los socios, lleva a concluir que la libertad de estipulación respecto del concreto sistema de

Centrándonos ya en el procedimiento de convocatoria privada, mediante una comunicación individual, resulta perfectamente lógica y comprensible la exigencia del carácter escrito de la comunicación. En efecto, la exigencia de forma escrita del documento que contiene la convocatoria es la única que admite que se cumplan los restantes requisitos legales. Demandan tales normas, por una parte, que tiene que mediar un plazo de quince días, al menos, entre la fecha de la celebración de la junta y la fecha de la convocatoria (anterior art. 46.3 LSRL; ahora art. 176.1 TRLSC); y por otra parte, que en la convocatoria se tiene que expresar el nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión y el orden del día (art. 46.4 LSRL; ahora art. 174.1 TRLSC). Además, en caso de convocatoria realizada por medio de comunicación individual debe figurar también el nombre de la persona o personas que remitan la comunicación y el plazo de quince días se computará a partir de la fecha en que hubiere sido remitido el anuncio al último de los socios (antes arts. 46.3 y 4 LSRL; ahora art. 176.2 y 176.2 TRLSC). Además ha de tratarse de una comunicación individual, es decir, dirigida a cada uno de los socios. La norma legal exige que el modo de comunicación por lo cual la sociedad opta tenga capacidad de asegurar la recepción de la convocatoria por todos los socios *“en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro registro de socios”* (antes art. 46.2 LSRL; ahora art. 173.2 TRLSC). Resulta obvio que el legislador está pensando claramente en la carta certificada con acuse de recibo como medio de comunicación idóneo para garantizar las exigencias demandadas legalmente. No obstante, el texto de la ley admite, sin dudas, que los socios sean convocados por otros medios escritos distintos a la carta certificada.

Así, entendemos que del texto legal se desprende claramente que pueden las sociedades de responsabilidad limitada convocar a sus socios mediante medios electrónicos; particularmente a través de correo electrónico.

Efectivamente, porque la convocatoria tiene que ser individual es necesario que se haga una comunicación a cada uno de los socios. Así las cosas, el correo electrónico

---

convocatoria de la junta, dentro de los márgenes legales, deberá desenvolverse al configurar los propios Estatutos – en armonía con su naturaleza de norma rectora de la estructura y funcionamiento de la entidad, con la exigencia de plenitud y especificación en sus determinaciones y para garantía de los legítimos intereses de los socios –, de suerte que, en defecto de previsión estatutaria, los socios puedan contar con que la Junta habrá de convocarse de la forma establecida en el artículo 46.1 de la Ley, sin que quepa una remisión estatutaria o lo que en cada ocasión, al efectuar la convocatoria, determine el órgano de administración entre varios sistemas alternativos”.

presenta las características que hasta ahora apuntamos: comunicación escrita e individual, partiendo siempre del principio de equivalencia funcional que equipara la comunicación electrónica a la comunicación escrita. Asimismo, entendemos que nada obsta para que los socios sean convocados por fax o incluso por mensajes de texto enviados a los teléfonos de los socios. Esta última situación puede levantar problemas técnicos una vez que los mensajes de texto de los teléfonos no permiten escribir mucha información y como tal podría ser un obstáculo a un buen envío y a una buena recepción. En cualquier caso, no nos encontramos aquí para discutir los eventuales problemas técnicos sino los problemas jurídicos y cuanto a estos creemos que la ley admite que los socios sean convocados por mensajes para los teléfonos de los socios ya que se trata de una comunicación escrita e individual.

Lo que está claro es que no sería posible sustituir el sistema legal o estatutario de convocatoria por una publicación en el sitio de web de la sociedad, como se prevé para las sociedades anónimas cotizadas. De hecho, las sociedades de responsabilidad limitada no están obligadas a tener páginas web, aunque cada vez son más las sociedades que las tienen. Sin embargo, la publicación de la convocatoria en el sitio web no permite una sustitución del régimen estatutario de comunicación escrita e individual, porque no presenta la característica de comunicación individual; y, así, solamente se podría verificar a título complementario. Es decir, la sociedad limitada tendría que optar por el régimen general de convocatoria pública o por otro de los sistemas alternativos estatutarios previstos en la Ley; sólo adicionalmente podría estipular en los estatutos que la convocatoria se publicará igualmente en su sitio web (o en otro lugar, electrónico o no)<sup>335</sup>.

Junto con los requisitos referidos de comunicación escrita e individual, la norma exige que se asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio de cada socio. ¿Qué significado tiene la exigencia de asegurar la recepción del anuncio en el domicilio de cada socio?

En caso de conflicto, la sociedad tiene que probar que entregó en el domicilio del socio la convocatoria. Si se trata de una convocatoria enviada mediante carta

---

<sup>335</sup> En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, «La Junta general de socios», en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, coordinación de Fernando Rodríguez Artigas, Alberto Alonso Ureba, *et al.*, vol. I, Madrid, Mc-Graw-Hill, 1996, páginas 589 a 642, sobre esta materia en concreto *vide* pág. 605 y siguientes.

certificada con acuse de recibo, la sociedad tiene que probar que entregó al socio dicha carta certificada con acuse de recibo, no que la carta contenía la convocatoria. Justamente si el socio afirma que la carta certificada no contenía la convocatoria le incumbe la prueba de tal hecho, así lo entiende también la STS 3 de abril de 2001 (RJ 2001, 6644). Pero es necesario preguntarse si los medios telemáticos satisfacen la exigencia relativa a la necesidad de asegurar la recepción del anuncio en el domicilio designado por el socio o el que conste en el Libro-Registro. La respuesta, a nuestro juicio, es indiscutiblemente afirmativa.

Como es sabido es posible solicitar un acuse de recibo en los correos electrónicos que permite confirmar que el correo entró en la caja del receptor. Así, no habrá problemas de prueba en cuanto al envío de la convocatoria. Además, más fácilmente el socio (y por supuesto la sociedad) puede probar el contenido del correo electrónico. Ahora bien, siempre se puede afirmar que en la carta certificada con acuse de recibo interviene un tercero de confianza que prueba el envío de la carta y garantiza la autenticidad y confidencialidad del contenido y que, por el contrario, en el correo electrónico tal cosa no sucede. Pero no es así. Antes que nada, es preciso señalar que se trata de una cuestión meramente técnica. Siempre es necesario verificar el estado actual de la técnica para no incurrir en errores graves a la hora de formular propuestas sólidas de aplicación de las nuevas tecnologías al funcionamiento de las sociedades mercantiles. En relación con la hipótesis ahora avanzada, actualmente existe la posibilidad de que un tercero de confianza intervenga en el envío de los correos electrónicos realizando exactamente las mismas funciones que son asumidas en los casos de los envíos de las cartas certificadas con acuse de recibo. Efectivamente los servicios de *Correos de España* disponen ya de un servicio, llamado “*Correo Electrónico Seguro*”<sup>336</sup>, que es la primera fase de un servicio más completo denominado “*Apartado Postal Electrónico*”, dirigido tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, que va permitir suministrar a los clientes una dirección electrónica permanente capaz de facilitar el

---

<sup>336</sup> Actualmente se trata de un servicio que posibilita a los ciudadanos tener una cuenta de correo electrónico que, conforme lo publicitado en la página de los *Correos de España*, presenta las siguientes características: “Los titulares de las cuentas están identificados; las cuentas se mantendrán activas en tanto el titular no las dé de baja voluntariamente; los e-mails se transmitirán cifrados a/desde los servidores de Correos.; los e-mails estarán almacenados exclusivamente en los servidores de Correos si el emisor y receptor son titulares del correo electrónico seguro”. Nótese que se trata de un servicio con carácter gratuito. Cfr. <https://online.correos.es/>.

acceso a toda la documentación del cliente que se encuentre en soporte electrónico. La más importante característica de este servicio reside en el hecho de permitir la transmisión de los documentos electrónicos con garantía de autenticidad e integridad. Así, la empresa *Correos de España* interviene como un tercero de confianza y asegura la confidencialidad y privacidad de los correos electrónicos y de los datos adjuntos. *Correos de España* garantiza asimismo que si ambos los intervinientes en el mensaje (emisor y receptor) son usuarios de su servicio, “*el intercambio de los correos electrónicos se realizará sólo desde los servidores de Correos*”<sup>337</sup>. Con la garantía de *Correos de España* permitiendo el envío de correos electrónicos firmados y cifrados electrónicamente y garantizando que solamente el emisor y el receptor accedan al contenido de dichos correos, no hay dudas de que se respetan los comandos legales en relación con la comunicación escrita, individual y con garantía de recepción en el domicilio (aquí dirección electrónica) de cada socio<sup>338</sup>. La característica más importante de este servicio reside en la capacidad probatoria que reviste respecto al acto de envío y respecto a la fecha (e incluso de la hora) del mismo. Por todo lo dicho anteriormente parece que este servicio se asemeja sustancialmente a la certificación postal. En efecto, por la práctica del acto el emisor recibe un acuse de recibo electrónico emitido por una tercera entidad de confianza (*Correos*) que es ajena a las partes.

En definitiva, tal como verificamos en el primer capítulo del trabajo, los documentos electrónicos tiene una validez jurídica semejante a la concedida a los documentos autógrafos y, por eso, no vislumbramos problemas jurídicos en la utilización de documentos electrónicos en la convocatoria de las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46.2 LSRL (ahora 173.2 TRLSC). Además, con la garantía de este servicio los correos electrónicos serán equivalentes a cartas certificadas con acuse de recibo.

---

<sup>337</sup> La adhesión al servicio implica un previo registro que se puede efectuar en el *sitio* facilitado al efecto. Paralelamente al registro, la utilización de este servicio requiere la reunión de determinados prerequisites señalados en la página web. Toda la información técnica que dispusimos se encuentra publicitada en la página web de los *Correos de España*. Cfr. <https://online.correos.es/> consultada por última vez el día 17 de agosto de 2010)

<sup>338</sup> Portugal dispone de un servicio con características semejantes suministrado igualmente por los servicios de Correos (*Correos de Portugal*). Se llama “Marca do Dia Electrónica”. Este servicio, del que ya hablamos anteriormente, se traduce en la aposición de una “estampilla electrónica” en un documento electrónico con el objetivo de alcanzar dos efectos distintos: garantizar la veracidad de la hora y fecha del envío – y consecuentemente la veracidad del propio envío – y la integridad del contenido del envío. Vid. supra.....INDICA EL EPÍGRAFE O SUBEPÍGRAFE DONDE HABLASTE DE ESTE TEMA

No obstante, otra cuestión jurídica que se puede suscitar, es si el envío electrónico de la convocatoria puede respetar la exigencia legal de garantizar que el anuncio se haga “en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro-registro de socios”. Creemos que no hay problemas jurídicos adicionales en considerar que la dirección electrónica puede ser incluida en un concepto amplio de domicilio del socio desde que la misma sea designada al efecto o que conste en el Libro-registro de socios de la entidad.

Registrado lo anterior tenemos que asentar ideas. Antes que nada, fíjese entonces que la convocatoria a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada se puede hacer, desde que así lo prevean los estatutos, a través de comunicación privada (sustituyendo la forma pública) que puede revestir una de las siguientes formas: 1) carta certificada con acuse de recibo; 2) correo electrónico con acuse de recibo sin la necesidad de intervención de un tercero de confianza; 3) correo electrónico enviado con la colaboración del dicho tercero de confianza (al momento la empresa *Correos de España*). Pese a que entendamos que la letra de la ley permite efectivamente las tres posibilidades ahora apuntadas, la materia aquí en foco merecía una intervención legislativa de aclaración y la mejor oportunidad para hacerlo tendría sido, sin dudas, la publicación del TRLSC. El legislador no consideró importante intervenir en ésta ocasión, esperemos que lo haga a breve trecho. La aclaración legislativa es pertinente sobre todo porque, como veremos a continuación, en lo que tañe a las sociedades limitadas nueva empresa el art. 446 prevé expresamente la utilización de los medios telemáticos y, de la letra de la ley, cuasi parece que se trata de un método que la ley permite exclusivamente. Sería, por eso, deseable que el legislador asumiese expresamente la validez de la utilización de los medios telemáticos en las convocatorias de las juntas generales de la limitada (general y nueva empresa).

Por último: ¿Qué sucede si el socio rechaza el recibimiento de la convocatoria? Se trata de una cuestión que alcanza a todas las formas de comunicar el anuncio de convocatoria de junta y que asume especial importancia porque la ley exige que se asegure la recepción del anuncio por todos los socios. Ahora bien, la convocatoria se encuentra correctamente efectuada a partir del momento en que la misma penetra en la esfera jurídica del receptor, es decir, a partir del momento en que el receptor tiene la

posibilidad jurídica de tomar conocimiento de su existencia. Hay que entender por lo tanto que cuando la Ley requiere que se asegure la recepción del anuncio por todos los socios, no está exigiendo que se garantice la recepción del mensaje con la convocatoria, sino que se implemente un procedimiento que garantice objetivamente la posibilidad cierta de los socios de tener conocimiento de la convocatoria. De ahí que el plazo se compute desde que se remite el último anuncio, no desde que se recibe el anuncio.

El legislador no exige naturalmente que la sociedad certifique que el socio leyó el anuncio (lo que sería manifiestamente imposible), sino que el socio ha tenido la posibilidad de leer y trabar conocimiento del anuncio al encontrarse éste a su disposición con la antelación suficiente. Requisito que se cumple, según el tenor legal, con la disposición de un procedimiento de convocatoria que garantice de manera objetiva el correcto envío del anuncio de convocatoria a cada uno de los socios (de forma que asegure la recepción del mismo por cada uno), en tanto en cuanto el art. 46.3 LSRL (ahora el art. 176.2 TRLSC) establece que el plazo para celebrarse la Junta General (y, por lo tanto, la válida realización de la convocatoria) se computará a partir de la fecha en que hubiera sido remitido el anuncio al último de los socios. Entonces, siempre que el socio voluntariamente rechaza la recepción del anuncio de convocatoria o simplemente se limita a no recoger la carta (previo aviso del servicio de correos por estar ausente de su domicilio), se debe considerar que tomó o pudo tomar conocimiento de la convocatoria. Así lo señala además la STS de 21 mayo 2004 (RJ 2004, 5330). Así las cosas, se consideran debidamente convocados tanto el socio que encontrándose en su domicilio rechaza voluntariamente la carta certificada como el que no se desplazó al establecimiento de Correos para recoger la carta, después del aviso dejado por el funcionario de Correos porque el receptor no se encontraba en su domicilio. Igualmente, ha de considerarse debidamente convocado el socio que recibe en su dirección electrónica el correo electrónico que contiene como objeto la convocatoria y lo rechaza o simplemente decide no abrir el mensaje.

Nótese además que, en la presencia de eventuales conflictos, sobre si el anuncio fue o no enviado y si fue o no recibido, a la sociedad bastará probar que envió correctamente el anuncio. Situación distinta es aquella en que el anuncio no fue recibido no porque la sociedad fue negligente pero por ocasión de negligencia de los servicios de correos o por defectos en el proceso de comunicación utilizado. En tal caso, el socio



perjudicado tendrá que reclamar responsabilidad al servicio postal o a la empresa de telecomunicaciones.

### **5.6.2.2 Las características especiales de la sociedad limitada nueva empresa**

Merece la pena hacer una referencia autónoma a la convocatoria de la Junta General en el seno de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. Recuérdese que la Sociedad Limitada Nueva Empresa fue introducida en 2003, por la Ley 7/2003, de 1 de abril, con el objetivo de agilizar y simplificar los trámites constitutivos y de funcionamiento de las pequeñas empresas bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada, presentándose así como una especialidad del tipo de la sociedad de responsabilidad limitada. La Sociedad Nueva Empresa se regula ahora en el Título XII del TRLSC 2010 (arts. 434-454).

En materia de Junta General y en particular respecto a la convocatoria disponía el art. 138 LSRL que *“la Junta General se regirá por lo dispuesto en la presente Ley, pudiendo convocarse de acuerdo con lo que en ella se dispone y, además, mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado a tal efecto por los socios, por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria, a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio. En estos supuestos, no será necesario el anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil ni en ninguno de los diarios de mayor circulación del término municipal en que esté situado el domicilio social”*. Actualmente, el art. 446 TRLSC simplifica la redacción aunque conserva la sustancia de la norma al señalar que: *“La junta general de la sociedad nueva empresa podrá convocarse también mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado a tal efecto por los socios y por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio (...) En estos supuestos, no será necesario el anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil ni en ningún diario”*.

De la lectura del precepto legal se concluye que el legislador añade para la SNE nuevos sistemas telemáticos de convocatoria. Pero al utilizar el vocablo “además” y al enumerar una serie de mecanismos aptos para convocar la Junta General de las Sociedades Nueva Empresa conduce a la idea (a nuestro juicio errada) de que, más allá de los sistemas descritos en la ley para la convocatoria de las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada regulares, el legislador prevé otros sistemas diferentes de convocatoria específicos para el subtipo de la sociedad limitada nueva empresa. A nuestro entender, como antes se expuso, la posibilidad de convocatoria individual de la junta por medios telemáticos está implícita ya en el sistema de convocatoria privada contemplado en el art. 173 TRLSC (y antes en el art. 46.2 LSRL). Como referimos arriba, de la lectura del precepto citado cualquier medio de comunicación, individual y escrito es apto para convocar a los socios desde que asegure la recepción del mensaje.

En la Sociedad Nueva Empresa, aunque la norma no lo explicita, el medio de convocar tiene que ser igualmente individual y escrito, de manera que permita una completa información a los socios. En verdad, al prever la norma que la convocatoria por procedimientos telemáticos “*hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria*”, está exigiendo un conocimiento completo y riguroso que requiere en todo caso la forma escrita, aunque sea en forma electrónica. De hecho, la norma habla de correo certificado y de mensaje electrónico.

Tampoco explicita la norma el carácter individual de la convocatoria, pero creemos que se desprende claramente de la misma. En primer lugar, porque prevé la convocatoria mediante correo certificado con acuse de recibo que se debe dirigir al domicilio señalado a tal efecto por los socios. Como regla general los socios no comparten domicilios y cuando, por ventura, lo hacen, por ejemplo designando el mismo apartado postal, creemos que no se podría enviar una única convocatoria dirigida a todos los socios. Ni tampoco creemos que la solución resida en el envío de tantas convocatorias cuantos socios residan en un mismo domicilio. Así, entendemos que, incluso ante una situación en que varios de los socios residan en el mismo domicilio, la sociedad debe enviar una convocatoria dirigida individualmente a cada uno de ellos. Lo mismo sucede, pensamos, para el envío de la convocatoria por medios electrónicos, en la que el legislador menciona la necesidad de la acreditación fehaciente del envío de la

convocatoria o del acuse de recibo del socio. De esta última frase se deduce con claridad que el legislador se refiere a una convocatoria individual y no colectiva. No obstante, en contra de esta posición se manifiesta MUÑOZ PAREDES, quien no ve “*inconveniente en que el mensaje sea conjunto si varios socios comparten la misma dirección, aunque debe estar dirigido expresamente a todos ellos*”<sup>339</sup>.

Entendemos en fin que las sociedades limitadas nueva empresa pueden utilizar los mismos medios telemáticos que señalamos cuando analizamos el régimen común de las sociedades de responsabilidad limitada; a saber: correo electrónico, fax o mensaje SMS. También aquí los estatutos pueden establecer distintos medios de convocatoria, e incluso pueden establecer más de un medio telemático desde que, al menos uno de ellos, haga posible el conocimiento de la convocatoria a todos los socios en la forma indicada en el art. 138 LSRL (art. 446 TRLSC). En cualquier caso, es claro que la utilización de los medios telemáticos dependerá de la comunicación por parte de los socios a la Sociedad de la dirección electrónica (buzón de mail, número de fax o número de teléfono móvil) en que quiere recibir la convocatoria.

Pero el verdadero problema jurídico se presenta en la acreditación del envío de la convocatoria escrita e individual por medios telemáticos a cada uno de los socios, que recibe un tratamiento específico en el art. 446 TRLSC (antes art. 138) para la nueva empresa.

Vimos arriba que el precepto legal que admite la utilización de los medios telemáticos y que presenta un contenido algo diferente del contenido del art. 173.2 TRLSC (anterior 46 LSRL). En efecto, mientras éste exige que el medio de convocar – cualquier procedimiento (telemático o no) de comunicación individual y escrita, de acuerdo con el artículo– “*asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro registro de socios*”, el art. 446 TRLSC (antes art. 138 LSRL), refiere para la nueva empresa que son admisibles las convocatorias por procedimientos telemáticos siempre que “*hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria, a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio*”. De la

---

<sup>339</sup> Cfr. MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, Thomson – Civitas, 2005, Cizur Menor, página 120.

lectura de las normas legales podemos vislumbrar algunas diferencias en la letra de la ley, lo que, como se percibe, desde luego, es de lamentar. Efectivamente, la técnica legislativa debería ser la misma en todo el cuerpo jurídico, sobre todo cuando se habla del mismo tipo societario. No perdimos de vista que el TRLSC es fundamentalmente una recopilación de distintas legislaciones pero debería, al menos, el legislador intentar minimizar conflictos ya existentes y no crear nuevas querellas e incertidumbres jurídicas. Veamos ahora se las desemejanzas en la escrita aportan diferentes exigencias legales.

Verificamos anteriormente que la ley exige, en el art. 173.2 TRLSC (antiguo 46 LSRL), que el procedimiento utilizado en el envío de la convocatoria aporte garantías de que los mensajes fueran efectivamente enviados y que se encontraban reunidas las condiciones para que los socios recibiesen los dichos mensajes. Ya apuntamos, por lo tanto, que no es pretensión de la norma que se pruebe que los socios verdaderamente recibieran los mensajes ya que éste hecho depende, en último término, de los propios socios. Ésta es la solución que, como vimos, mejor se adecua al proceso de contaje del plazo que comienza a correr desde la fecha en que el último mensaje es enviado (de acuerdo con el procedimiento que garantiza la posibilidad de recibir la convocatoria) y no desde el momento en que el último socio recibe realmente el mensaje. En verdad, esta solución es la única que se compadece con la exigencia de seguridad jurídica.

Pero, como decíamos antes, la norma reguladora de materia ahora en estudio en sede de la nueva empresa no contiene exactamente el mismo contenido. En verdad, refiere el citado art. 446 TRLSC (art. 138 LSRL), como tuvimos ocasión de transcribir anteriormente, que el envío de la convocatoria debe ser comprobado a través del acuse de recibo del mensaje por parte del socio o mediante la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria.

Ahora bien, de acuerdo con la norma ante citada, resulta claro que el legislador pretendió nuevamente que el envío de la convocatoria obedeciese a un procedimiento que pudiese garantizar a los socios el acceso al anuncio. Una vez más, no pretendió el legislador que se asegurase la efectiva y real recepción del anuncio.

Así las cosas, no tenemos dudas que la carta certificada con acuse de recibo sirve para acreditar en envío correcto. Asimismo, el acuse de recibo, en el caso del envío se realizar por email, al probar la recepción del mensaje prueba, forzosamente, que el

envío se realizó correctamente. Por lo tanto, siempre que el socio emite el respectivo acuse de recibo la sociedad se quedará dispensar que acarrear más pruebas relativas al envío del mensaje puesto que de él no restarán dudas. No obstante, nos gustaría advertir que, en nuestra opinión, la necesidad de comprobar la efectiva recepción del anuncio de convocatoria por parte de todos los socios puede carrear problemas a la buena marcha de la sociedad. Piénsese en la situación en que uno de los socios no envía intencionadamente el acuse de recibo no obstante haber recibido el aviso de convocatoria e incluso haberlo leído. No se puede permitir que sean los socios quienes controlen la regularidad de la convocatoria.

Lo que pretendemos decir es que la sociedad deberá solicitar el acuse de recibo pero deberá asimismo tomar cautelas adicionales y seguir un procedimiento de convocatoria que le permita acreditar fehacientemente el envío del anuncio independientemente de la colaboración del socio. Justamente, el problema mayor ocurre, como se imagina, cuando la convocatoria es enviada por email (o por otro medio electrónico) y el socio no envía el respectivo acuse de recibo (dolosamente o por simple negligencia). Es precisamente en este momento que deberemos recurrir a exigencia legal de la “acreditación fehaciente del envío”. Significa esto que la cuestión que habremos que plantear es: ¿cómo probar fehacientemente el envío electrónico de la convocatoria? ¿será bastante la prueba del envío?

A la primera vista, podríamos decir que la prueba del envío sería suficiente. De hecho, se pensarnos en un envío electrónico es posible probar que el emisor envió un determinado mensaje a un ó más receptores. Sin embargo, creemos que la simple prueba del envío del mensaje no cumple la exigencia de la acreditación fehaciente que precisamente por ser “fehaciente” supone un “plus probatorio”. Además, exigir que la sociedad probase sin más el envío del mensaje podría conducir a situaciones indeseables del punto de vista de seguridad jurídica. Sería, posible, desde luego, ante la ocurrencia de un fallo técnico del conocimiento de la sociedad que esta nada hiciese para promover nueva convocatoria ya que podría probar el envío (no obstante tener recibido una comunicación posterior a referir que el mensaje no había sido enviado). Más gravosa sería aquella situación en la cual la sociedad pretendiese no convocar un socio considerado indeseado en la Junta General enviando la convocatoria y provocando intencionadamente un error técnico en su envío. Así, podría probar el envío y

consecuentemente la regularidad de la convocatoria aunque el socio no tendría posibilidad de conocer la convocatoria de la Junta.

Otro problema que se plantearía, caso se exigiese únicamente la prueba del envío, sería el de concretar lo que se entiende, en éste contexto, por el “envío del mensaje”. Creemos que, teniendo en cuenta la *ratio* de la norma, el envío de la convocatoria debe permitir que los socios a quienes fue remitida tengan la posibilidad (si así lo quieren) de conocer el contenido de la dicha convocatoria. Nótese, nuevamente, que el envío no podrá significar que los socios recibieran efectivamente el mensaje enviado. Parece que del art. 446 TRLSC no podemos concluir sino que la convocatoria debe ser entendida como legalmente correcta siempre que pueda llegar a la esfera jurídica de los socios, es decir, siempre que estos tengan la posibilidad de acceder a ella. Será esta, al menos, la conclusión que se retira si pensarnos en la norma de un punto de vista objetivo y apriorístico. Así las cosas, la sociedad tendría que probar que desencadenó los procedimientos adecuados para que los socios pudiesen trabar conocimiento de la convocatoria y caso estos no quisiesen leerla la sociedad habría naturalmente cumplido su obligación y no existirían cualesquier causas de impugnación del acuerdo. Sin embargo, del punto de vista subjetivo y casuístico, siempre tendríamos que levantar las siguientes cuestiones: ¿Qué sucede cuando la sociedad envió el anuncio cumpliendo los procedimientos más adecuados a llevar al conocimiento de los socios la convocatoria y todavía esta nunca llegó a esfera jurídica de los socios, es decir, nunca hubo la posibilidad de estos accedieren al anuncio? Aquí tendríamos que analizar el caso en concreto y abrir dos posibilidades: 1) la sociedad, no obstante tener cumplido con los procedimientos adecuados al envío, tomó conocimiento que los mensajes no fueron enviados (independientemente del fallo en el envío se deber a sociedad o de ser ajena a esta); 2) la sociedad tomó las medidas adecuadas al envío que todavía, por motivos a ella completamente ajenos, no se concretizó y de esto fallo la sociedad no fue informada. En la primera situación, el envío no se podrá considerar y, por eso, la sociedad no cumplió la obligación de convocar a sus socios. Contrariamente, en la segunda situación, y no obstante los socios no hubieren tenido la posibilidad fáctica de acceder a convocatoria, deberemos entender que la sociedad cumplió su obligación y que el mensaje se consideró (a estos efectos) enviado. Así las cosas, mientras la primera

situación consustancia una causa de impugnación de acuerdos sociales en la segunda tal causa no se verifica.

Las palabras precedentes no son, con todo, suficientes para solucionar el problema. Efectivamente, como ya apuntamos, la mayor problemática reside en la prueba fehaciente del envío. Es decir, de nada servirá a sociedad tener efectivamente enviado el mensaje si no puede probar fehacientemente que lo hizo.

Parece más bien que el legislador, cuando se refiere a la acreditación fehaciente del envío, se está refiriendo a una acreditación que acarrea los mismos efectos que los sistemas que admite como alternativos: el acuse de recibo en el correo postal o en el correo electrónico. Habrá que preguntarse pues si el legislador no exige, aun que implícitamente, la intervención de un tercero de confianza que garantice el envío y la correcta recepción del mensaje electrónico con la convocatoria (o, al menos, que el mensaje se alojó en el buzón del socio destinatario, aunque éste luego no abra el mensaje), al igual con lo que exige en el correo postal certificado, y así permita la acreditación suficiente del envío.

La verdad es que cuando la sociedad opta por la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico (es decir cuando no opta por hacer depender la prueba del envío del acuse de recibo) recurrir a un tercero de confianza es, efectivamente, garantizar el correcto envío del mensaje. Las cosas se pasarían, en términos de prueba fehaciente del envío, exactamente como sucede en el correo postal certificado. Será, por eso, siempre una garantía para la sociedad que conseguirá probar la acreditación fehaciente del envío. Con la intervención del tercero de confianza la sociedad se encontrará en condiciones de probar que el mensaje fue efectivamente enviado a la dirección electrónica (o número de fax o número de teléfono móvil) proporcionada por el socio y que si éste no tuvo acceso a ella es porque fue negligente o actuó maliciosamente intentando negar la recepción del mensaje electrónico.

Todavía, son distintos los medios que atribuyen la característica de “fehaciente” a la comunicación o documento. El artículo 317 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), define cuáles son los documentos calificados de públicos y por lo tanto detentores de la calidad de “fehacientes”. Sin embargo los documentos referidos en la predicha ley no siempre son adecuados, en nuestra opinión, a la mecánica de las sociedades mercantiles, desde luego, porque pueden ser complejos, costosos y

lentos. Es por eso que creemos que el medio que actualmente mejor conjuga las necesidades de estas sociedades mercantiles – que son pequeñas por naturaleza – con el texto de la ley es la utilización de los servicios disponibles por los servicios de correos, los cuales permiten de forma económica garantizar la existencia del documento y la comunicación e incluso, en algunas ocasiones, su contenido. A propósito ya vimos anteriormente el servicio denominado “Correo Electrónico Seguro”. Podemos asimismo hacer referencia al llamado “buofax” que se traduce en el envío de un fax con la intervención de Correos. El “buofax” puede ser enviado certificado y con acuse de recibo logrando así la calidad de comunicación fehaciente. Además, se trata de un medio bastante cómodo ya que tanto puede ser enviado desde la oficina de Correos como desde cualquier otro local a través de los servicios ofrecidos en la “oficina virtual de correos”, siendo suficiente para tanto la existencia de un ordenador con conexión a Internet.

Sentado lo anterior, podemos concluir que la intervención de un tercero de confianza permite efectivamente alcanzar la acreditación fehaciente del envío. Lo que ahora cuestionamos es si tal acreditación simplemente es alcanzable con la intervención del predicho tercero de confianza. Creemos que no. Es una realidad que los sistemas jurídicos, en general, tienen una tendencia natural para recorrer a terceros de confianza. Es igualmente verdad que la intervención de los dichos atribuye a las relaciones jurídicas una mayor certidumbre y seguridad. Sin embargo, en el caso que ahora estudiamos, la ley no exige expresamente la intervención del tercero de confianza. Podría hacerlo. Quizá debería hacerlo. Pero la verdad es que no lo hace. Y por eso, pensamos que la acreditación fehaciente se podrá alcanzar asimismo a través de otros medios que garanticen igualmente que el anuncio se quedó a disposición del socio a partir de una determinada fecha. Estamos a pensar nombradamente en una función técnica disponible en algunos correos electrónicos que permite solicitar, además del acuse de recibo, un acuse de entrega. La diferencia entre ambos los acuses es obvia: el primero exige la intervención de receptor que tendrá que emitirlo; el segundo es emitido automática y inmediatamente por el sistema e indica que el mensaje enviado fue o no fue efectivamente entregado en el destinatario<sup>340</sup>. Cuando el mensaje no se entrega de

---

<sup>340</sup> Cuando el mensaje es entregado el emisor recibirá la siguiente mensaje: “a mensagem foi entregada aos seguintes destinatários: Marisa Catarina da Conceição Dinis; Assunto: convocatória”.



inmediato en el correo del destinatario el emisor recibe un mensaje refiriendo que la entrega no fue posible ser realizada inmediatamente y, por eso, fue adiada<sup>341</sup>. A su caso, el propio sistema se encargará de, durante algún tiempo, intentar concretar la entrega. Cuando la entrega no es conseguida en el tiempo definido, el sistema envía un último mensaje refiriendo que la entrega no fue posible.

En conclusión, la prueba del envío del anuncio de la convocatoria de la Junta General de la sociedad nueva empresa se puede concretar a través de distintas formas: 1) por el correo certificado con acuse de recibo; 2) por el envío del acuse de recibo del socio; 3) por la respectiva acreditación fehaciente que será alcanzable con la intervención de un tercero de confianza (como sucede con el correo electrónico certificado) o con la utilización de un programa informático que permita probar las entregas en el buzón de los destinatarios (además de probar los envíos).

De los medios que, a nuestro juicio, se encuentran a disposición de las sociedades nueva empresa para que estas convoquen sus juntas generales elegimos el correo electrónico certificado o el burofax. De hecho cualquier uno de estos medios prevé la intervención del tercero de confianza que confiere al envío más seguridad y que facilita la prueba en situación de conflicto.

Independientemente de las conclusiones a que llegamos, lo cierto es que se trata de una materia controversia que suscita dudas en un punto esencial del sistema jurídico: el de la prueba. En verdad, las formulaciones genéricas no son nunca la mejor técnica legislativa puesto que plantean, a cada paso, problemas de seguridad jurídica. El legislador, cuando hizo la recopilación de normas (que es fundamentalmente de lo que se trata el TRLSC) debería tenerse pronunciado sobre estas cuestiones intentando ajustar la normas a los modernos tiempos y sobre todo intentando propugnar por la coherencia legislativa del nuevo cuerpo normativo.

---

<sup>341</sup> Cuando el mensaje es entregado el emisor recibirá la siguiente mensaje: “a entrega aos destinatários ou listas de distribuição seguintes foi adiada: [maris.dinis@pleiria.pt](mailto:maris.dinis@pleiria.pt); assunto: convocatória; esta mensagem ainda não foi enviada. O Microsoft Exchange continuará a tentar enviar a mensagem”.

### **5.6.2.3. Las sociedades anónimas: el silencio legal**

En el punto acabado de exponer verificamos que el legislador español consagró la admisibilidad legal de la utilización de los medios electrónicos en la convocatoria de las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada y de su subtipo la sociedad nueva empresa (en relación a estas últimas el legislador admitió tal posibilidad hasta con mayor vehemencia en la redacción de la norma). Permitiese así, como vimos, que la convocatoria pública sea sustituida por la convocatoria privada y que esta sea enviada a través de los modernos medios electrónicos. Como quedamos claro estamos enteramente de acuerdo con la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito de las convocatorias.

Sin embargo, extrañamente el legislador no dedica una sola palabra a respecto de la utilización de los medios electrónicos en las convocatorias de las sociedades anónimas. En las distintas alteraciones a la LSA el silencio del legislador siempre se hizo sentir pero ahora, en el TRLSC, hace aun menos sentido la imprevisión que se verifica. De hecho, dicha imprevisión no se coaduna, tampoco, con los intentos del legislador que declara, en la respectiva exposición de motivos, que no se pretende, con este cuerpo normativo, solamente reproducir las normas objeto de refundición. Los intentos del legislador se han centrado también en “reducir las imperfecciones de las proposiciones normativas”. Además y trayendo a collación, de nuevo, las palabras insertas en la aludida exposición de motivos: “regularizar significa ajustar”. Creemos que el legislador, en el ámbito aquí en estudio, podría tener aprovechado la oportunidad de la publicación del TRLSC para ajustar algunas normas a los tiempos modernos, nombradamente la posibilidad de las sociedades anónimas pudieren convocar a sus socios a través de la utilización de las nuevas tecnologías. De lo que quedó dicho anteriormente, especialmente de lo que se retira de los regímenes extranjeros, es evidente que la utilización de las nuevas tecnologías en las convocatorias de las juntas generales de las sociedades anónimas se traduce en una mayor valía. No nos queremos repetir y, por eso, recuérdenos solamente que, la eficacia de las convocatorias públicas es extremadamente baja y no potencia a participación de los accionistas en las juntas generales. El régimen que proponemos es muy semejante aquello que se verifica en los ordenamientos estudiados. Así, entendemos que el legislador español debería admitir

que las sociedades anónimas que solamente presentan acciones nominativas pudiesen sustituir la convocatoria pública por el régimen privado de comunicación. Dentro de este último, el legislador debería igualmente admitir la posibilidad de los envíos de los avisos convocatorios sucedieren mediante carta certificada o mediante correo electrónico suscrito con firma reconocida o exigiendo la intervención del tercero de confianza, en los términos ya hablados.

Así las cosas, y como ya avanzamos antes, las sociedades anónimas que pretendan utilizar las nuevas tecnologías en el envío de los avisos convocatorios solamente lo podrán hacer a título complementario. ¿Será que el silencio del legislador fue intencional? Es decir, de la lectura del TRLSC parece que el silencio del legislador no fue una laguna sino un propósito. En efecto, el art. 173 TRLSC es muy claro al afirmar en el número 1, aplicable a todas las sociedades capitalistas, que la Junta General debe ser “convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social”. Es igualmente claro que el número 2 del mismo precepto se aplica tan solo a las sociedades de responsabilidad limitada puesto que afirma categóricamente que “los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada podrán establecer, en sustitución del sistema anterior, que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro-registro de socios”. No podemos, pues, decir que se trata de una laguna. Al envés, el régimen es intencionalmente diferente. Ahora bien, el problema es que actualmente esta diferencia no hace cualquier sentido. Además, adelante, el legislador, al envés de lo que hace aquí, admite expresamente la asistencia telemática a los socios de las sociedades anónimas y remetiese al silencio respecto a las sociedades de responsabilidad limitada. El legislador, en este punto en concreto, se limitó a trasladar las normas constantes en la LSRL y en la LSA sobre las formas de convocar y no se preocupó en reformular aquellas que se encontraban desajustadas de las nuevas realidades.

## **6. Constitución de la Junta General**

### **6.1. Quórum**

Como verificamos, la validez de la Junta General de las sociedades y de los acuerdos adoptados, tanto de las sociedades anónimas como de las sociedades de responsabilidad limitada, exige el cumplimiento de determinados requisitos relacionados con la constitución de la Junta y las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos. Determinadas sociedades y determinados asuntos exigen la existencia de un número mínimo de socios en primera y segunda convocatoria, que constituye el denominado *quórum*.

Con arreglo con lo dispuesto en el art. 193 TRLSC (antes art. 102.1 LSA) “*en las sociedades anónimas la junta general de accionistas quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto*”. No obstante, refiere el mismo artículo que los estatutos sociales sociedad pueden fijar un quórum superior que analizaremos mejor a continuación. Al momento, apúntese que del precepto se denota, por lo tanto, que se trata de una regla relativamente imperativa, excluyendo por tanto una reducción estatutaria del porcentaje legal mínimo exigido.

La exigencia del quórum para lograr la válida constitución de la junta de las sociedades anónimas se verifica en el ordenamiento jurídico español y en las demás legislaciones que se ocupan de tal materia. Es también práctica común en los distintos ordenamientos que la existencia de quórum se verifique solamente en lo que concierne a la celebración de la reunión en primera convocatoria, permitiéndose que en segunda convocatoria la junta quede válidamente constituida cualquiera que sea el capital concurrente en la reunión. En efecto, estipula el legislador español en art. 193.2 TRLSC (antes 102.2 LSA) que “*en segunda convocatoria, será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma*”. No obstante, permite el mismo precepto legal que los estatutos fijen un quórum determinado para la reunión en segunda convocatoria desde que el mismo sea inferior al que aquellos hayan establecido en primera convocatoria o, cuando no lo hicieran, al porcentaje que la Ley exija para la primera convocatoria.

Se percibe así perfectamente que el legislador no exige un quórum en segunda convocatoria y que, en caso de que los estatutos lo establezca, no puede ser nunca superior al fijado estatutario o legalmente para la primera convocatoria.

Na *ratio* es evidente. El legislador, conociendo los problemas que podrían derivarse de la exigencia perdurable del quórum en la Junta General, consagró un sistema que admite la válida constitución de la Junta General incluso aunque los socios, actuando de manera negligente, no cumplan con su deber de colaborar en la buena marcha de la empresa compareciendo regularmente a las reuniones de la Junta. Nótese, entonces, que la validez de la constitución de la junta en segunda convocatoria sin necesidad de verificar un quórum determinado o exigiendo que éste sea en todo caso inferior al quórum fijado legal o estatutariamente para la primera convocatoria, está estableciendo un remedio a la indiferencia de los socios ausentes y, por tanto, al fenómeno del absentismo de los accionistas.

Para determinados asuntos, la Ley exige un quórum de constitución reforzado, tanto en primera como en segunda convocatoria. Refiere, al propósito, el art. 194 TRLSC (anterior 103 LSA) que *“en las sociedades anónimas, para que la Junta General ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto”* y que *“en segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital”*.

Refuércese que la exigencia de este quórum especial solamente abarca las materias legalmente apuntadas. Así, nada obsta que la Junta General, porque se encuentran presentes los accionistas que logran el quórum general pero no el número exigido para alcanzar el quórum especial, delibere válidamente sobre otros. Efectivamente, si así no fuera estaríamos a exigir una mayoría calificada para materias que, de acuerdo con la ley, no merecen tal exigencia. Resulta, entonces, de lo expuesto que el legislador, en relación a la tomada de acuerdos sociales sobre estas materias que

interfieren directamente con la “vida” de la sociedad, exige, en primera convocatoria, la presencia de accionistas que representen, al menos, 50% del capital suscrito, y, en segunda convocatoria, baja el valor exigido para mitad. Todavía, no podemos olvidar que el legislador intentó aún así garantizar que mismo en segunda convocatoria estos acuerdos sociales serían siempre tomados con el acuerdo de una mayoría significativa.

Afirmamos arriba que, en lo que afecta a la segunda convocatoria, la ley no establece, con salvedad de la situación acabada de enunciar, la exigencia de cualquier quórum. Todavía, pueden los estatutos fijarlo. La fijación del quórum estatutario en la segunda convocatoria se encuentra limitado por la ley. En efecto, como refiere el precepto legal, “*que los estatutos fijen un quórum determinado, el cual, necesariamente, habrá de ser inferior al que aquellos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria*” (cfr. 193.2 TRLSC). Así, la norma indica que si los estatutos no fijaran quórum en primera convocatoria en segunda convocatoria solamente pueden exigir una mayoría inferior a 25% del capital suscrito con derecho de voto. Al contrario, si los estatutos estipularan quórum en primera convocatoria, en relación con la segunda convocatoria tienen que rebajar el valor allí fijado.

El criterio fijado por el legislador español en la estipulación del quórum en las juntas de las sociedades anónimas, a semejanza de otros ordenamientos jurídicos extranjeros<sup>342</sup>, se asienta en el método capitalista o plutocrático que solamente toma en consideración el capital concurrente a la Junta y no el número efectivo de socios, superando así los orígenes “democráticos” de la sociedad anónima que combinaban criterios plutocráticos y personalistas como consecuencia del espíritu racionalista decimonónico que buscó una aproximación conceptual y de régimen jurídico entre las sociedades de capital y las sociedades personalistas tradicionales.

Por lo demás, el capital que se tiene en cuenta en la determinación del quórum es el llamado capital suscrito y no el capital efectivamente desembolsado. Fíjese aún que para el cómputo del quórum se contabiliza solamente la cifra del capital suscrito que represente acciones con derecho de voto, es decir, quedan excluidas las acciones sin derecho de voto no son contabilizadas<sup>343</sup>, así como las acciones pertenecientes a los

---

<sup>342</sup> Tal como sucede, entre otros, en los ordenamientos jurídicos portugués, italiano y alemán.

<sup>343</sup> Salvo cuando recuperan y ostentan el derecho de voto.

accionistas morosos por dividendos pasivos que tienen en suspenso el derecho de voto<sup>344</sup>. Si existen participaciones recíprocas es necesario cumplir las exigencias legales para que las acciones poseídas en la sociedad participada sean contabilizadas para el quórum, es decir, siempre que la sociedad incumpla tales reglas se suspenderán sus derechos y las acciones que posea en la sociedad participada no podrán ser contabilizadas en el quórum (cfr. art. 152 TRLSC). A su vez, se quedan fuera del cómputo del quórum las acciones adquiridas sin la preceptiva oferta pública dado su volumen y participación en el capital social y las acciones en que la ley prohíbe el ejercicio de los derechos políticos. Contrariamente, se contabilizan a efectos de quórum las acciones propias adquiridas por la sociedad (incluso cuando recibidas en prenda o bajo otra forma de garantía)<sup>345</sup>.

Hablamos ya anteriormente que la reunión de socios es un elemento natural de la constitución de la junta. Hemos apuntado asimismo que ese elemento era solamente natural y no *conditio sine qua non* de validez de la junta. Cumple ahora, cuestionar si será válida la junta asistida por uno solo accionista. Como se percibe, la cuestión ahora formulada tendrá que obtener respuesta afirmativa, en consonancia con el raciocinio anteriormente desarrollado. De hecho, adelantamos anteriormente que el criterio subyacente al cómputo del quórum es un criterio puramente capitalista en rechazo por el criterio personalista lo que puede indudablemente conducir a la participación de un solo accionista titular de un porcentaje de capital que sume el quórum necesario a la válida constitución de la junta. La doctrina se tiene repartido en esta materia. Así, mientras algunos autores consideran válida la junta constituida aún que solamente por uno accionista otros, al contrario, no aceptan el sistema de junta con un solo accionista exigiendo para la validez de la junta la presencia o representación de, al menos, dos accionistas<sup>346</sup>. La jurisprudencia española tiene compartido de la tesis de la pluralidad

---

<sup>344</sup> Al respecto, dispone el art. 83 LSC (antes 44/1 LSA), que el “*accionista que se hallare en mora en el pago de los dividendos pasivos no podrá ejercitar el derecho de voto. El importe de sus acciones será deducido del capital social para el cómputo del quórum*” No obstante, pueden asistir a las juntas.

<sup>345</sup> Véase el art. 148/b LSC (antes, 79/2 LSA) que refiere justamente que “*las acciones propias se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta*” y el art. 149/3 LSC (antes, art. 80/3 LSA) que manda aplicar “a las acciones poseídas en concepto de prenda o de otra reforma de garantía” el contenido del art. 148 LSC, en cuanto resulte compatible.

<sup>346</sup> Cfr. URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio y MUÑOS PLANAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V – la junta general de accionistas

de accionista para la validez de la Junta General<sup>347</sup>. El mayor problema que se planteaba con la exigencia de la pluralidad de socios presentes o representados en la junta residía en el hecho de, muchas veces, existieren sociedades con distintos socios adonde todavía solamente un de ellos era el verdadero propietario siendo los demás los llamados “hombres de paja”<sup>348</sup>.

Teniendo en cuenta que el objeto del estudio que aquí encetamos se centra fundamentalmente en la utilización de las nuevas tecnologías en el funcionamiento de las sociedades mercantiles, es perceptible que tengamos de partir de las interpretaciones conceptuales básicas de la estructura societaria para, posteriormente, averiguarnos si ellas podrán funcionar, e incluso si su funcionamiento podrá mejorar, con el auxilio de las nuevas tecnologías. Por ser así, los conceptos acabados de mencionar se revisten de alguna importancia sobre todo cuando estudiamos la participación en la junta y la emisión del voto a través de los medios electrónicos.

Sin agotarnos ahora ésta temática, veamos algunos de los puntos que se relacionan con la utilización de los medios telemáticos.

---

(artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas), dirigido por Rodrigo Uria, Aurelio Menendez y Manuel Olivencia, Editorial Civitas, SA, 1992, Madrid, página 135.

<sup>347</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 19/4/1960 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 y 14/11/1985. Citadas en URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y MUÑOS PLANAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V – la junta general de accionistas (artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas), dirigido por Rodrigo Uria, Aurelio Menendez y Manuel Olivencia, Editorial Civitas, SA, 1992, Madrid, página 135.

<sup>348</sup> Es decir, habría muchas sociedades que se encontraban en situación de unipersonalidad y la exigencia de la pluralidad difícilmente alcanzada dificultaba la marcha normal de las sociedades. Consciente de esta realidad empírica el legislador español creó en 1995 la figura de la sociedad anónima unipersonal, a par con la creación de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, mediante la Ley 2/1995, de 23 de marzo. A las sociedades anónimas unipersonales se aplica, por remisión legal, el mismo régimen de las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Al respecto de las decisiones del socio único en las sociedades unipersonales dispone al artículo ciento y veinte y siete, de la Ley 2/1995, que las competencias de la junta general se quedan a cargo del socio único y que sus decisiones se consignarán en acta. Añade la misma norma jurídica que compete al socio único o a los administradores de la sociedad ejecutar y formalizar las decisiones tomadas por aquello. Parece, por lo tanto, que en estas situaciones el legislador permite la existencia de “juntas generales” con la presencia de un único socio. Creemos entonces que, ante la existencia de decisiones tomadas por único socio en el ámbito de las sociedades personales, se torna necesario rever las consideraciones anteriormente hechas y verificar se aún hace sentido hablar en la necesidad de una pluralidad de socios para garantizar la validez de la junta general, en el seno de las sociedades mercantiles no personales, cuando el socio presente reúne el capital necesario a satisfacción del quórum y cuando, como referimos, el único criterio a considerar debe ser el criterio capitalista. Así las cosas, en nuestro juicio, la junta general de una sociedad anónima (no unipersonal) se queda válida mismo cuando tiene presente un único socio desde que ello sea titular del porcentaje del capital exigido o cuando, no siendo titular de la totalidad, representa tal cifra de capital que la ley o los estatutos fijan para la existencia de quórum (Si se tratar de una sociedad anónima unipersonal dejamos claro anteriormente que compete al socio único tomar las decisiones pertenecientes al ámbito de competencia de la junta general).



El uso de las nuevas tecnologías de la información en las sociedades anónimas se deja sentir especialmente en materia de constitución de la Junta. El art. 182 TRLSC dispone que *“si en las sociedades anónimas los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta. Las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta”*.

El legislador, al permitir que los socios participen en las juntas generales a través de medios telemáticos, no puede evidentemente impedir que el capital que tales socios representan sea desconsiderado a efectos de quórum. En verdad, el legislador equipara legalmente los socios que se encuentran físicamente presentes a los socios que se encuentran virtualmente presentes. Esta temática será discutida más tarde, cuando analicemos la participación del socio en la Junta General y, en particular, la problemática asociada a la presencia virtual de los socios. De todo modo, conviene fijar aquí que la cifra de capital perteneciente a los socios que participan en la Junta General a través de medios telemáticos de acuerdo con lo previsto en los estatutos de la sociedad (cfr., art. 182 TRLSC) es computada en el quórum a efectos de la constitución de la junta. Nótese que la utilización de las nuevas tecnologías en este ámbito es de suma importancia, una vez que puede facilitar la constitución de la Junta General en primera convocatoria. Efectivamente, el objetivo del legislador con la introducción de tal precepto legal, reside en facilitar y, por consiguiente, estimular la participación de los socios en la Junta General; por eso es muy posible que el aumento de los socios que participan virtualmente en las juntas generales permita alcanzar más veces el quórum exigido en primera convocatoria para la válida constitución de la junta.

### **6.1.1. El caso particular de las sociedades de responsabilidad limitada**

Finalmente, todavía dentro de esta temática, creemos que resulta importante hacer una breve referencia a la admisibilidad de la segunda convocatoria en el seno de las sociedades de responsabilidad limitada. Referimos arriba que la ley de sociedad de responsabilidad limitada no prevé la existencia de una segunda convocatoria. Pero, ¿será que la prohíbe? Al respecto, una parte de la doctrina admitió inicialmente la posibilidad de que los estatutos impongan o al menos admitan la segunda convocatoria, ya que la Ley de sociedad de responsabilidad limitada, a diferencia de la Ley de Sociedades Anónimas, no se pronuncia. Apuntase, de hecho, como situación típica para la utilidad de una posible segunda convocatoria, el caso de que los estatutos fijaren un quórum de asistencia que, como sabemos, no es legalmente exigido –al menos de forma directa- en las sociedades de responsabilidad limitada.

En 1993, antes de la aprobación de la LSRL 1995, una resolución de la Dirección General del Registro y Notariado afirmó que la única posibilidad lógica para la fijación de un quórum de asistencia en las sociedades de responsabilidad limitada residía en el caso de que los estatutos fijaren un sistema de mayorías por referencia al capital representado por los socios presentes en la reunión, no obstante, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53 las mayorías serán computadas por referencia al capital social. En cualquier caso, la aprobación del vigente Reglamento de Registro Mercantil de 1996 disipó, por lo menos aparentemente, las eventuales dudas al respecto de esta materia. En efecto, el art. 186 RRM prohíbe de forma expresa la previsión de la segunda convocatoria en la sociedad limitada al referir que *“los estatutos no podrán distinguir entre primera y segunda convocatoria de la Junta General”*.

Así las cosas y a la luz de tal criterio, la jurisprudencia viene entendido en la actualidad que no se puede distinguir entre primera y segunda convocatoria y que ante la imposibilidad de constituirse la junta convocada se debe promover una nueva convocatoria<sup>349</sup>. No obstante, se han producido algunas discrepancias en la interpretación de este precepto por parte de la jurisprudencia, ya que existen algunas

---

<sup>349</sup> En este sentido véanse, entre otras, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 6 de mayo de 2005 y la SAP Madrid de 7 de junio de 2006. Asimismo, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de enero de 2002 y de 26 de febrero de 2004.

decisiones que admiten, en situaciones particulares y específicas, la admisibilidad de la segunda convocatoria<sup>350</sup>.

La verdad es que, a pesar de lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil, se trata de una cuestión apta para generar dudas en la práctica. Así, cabe cuestionar, antes que nada, si en las sociedades de responsabilidad limitada tiene o no sentido la admisibilidad de una segunda convocatoria. Partiendo del presupuesto de que la segunda convocatoria presenta dos finalidades distintas, no nos parece irrazonable la admisibilidad de la segunda convocatoria en estas sociedades si los estatutos de la sociedad así lo prevén. En efecto, la razón de la segunda convocatoria reside en permitir que la Junta consiga deliberar y aprobar acuerdos sociales con mayor facilidad. Por una parte, en la segunda convocatoria se puede rebajar el porcentaje de asistencia con relación al exigido en primera convocatoria y alcanzarse más fácilmente la posibilidad legal para deliberar. Por otra parte, la segunda convocatoria tiene la función de conferir la posibilidad a los socios ausentes en primera convocatoria de comparecer a la Junta General en segunda convocatoria. En las sociedades de responsabilidad limitada el hecho de no exigirse un quórum de constitución en sentido estricto no es motivo, creemos, para rechazar de forma absoluta la admisibilidad de la segunda convocatoria. Así, entendemos que la segunda convocatoria en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada puede tener alguna utilidad principalmente en dos situaciones: por una parte, cuando la junta no se puede desarrollar ante la insuficiencia del número de socios representativos del capital social necesario para la aprobación de los acuerdos, es decir, cuando no comparece en la Junta el quórum de votación necesario. En esta situación, nos parece que sería posible y útil la existencia de una segunda convocatoria que, desde luego, informase a los socios de la fecha de la junta. Situación distinta es aquella en que la junta se constituye pero no se pueden tomar algunos acuerdos por no constatarse el quórum de votación necesario. Aquí no tiene mucho sentido la segunda convocatoria, siendo necesaria, en su caso, una nueva convocatoria de la Junta. Efectivamente, la segunda convocatoria solamente tiene lógica si la junta no se constituyó en la primera convocatoria. Situación diversa de las ahora apuntadas es

---

<sup>350</sup> Véase, a propósito, la SAP Tarragona de 4 de febrero de 2002, que admitió el establecimiento en una convocatoria judicial de una segunda convocatoria justificando su decisión en el entendimiento que la Ley de sociedad de responsabilidad limitada no excluye la segunda convocatoria y que los estatutos la habían previsto.

aquella en que los estatutos estipulan una mayoría reforzada que todavía no se consigue alcanzar en primera convocatoria y, por eso, es rebajada en segunda convocatoria con la intención de permitir la constitución de la junta y tomar los acuerdos oportunos. Ahora bien, esta posibilidad tiene que respetar en todo caso las mayorías legales que no puede obviamente rebajar.

A la vista de lo expuesto, creemos que tiene sentido hablar de la admisibilidad de una segunda convocatoria en el seno de las sociedades de responsabilidad limitada. Sin embargo dado que el Reglamento del Registro Mercantil la prohíbe de forma expresa –aunque podría cuestionarse si no se trata de un “exceso reglamentario”–, creemos que resulta difícil la posibilidad real de admisibilidad la segunda convocatoria en esta forma societaria. Es cierto que, a diferencia de las sociedades anónimas, la prohibición de la segunda convocatoria no provoca un grave perjuicio para este tipo societario, ya que a través de una nueva convocatoria se pueden alcanzar los mismos objetivos una vez que, como ya referimos, como regla general, la segunda convocatoria no tiene implicaciones en el quórum de votación.

Sin embargo, la verdad es que ni la Ley de sociedad de responsabilidad limitada ni el nuevo Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2010 prohíben la segunda convocatoria, pues la normativa de este tipo social se caracterizan por potenciar el principio de autonomía de la voluntad y, en consecuencia, por la flexibilidad de su régimen jurídico, que permite a los socios adaptar la estructura y funcionamiento del ente a sus necesidades específicas y concretas. Nos parece entonces, que podrían interpretarse la prohibición que impide expresamente la distinción entre primera y segunda convocatoria en la SL (cfr., art. 186 RRM) no literalmente sino con algunas reservas y atemperando su alcance con la LSRL y el TRLSC y con las posibilidades y necesidades prácticas de cada concreta sociedad. De esta forma, a nuestro entendimiento el art. 186 RRM lo que pretende impedir es la existencia de una segunda convocatoria en los mismos términos que se encuentra reglada para las sociedades anónimas; es decir, pretende impedir que las mayorías legales de votación puedan ser rebajadas en una segunda convocatoria. Pero quizás podrían preverse dos convocatorias en los casos en que los estatutos incrementen las mayorías legales de votos. Es precisamente esta la interpretación que debemos hacer del precepto reglamentario, y no

ir más allá, so pena de admitir que el Reglamento contradiga los principios subyacentes a la propia LSRL y ahora al TRLSC.

## **6.2. Lista de asistentes**

La lista de asistentes de las sociedades de responsabilidad limitada y de las sociedades anónimas, regulada en el art. 192 TRLSC, no se encuentra definida expresamente en la Ley. De hecho, del precepto legal solamente se concluye sobre la exigencia legal de su formación y sobre algunos de los aspectos que debe contemplar. Efectivamente, refiere la mencionada norma que “antes de entrar en el orden del día se formará la lista de los asistentes, expresando el carácter o representación de cada uno y el número de participaciones o de acciones propias o ajenas con que concurren” y que “al final de la lista se determinará el número de socios presentes o representados, así como el importe del capital del que sean titulares, especificando el que corresponde a los socios con derecho de voto”. La definición de “lista de asistentes” no presenta especiales problemas jurídicos siendo entendida como el documento en el cual se va a recoger el ejercicio del derecho de asistencia<sup>351</sup>.

Las funciones primordiales atribuidas a la lista de asistentes -además de la función básica, de legitimar la asistencia a junta, sea por el titular de la participación social, sea por la existencia legal de una representación voluntaria-, más evidentes en las sociedades anónimas, son tres: i) función de legitimación del derecho de voto; ii) función de permitir el cálculo del quórum; iii) función de control sobre los ausentes a la junta.

- i) La función de legitimación de derecho de voto es, naturalmente, más acentuada en las sociedades anónimas adonde, como es sabido, pueden existir socios sin derecho de voto. Así, la lista especificará los asistentes

---

<sup>351</sup> En extenso, vd. AAVV, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. por Ignacio Arroyo Martínez, José Miguel Embid Irujo, Carlos Górriz López, Vol. 2, Tecnos, 2009 (sobre todo comentario a la junta general y en particular a la lista de asistentes, págs. 1120-1127).

que poseen derecho de voto (visto que se admite la asistencia de socios sin detuvieren derecho de voto);

- ii)* La lista de asistente va permitir que se calcule el quórum. La constancia del quórum en la lista concretiza una función que una vez más gana evidencia solamente en las sociedades anónimas que son aquellas cuya Junta General exige quórum de constitución. Así las cosas, es mediante los datos constantes de la lista de asistentes que se apura se hay o no viabilidad en la constitución de la junta, es decir, si se encuentra presente (o representado) -o no- el porcentaje de capital social necesario al funcionamiento de la Junta General;
- iii)* Es porque presenta igualmente una función de control (esta sí evidente entre los distintos tipos societarios) que la lista de asistente acredita los socios presentes y atestigua los ausentes. Nótese que esta función se reviste de una importancia que ultrapasa claramente el interés de la sociedad en saber el porcentaje de capital ausente en la reunión porque es con base en los datos que allí constan que los socios se quedan legitimados a impugnar los acuerdos sociales heridos de anulabilidad. De hecho, con arreglo a lo dispuesto en el art. 206.2 TRLSC *“para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores”*.

La formación de la lista de asistentes, no obstante el silencio legal, compete a la mesa de la junta, en particular al respectivo secretario y debe ocurrir en el momento anterior al de la entrada en la discusión de los asuntos insertos en el orden del día<sup>352</sup>. Teniendo presentes las funciones de la lista de asistentes, no sorprende que sea este el momento indicado para la respectiva confección. Todavía, el momento del cierre de la lista es una cuestión más polémica y que, a nosotros nos importa particularmente. De

---

<sup>352</sup>Incluso en las situaciones en que se designa Notario para levantar el acta de la junta sigue siendo el secretario quien debe confeccionar la lista de asistentes. De hecho, al Notario competirá solamente garantizar la identidad de los cargos de presidente y secretario de la reunión.

hecho, tres situaciones, con consecuencias bien distintas, se podrán identificar: i) fijarse el cierre de la lista para el momento anterior al de la entrada en la discusión en el orden del día, no se admitiendo así la asistencia a la junta de los socios (o representantes) extemporáneos; ii) diferirse para un momento posterior la conclusión del documento; iii) permitirse la entrada de los socios (o su representantes) y consecuente asistencia a reunión, sin permitir todavía que participen en el debate ni voten. Esteban Velasco señala, al respecto, que “*la hora o el momento fijados en la convocatoria determina el límite temporal en que cesa la obligación de la sociedad de admitir el socios a la junta*”<sup>353</sup>. Anota, sin embargo, el mismo autor que la adopción de esta medida se deberá pautar por el principio de la buena fe “en relación a los retrasos insignificantes” sin olvidaren el principio de la paridad del trato. Duque Domínguez advierte, no obstante, que “no puede diferirse de forma indefinida la conclusión del documento, pues ello también iría en contra de la buena fe que debe presidir la celebración de la junta”<sup>354</sup>.

El problema de la entrada de asistentes con posibilidad de asistieren a junta, debatieren los asuntos en discusión y votaren después del momento de entrada en el orden del día acentúese en las sociedades con un elevado número de socios y, contrariamente, minimizase cuando nos encontramos frente a sociedades pequeñas. Lo que nos conduce a concluir que la fijación del momento de cierre de la lista de asistentes deberá ser fijado consonante el tipo de sociedad en causa, es decir, pensamos que la mayor flexibilidad de las sociedades en este ámbito dependerá, nuevamente, de las circunstancias del caso concreto. La dimensión del problema ahora mencionado podrá, sin duda, aumentar si pensarnos en la posibilidad de los socios asistieren telemáticamente y, igualmente de esa forma, emitieren su voto. Como mejor veremos a continuación, aquellos socios que emiten su voto a distancia serán considerados a efectos de quórum. La complicación es, entonces, evidente, ¿deberá constar de la lista de asistentes aquello socio que asiste y vota a distancia pero solamente se conectó con la junta en un momento posterior al del inicio de la entrada en el orden del día? Como se depende de lo anteriormente dicho, creemos que la respuesta más adecuada a la cuestión ahora planteada solamente podrá ser una: depende de las características

---

<sup>353</sup>ESTEBAN VELASCO, G., voz «Presidente de la junta general de accionistas» *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, págs. 5023-5024.

<sup>354</sup>DUQUE DOMINGUEZ, J. F., «La lista de los asistentes en la junta general de la sociedad anónima», *RDM*, n.º 85 y 86, 1962, págs. 317-318.

concreta de la sociedad en causa. Pensamos, pues, que no deberemos ser radicales en impedir que los socios extemporáneos sean incluidos en el orden del día y participen ampliamente en la junta. Veamos dos situaciones distintas. Una pequeña o mediana empresa, no importa si sociedad anónimas o de responsabilidad limitada, con un número reducido de socios, por ejemplo cinco, que celebra su Junta General con la presencia telemática de dos socios. Imagínese ahora que a la hora de la entrada en el orden del día solamente estaban físicamente presentes dos socios y telemáticamente presente uno. Supóngase que los socios presentes detenían (se fuese una sociedad anónima) el porcentaje del capital social necesario a constitución de la junta. Iniciase el debate de las propuestas incluidas en el orden del día y, momentos después, llegan los otros dos socios, es decir, uno de ellos llega (físicamente hablando) mientras el otro se conecta telemáticamente con la junta. ¿Deberán o no ser permitidas las asistencias, participaciones y votaciones de estos dos socios y naturalmente su inclusión en la lista de asistentes? Pensamos que sí, desde que se haga constar en el acta el momento de la entrada de los socios en la discusión (a efectos de impugnación de los acuerdos de la Junta General). No vemos, por lo tanto, razones que impidan a estos socios de entraren en la junta, ya que, aunque que lo hagan con algún retraso, su entrada no va a interferir demasiado en el buen funcionamiento de la junta.

Situación bien distinta es aquella en que la sociedad en causa presenta un elevado número de socios. Aquí, la buena marcha de la junta no se compadecerá ciertamente con la entrada de cada uno de los socios extemporáneos (independientemente de se tratar de una entrada física o telemática). Imagínese una sociedad con más de un miliar de socios, en que cada uno de ellos podría interrumpir la reunión de la junta cuando le aprovece. Sería insustentable. Sería más apropiado, en esta situación, que la sociedad fijase la posibilidad de asistencia a los socios extemporáneos sin todavía les conceder derecho de voz o de voto relativamente a los asuntos de la reunión. La conexión telemática de los socios extemporáneos no generaría cualquier molestia a reunión. A su vez, la entrada física de los socios podría incomodar el progreso de los trabajos y, por eso, se podría, por ejemplo, pensar en otra solución: admitir la entrada de los socios retrasados para una sala distinta de aquella adonde se desarrollaba la reunión que permitiese, aun así, visionar los respectivos trabajos.



Para terminar estos breves apuntes sobre la lista de asistentes, dígase que, respecto a su forma, podrá formalizarse por escrito admitiéndose, sin embargo, otras modalidades como es el caso de la utilización de ficheros. En este último caso, especialmente práctico en las grandes sociedades, son distribuidos justificantes o tarjetas para asistencia a junta que sirven asimismo de tarjeta de asistencia que permiten el acceso a la junta y proporcionan asimismo los datos para confeccionar la lista de asistentes. Otra modalidad reside en conceder a los socios tarjetas de asistencia provistas de bandas magnéticas que incorporan los datos de los socios y permiten de forma automática, de la simple lectura de la respectiva banda, la confección informática de la lista.

La lista de asistente debe llevar incluidos los nombres de todas las personas que asisten a junta. Debe hacerse constar igualmente en la lista la circunstancia por la que cada persona asiste a la junta (por ejemplo, si en la calidad de socio, representante, usufructuario). Ya no es necesario figurar en la lista relativamente los nombres de aquellos que asisten a la junta por imposición legal, como son, por ejemplo, los administradores (art. 180 TRLSC) y de aquellos que, con arreglo al dispuesto en el art. 184 TRLSC, poseen autorización estatutaria para asistir a la junta.

Importante es que se quede expresamente indicado el “número de participaciones o de acciones propias o ajenas” con que cada uno de los presentes concurre a la junta.

Finalmente, si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, no podemos olvidar que la lista de asistentes deberá ser incluida expresamente en el acta (art. 192.3 TRLSC).

## **7. La celebración de la Junta General**

Ya apuntamos con anterioridad que sobre todo las grandes sociedades vienen sufriendo la pandemia de la ausencia de los socios en las juntas generales. Apuntamos otrosí que las nuevas tecnologías pueden servir para combatir y superar este mal presentándose como un vehículo rápido, simple y barato para el ejercicio de los

derechos de los accionistas. La falta de interés que envuelve a los accionistas inversores se trata de un problema, ya calificado de crónico e irreversible, que asola además a los inversores extranjeros que son -natural y comprensiblemente- los menos participativos. Es evidente que las nuevas tecnologías pueden permitir un incremento de la participación de estos inversores ya que remueven los obstáculos físicos para hacerlo. Sin embargo más importante que la oportunidad y posibilidad es la voluntad de los propios socios para hacer uso de las nuevas tecnologías de la información; es decir, antes que nada, importa cambiar los hábitos y las motivaciones de los accionistas. Así, más importante que proveer los medios adecuados a los socios para que ejerciten sus derechos, la principal preocupación de las sociedades debe residir en ofrecer información adecuada para esclarecer a los socios la vida de la sociedad para que, justamente, puedan votar en conciencia. Por ahora, vamos solamente a hacer referencia a la participación de los socios en las juntas generales imprimiendo un especial enfoque en la utilización de las nuevas tecnologías. Más adelante, en el próximo capítulo, discutiremos acerca de la transparencia de las sociedades y de los procesos para transmitir información.

## **7.1. Asistencia y debate**

### **7.1.1. En España**

El derecho de asistencia de los socios a las juntas es un derecho básico, reconocido legalmente a los socios de todas las sociedades mercantiles. Se trata de un derecho mínimo e individual atribuido a todos los socios. Así lo consagra, ahora con carácter común para las sociedades de capital, el art. 93 c) TRLSC y antes en los arts. 48.2 c) LSA 1989 y 49 LSRL 1995, para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, respectivamente.

Sin embargo, mientras en la sociedad limitada todos los socios tienen derecho a asistir a la Junta, sin que los estatutos puedan exigir la titularidad de un número mínimo de participaciones (antes art. 49.1 LSRL; ahora art. 179.1 TRLSC), en la sociedad anónima la Ley permite que los estatutos exijan para la asistencia a la junta a la

posesión de un número mínimo de acciones que en ningún caso podrá ser superior al uno por mil del capital social (antes art. 105.1 LSA; ahora art. 179.2 TRLSC); y, además, podrán condicionar la asistencia a la junta a la legitimación anticipada del accionista, aunque no podrá impedirse el ejercicio de tal derecho a los titulares de acciones nominativas y de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta que las tengan inscritas en sus respectivos registros con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la junta, ni a los tenedores de acciones al portador que con la misma antelación hayan efectuado el depósito de sus acciones o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada, en la forma prevista por los estatutos (cfr., antes art. 104.1 LSA; ahora arts. 122 y 179.3 TRLSC, el cual añade que, si los estatutos no contienen una previsión respecto a la forma de depósito de acciones al portador, el depósito podrá hacerse en el domicilio social).

Sin intención de desviarnos mucho del tema central del presente capítulo – analizar la posibilidad legal de que los socios asistan a la junta por medios telemáticos – abrimos aquí un paréntesis para hacer una referencia a legitimación para asistir a la junta en el sistema de acciones representadas en anotaciones en cuenta.

Como es sabido, actualmente se encuentra implementado en el Derecho Español el sistema de representación de valores por medio de anotaciones en cuenta<sup>355</sup>. Siempre que los socios titulares de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta pretendan ejercer sus derechos ante la sociedad, es necesaria la intervención de la entidad legalmente responsable para la llevanza de los registros contables. A pesar de lo dicho, se trata de una materia que no mereció mucha atención del legislador y que no tiene un lugar destacado en el decurso funcional de las sociedades<sup>356</sup>. Sobre la participación de estos accionistas en la Junta General, lo que verdaderamente nos interesa destacar en este momento es la redacción del art. 400 de la Propuesta de Código de Sociedades, que pretende regular esta materia junto a las normas que rigen la estructura orgánica de las sociedades anónimas, fundamentalmente las sociedades cotizadas. Refiere dicha propuesta que “*dentro de los cinco días siguientes al final del plazo establecido para la publicación del complemento de la convocatoria de la junta*

---

<sup>355</sup> Se trata de un sistema aplicable tanto a las sociedades anónimas cotizadas como a las no cotizadas, aunque es rara su utilización entre estas últimas.

<sup>356</sup> Es en la Ley del Mercado de Valores y en sus decretos de desarrollo donde se consagra el régimen jurídico de los valores anotados y los requisitos legales inherentes al sistema registral de representación de valores.

*general de accionistas de la sociedad cotizada, las entidades adheridas al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores encargadas del registro contable de anotaciones en cuenta deberán remitir a los accionistas el boletín para la representación, en el que figurará copia del anuncio de la convocatoria y, en su caso, del complemento de la misma*". De modo que esta propuesta se traduciría, caso de concretarse, en el primer mandato legal dirigido a las entidades responsables del registro de acciones representadas en anotaciones contables desde la regulación societaria. Sin embargo la Propuesta de Código de Sociedades no presenta nada de nuevo en relación con el ejercicio de los derechos de los socios. En efecto, tanto el anteriormente citado artículo 104, párrafo 1, de la Ley de sociedades anónimas como el párrafo 1 del artículo 253 de la Propuesta establecen que no se podrá impedir el ejercicio del derecho de asistir a la junta a los titulares de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta, verificado el plazo mínimo de inscripción en el respectivo registro.

La legitimación del accionista para asistir a la junta está sujeta a su acreditación concretizada a través del título al portador o de su certificado de depósito o mediante el libro registro de acciones nominativas (art. 58 LSA; ahora art. 116 TRLSC), o bien, en el caso de acciones anotadas en cuenta, comprobando que las acciones se encuentran anotadas en el saldo de valores del accionista (artículo 11 LMV)<sup>357</sup>.

Si el accionista pretende asistir personalmente a la junta también necesita acreditar su legitimación registral. Inicialmente, la asistencia a la junta era solamente legitimada por la propia sociedad que, al efecto, emitía las llamadas "tarjetas de asistencia", es decir, documentos nominativos, como mecanismo para que los accionistas pudieran acceder a la junta. Por fuerza del depósito de las acciones en entidades de crédito, la emisión de las tarjetas de asistencia pasó a estar bajo la

---

<sup>357</sup> Sobre la legitimación del accionista titular de acciones anotadas aporta la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles algunas novedades al mencionar en su párrafo 3, de su artículo 223 que "*el registro de las anotaciones en cuenta, que ha de llevarse conforme a la normativa reguladora del mercado de valores, tendrá la consideración del registro de acciones nominativas que ha de llevar la sociedad*". Significa esto que la legitimación del accionista depende solamente del registro. En la Propuesta de Código de Sociedades es posible así extraer el entendimiento de que todas las sociedades deben poseer todas las informaciones acerca de sus accionistas providenciada por la Sociedad de Sistemas. Finalmente, la predicha Propuesta, busca la uniformidad de los boletines de representación para la asistencia a la junta general (artículo 400, párrafo 2). Como es ampliamente sabido, se trata de una reivindicación clásica entre la doctrina.

Sobre la acreditación electrónica del derecho de asistencia *vd.* ILLESCAS ORTIZ, Rafael, «El ejercicio electrónico de los derechos del socio de la sociedad anónima», en *Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde*, páginas 801-824, en particular 809 y siguientes.

responsabilidad de los bancos depositarios de las acciones. Incluso con relación a las acciones anotadas sigue existiendo el sistema de las tarjetas. Lo que sucede actualmente, en la mayoría de las sociedades, es que la entidad depositaria de las acciones se encuentra autorizada para emitir las tarjetas de asistencia. Así, en virtud de la publicación de la convocatoria, la entidad de crédito envía las predichas tarjetas, sin necesidad de solicitud de los titulares de las acciones. A la expedición de las tarjetas se sigue la comunicación a las sociedades emisoras del número de las tarjetas emitidas, así como otras informaciones adyacentes, como información relativa a la identificación de los titulares de las acciones/tarjetas, de la cantidad de valores y referencias.

El TRLSC hace referencia a representación mediante anotaciones en cuenta y, en el art. 118, cuyo párrafo 3 refiere que *“las entidades que de acuerdo con la normativa reguladora del mercado de valores hayan de llevar los registros de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta están obligadas a comunicar a la sociedad emisora los datos necesarios para la identificación de sus accionistas”* (contenido repetido, respecto sociedades anónimas cotizadas, en el art. 497 TRLSC, bajo epígrafe *“derecho a conocer la identidad de los accionistas”*). En la vigencia de la LSA la norma (art. 60 LSA) referenciaba solamente que *“las acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta se registrarán por lo dispuesto en la normativa reguladora del mercado de valores”*. Se trataba pues de una norma meramente remisiva al régimen normativo del mercado de valores. Ahora, además de la remisión para aquello régimen, que se mantiene, el legislador fija claramente el derecho de las sociedades emisoras conocieren la identidad de sus accionistas imponiendo, para lograr estos efectos, la obligación legal de las entidades que hayan de llevar los registros de los valores representados por medio de anotaciones comunicaren los datos inherentes a concretización de tal derecho.

El contenido de las tarjetas debe incluir la información relativa a la convocatoria y al orden del día de la junta; fórmula de delegación; identificación del titular; cantidad de valores acreditados por el titular; referencia del depositante y número de orden de expedición de la tarjeta<sup>358</sup>.

---

<sup>358</sup> Véase el ejemplo de la “tarjeta de asistencia, delegación y voto mediante comunicación postal” de “Iberdrola, SA” en [http://www.iberdrola.es/webibd/gc/prod/es/doc/jga10\\_TarjetaAsistencia.pdf](http://www.iberdrola.es/webibd/gc/prod/es/doc/jga10_TarjetaAsistencia.pdf). Sobre el contenido de las tarjetas vd. GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, «La legitimación para asistir a la Junta General y su acreditación en el sistema de anotaciones en cuenta», en *Reflexiones sobre la Junta*

Volviendo al tema principal de la asistencia a la Junta, como se apuntó al principio, el art. 179.2 TRLSC (anterior 105.1 LSA) prevé la posibilidad de que los estatutos puedan limitar el derecho de asistencia al consagrar que “*en las sociedades anónimas los estatutos podrán exigir, respecto de todas las acciones, cualquiera que sea su clase o serie, la posesión de un número mínimo para asistir a la junta general sin que, en ningún caso, el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social*”.

En todo caso, el derecho individual de asistencia sigue asegurado a todos los socios, incluso aquellos que no poseen el número mínimo de acciones para asistir a la junta. Efectivamente, a tenor de lo estipulado en el art. 189.1 TRLSC (anterior párrafo 3 del art. 105 LSA), el legislador prevé la posibilidad de agrupación de acciones para el ejercicio de los derechos de asistencia y voto. Así, aquellos socios que no sean titulares del número mínimo de acciones necesario y por ese motivo no puedan por sí solos asistir a la Junta General, podrán agruparse con otros socios y así reunir, en conjunto, el número mínimo para que uno de ellos, en representación de los demás, pueda asistir directamente a la junta<sup>359</sup>. En la práctica la mayor parte de las grandes sociedades

---

*General de las sociedades de capital*, Jornada Internacional, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 de abril de 2009, página 1.

Sobre la expedición de tarjetas, la Propuesta de Código de Sociedades estipula, en su artículo 400, que “*a) Serán las Entidades adheridas al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores las que remitan a los accionistas el boletín para la representación, en el que figurará copia del anuncio de la convocatoria (y, en su caso, del complemento). En el régimen actual debe entenderse, lógicamente, que se refiere a la Sociedad de Sistemas y las entidades participantes. b) Los boletines serán homogéneos (se supone que para la misma sociedad anónima) cualquiera que sea la entidad adherida que los remita; c) Las entidades adheridas no podrán solicitar la representación de los accionistas para las juntas generales*”. Sobre esta cuestión estamos de acuerdo con la opinión avanzada por FRANCISCO GONZÁLEZ CASTILLA sobre la redacción de la Propuesta diciendo que “*nos parece adecuada la propuesta en lo que se refiere a la homogeneidad de los boletines de representación y a su emisión desde el propio sistema de anotaciones; pero respecto del veto a la solicitud pública de representación se puede plantear algún problema: esta prohibición recuerda a la redacción originaria de la Ley del Mercado de Valores, que en el art. 72 LMV prohibía que las Sociedades y Agencias de Valores que llevaran por cuenta del emisor los registros contables, o prestaran servicios de depósito de títulos o de administración, por cuenta del titular, de unos y otros, recibieran la delegación de los derechos políticos de los valores afectados, ejercieran éstos o solicitaran su delegación a favor de terceros. La prohibición desapareció con la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la LMV, y ahora la Propuesta de Código la recupera, pero sólo parcialmente refiriéndose a la solicitud pública de representación por parte de las entidades adheridas*”.

<sup>359</sup>Una pequeña nota sobre las situaciones en que rige el régimen de la copropiedad o cotitularidad de las participaciones sociales (cfr., arts. 66.2 LSA Y 35 LSRL; ahora, común para sociedades anónimas y limitadas, cfr. art. 126 TRLSC). De acuerdo con estas normas la legitimación es individual, pudiendo recaer en cualquiera de los titulares o de un tercero. Con arreglo al dispuesto en el art. 179 LSC (anteriores arts. 49 LSRL y 48 y 104 LSA) concluimos, no obstante, que cuando el único titular de la

anónimas impone la posesión del referido número mínimo de acciones para asistir a la junta. Aunque últimamente las sociedades mercantiles, en la línea legislativa de flexibilización que busca fortalecer el papel de las juntas y revitalizar los derechos de los socios, comienzan a eliminar algunas de las restricciones clásicas que habitualmente se oponían al pleno ejercicio de dichos derechos.

Tradicionalmente se venía entendiendo que la presencia de los socios representaba una *conditio sine qua non* para la adopción de los acuerdos sociales. Hace no mucho tiempo, todas las referencias legislativas a la asistencia de los socios a las juntas generales implicaban una presencia física de los socios o sus representantes en un mismo espacio físico. Obviamente, en esa concepción tradicional era ese el único modo de alcanzar la colegialidad y, así, proceder al debate<sup>360</sup>. Ante esta *ratio*, se ha empezado a cuestionar, en los años más recientes, si no deberían admitirse otras formas de asistencia de los socios, siempre que se conserve la capacidad para concretar el debate. Para permitir esta innovación, al no existir naturalmente disposiciones legales al respecto, sería necesario interpretar el concepto “presencia” en sentido lato, de modo que abarcase las situaciones en que los socios se encuentran físicamente localizados en locales diferentes pero, aún así, consiguen interaccionar y comunicarse entre ellos. Es evidente que esta interpretación no existe en la literalidad de la Ley, por lo que será necesario ir más allá de su letra, de acuerdo con las posibilidades que ofrece el art. 3.1 CC, según el cual “*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu*

---

participación social es un solo cónyuge es a él únicamente (o a su representante) a quien corresponde asistir a la junta, independientemente de que la participación o la acción tenga o no carácter ganancial. Sin embargo, por aplicación del art. 126 LSC (antiguos 35 LSRL y 66.2 LSA), si la titularidad de la participación -sea o no ganancial- recae sobre ambos cónyuges, éstos tendrán que designar a uno solo de ellos o a un tercero para el ejercicio de los derechos, incluyendo por tanto el de asistencia y voto en la junta general. En esta materia las reglas societarias se sobreponen a las reglas gananciales con el objetivo de permitir el buen funcionamiento de las sociedades. Para más desarrollos *vd.* BENAVENTE MOREDA, Pilar, *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, 1993 y LLEBARÍA SAMPER, Sergio, «Economía familiar y asistencia a juntas: algunas reflexiones», en *Reflexiones sobre la Junta General de las Sociedades de Capital – Jornada Internacional*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 de Abril de 2009.

<sup>360</sup> Así también el derecho italiano. Cfr. RESCIO, Giuseppe Alberto, «La riforma della società per azioni - l'assemblea della public company e la sua verbalizzazione», *Revista de derecho de sociedades*, 1998, 43, pp. 1366 a 1392.

y finalidad de aquéllas”<sup>361</sup>. Debe el intérprete sobre todo determinar el sentido y el alcance de la ley<sup>362</sup>. Las evoluciones económicas, sociales y tecnológicas requieren, a cada momento, soluciones jurídicas que no pueden de inmediato ser literalmente contempladas, simplemente porque la capacidad e imaginación del legislador no las lograría prever. Sin embargo, tales innovaciones económicas, sociales y tecnológicas no tienen que generar forzosamente lagunas, pudiendo solamente exigir una adaptación de preceptos legales ya existentes. Hablamos, en verdad, de la necesidad de ajustar viejos preceptos a circunstancias nuevas que no pudieron ser pensadas por el legislador por muy visionario que fuese. Claro que tal adecuación a la realidad económico-social y tecnológica no puede jamás romper el efecto último pretendido por la ley<sup>363</sup>. Así, creemos que el socio puede participar en la Junta General (o sea, que asista y, en su caso, intervenga y/o vote) sin que necesariamente tenga que darse una presencia física. Esta conclusión, hoy corroborada por la ley y expresamente declarada al respecto de las sociedades anónimas, pensamos nosotros que aún puede ser importante para aquellas situaciones en que la ley no es tan clara y explícita, como sucede en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada.

Veamos ahora cuáles son las orientaciones legales sobre la posibilidad de que los socios “asistan” a la junta desde distintos lugares. En la exposición siguiente vamos a dejar fuera el análisis del voto a distancia que, por fuerza de los problemas autónomos que plantea, será analizado aparte en el próximo punto, no obstante encontrarse directamente conectado con la asistencia y debate y, por eso, no poder ser dissociado de ellos.

La admisibilidad de que los socios participen en la junta a distancia, en iguales o equiparables circunstancias a aquellos que se encuentran físicamente en el local donde físicamente se celebra la junta (si existe reunión física), es, en nuestra opinión, la mayor y más relevante innovación que ofrecen las nuevas tecnologías en el seno de las juntas

---

<sup>361</sup> FRANCESCO FERRARA refiere que el sentido literal de la ley es el grado más bajo, la forma inicial de toda la actividad interpretativa. FERRARA, Francesco, *Interpretação e Aplicação das Leis*” traducción de Manuel de Andrade, 3ª. Ed. Coimbra, 1978, p. 127 y siguientes.

<sup>362</sup> Así refiere MANUEL ANDRADE que “interpretar uma lei não é mais do que fixar o sentido e alcance com ela deva valer”. Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 3ª Ed., Coimbra, 1978, p. 21 y siguientes.

<sup>363</sup> Sobre la interpretación de la ley, *vd.*, entre otros, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. Parte General. Volumen primero. Introducción.*, 3ª edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2002.



generales. Es además la que más beneficios puede acarrear a los socios, pero también la que puede causar más problemas jurídicos. Estos socios podrán, como veremos enseguida, ejercer su derecho de voz, interviniendo en el debate, al mismo tiempo que asisten al desarrollo de la junta.

La asistencia a distancia a la junta, tal como la propia expresión indica, ocurre siempre que el socio asiste a junta desde un lugar distinto a aquel en el que la junta se está celebrando (cuando la junta, como normalmente sucede, se celebra en un lugar físico).

El primer impulso para admitir la posibilidad de la asistencia a la junta por medios telemáticos se dio con la promulgación de la Ley 26/2003, de transparencia de las sociedades cotizadas, que reformó la LSA 1989 y admitió e impelió claramente el ejercicio de los derechos de los socios a través del uso de las nuevas tecnologías en los arts. 105.4 y 105.5. Posteriormente, y en el mismo sentido, la Ley 19/2005, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, de 14 de noviembre, reformó, entre otros, el art. 97.5 de la LSA, afirmando expresamente la posibilidad de que los estatutos de las sociedades anónimas contemplen la utilización de los medios telemáticos para la asistencia a Junta General por los socios. En la senda del dicho art. 97.5 LSA, reafirmase en el art. 182 TRLSC la posibilidad de los estatutos de las sociedades anónimas fijaren *“la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta. Las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta”*.

Más recientemente, el legislador siguió haciendo nuevas referencias legislativas a la utilización de los medios electrónicos por los socios. Véase, en esto sentido, la Ley

12/2010, de 30 de junio<sup>364</sup> y la TRLSC. El “foro electrónico de accionistas”, de que hablamos anteriormente, es un verdadero ejemplo de la intención del legislador seguir introduciendo los medios electrónicos en el funcionamiento de las juntas generales (cfr. Disposición final cuarta de la Ley 12/2010, de 30 de junio, y art. 528.2 TRLSC).

Una vez más, se señala, con alguna consternación, la completa ausencia de normas jurídicas relativas a la aplicación de los medios telemáticos en sede de juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada. Nótese que, en éste ámbito, hará tanto o más sentido hablar de la utilización de las nuevas tecnologías. En efecto, en las pequeñas y medias empresas, (casi todas bajo la tipología de sociedad de responsabilidad limitada) con un numero más reducido de socios, configurase inúmeras situaciones de aprovechamiento de las nuevas tecnologías a favor de un mejor funcionamiento de los respectivos órganos. Se podrán economizar algunos gastos e incluso apresar la realización de juntas generales (adonde tiene un abanico más alargado de competencias). Aún que la total ausencia de normas al respecto fuese ocasionada por el hecho de en las sociedades de responsabilidad limitada vigor una más amplia autonomía de los socios e, por lo tanto, se entender que estas materias estaban bajo la voluntad de los socios, siempre entendemos que sería deseable, y jurídicamente más esclarecedor, que el legislador se manifestase expresamente sobre la posibilidad de los socios de las limitadas utilizaren las nuevas tecnologías. Además, el legislador permite, en determinadas situaciones, como vimos, que la convocatoria se haga con recurso a los medios telemáticos (cfr. 173.2 TRLSC). Por eso, no comprendemos este completo silencio normativo sobre la asistencia telemática, el debate y el voto electrónico en las sociedades de responsabilidad limitada. Más adelante, verificaremos se, a nuestro juicio y no obstante la ausencia normativa, los socios de las sociedades de responsabilidad limitada podrán ejercer sus derechos de asistencia a las juntas, de información y de voto, de forma telemática.

---

<sup>364</sup> Por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, para su adaptación a la normativa comunitaria.

La asistencia a distancia a la junta, tal como la propia expresión indica, ocurre siempre que el socio asiste a la misma desde un lugar distinto a aquel en el cuál la junta se está celebrando (cuando la junta se celebra en un lugar físico<sup>365</sup>).

Son varias las posibilidades para que los socios asistan a distancia a la celebración de la junta y, dependiendo de la modalidad utilizada, en unas es más clara su admisibilidad ante el ordenamiento jurídico que en otras<sup>366</sup>. Veamos algunas modalidades que actualmente pueden constatarse en la práctica societaria.

- 1) Entre ellas, una es tan antigua como utilizada: la utilización de varias salas interconectadas. En la presente modalidad, el presidente de la junta se encuentra en una sala que, por algún motivo, no incluye a todos los socios. Consecuentemente, los socios se encuentran en salas diferentes, pero contiguas, conectadas entre ellas a través del sistema de videoconferencia (u otro semejante). Las intervenciones por parte de los socios son garantizadas por el sistema utilizado. Toda la logística asociada a esto medio se queda a cargo de la sociedad. La función que, en este caso, el sistema de videoconferencia ejerce, se limita a una función meramente auxiliar. No es su objetivo permitir que los socios que no tienen posibilidad de acceder a la junta lo hagan a distancia. En verdad, aquí los socios siempre tienen que desplazarse al local indicado en la convocatoria como el local de la celebración de la junta. La utilización de las nuevas tecnologías permite, en esta situación, solucionar un problema que es más de la sociedad que de los socios, es decir, es la sociedad la que no dispone de una ubicación física suficiente para albergar a todos los socios en una única sala y, por eso, para facilitar la celebración de la junta opta por colocarlos en salas distintas<sup>367</sup>. Se trata de una situación de praxis societaria que se verifica desde hace ya muchos años y que, en nuestro entendimiento y asimismo de la doctrina más autorizada, no entra en contradicción con el ordenamiento jurídico.

---

<sup>365</sup> Sobre la posibilidad de la junta completamente virtual, véase el capítulo III, título II, punto 7.2., del presente trabajo.

<sup>366</sup> En el mismo sentido *vd.*, entre otros, ZAGRA, Giovanni, «Convocazione di assemblea per posta elettronica e svolgimento in videoconferenza – Tribunale Sassari, 19 maggio 2000, decr. – commento di Giovanni Zagra, *Le Società*, 2001, página 213 y siguientes.

<sup>367</sup> Cfr. CABRAS, Giovanni, «L'assemblea in videoconferenza nelle società di capitali», *Vita Notarile*, 2001, página 575 y siguientes.

Son varios los Reglamentos de las juntas generales de accionistas que contemplan esta modalidad<sup>368</sup>.

- 2) Situación totalmente distinta de la anteriormente descrita es aquella en que los socios se encuentran en lugares geográficamente distintos. Aquí podemos asimismo diferenciar dos situaciones.

2.1 La primera consiste en que la sociedad propicie a los socios la facultad de asistir y participar en la junta a través de medios a distancia controlados por la propia sociedad. Al efecto, los socios se reúnen en locales distintos, bajo las indicaciones y condiciones estipuladas por la sociedad. También aquí es la sociedad la responsable por toda la organización subyacente a la utilización de los medios telemáticos en la celebración de la junta. Por eso mismo, es la sociedad la que tiene que asegurar los medios para garantizar, entre otros hechos, la correcta identificación de los socios y su legitimación para estar presentes en la sociedad, el examen de los instrumentos de representación y delegación del voto, las herramientas necesarias para la intervención en el debate en tiempo real de todos los socios y, naturalmente, la viabilidad del voto. Son situaciones muy frecuentes en la práctica y utilizadas desde hace algún tiempo<sup>369</sup>. Fue esta la primera vertiente de la utilización de los medios telemáticos en el ejercicio de los derechos de los socios. Efectivamente, en las grandes sociedades se empezó a percibir que la

---

<sup>368</sup> Véase, por ejemplo, el Reglamento de la junta general de accionistas de “Telefónica, SA” que, en el artículo 14, párrafo 3, dispone que “*las sesiones de la Junta General de Accionistas podrán celebrarse en una sala o en varias salas contiguas o que, no siendo contiguas, se encuentren dentro del mismo complejo urbanístico o recinto, siempre que el Consejo de Administración aprecie que concurren causas justificadas para ello. En tal caso, se dispondrá de los medios audiovisuales que permitan la interactividad e intercomunicación entre las salas en tiempo real*”. También el Reglamento de la junta general de accionistas de “BBVA,SA” que, en su artículo 11, explicita que “*se podrá celebrar la reunión en salas separadas, siempre que se disponga de medios audiovisuales que permitan la interactividad e intercomunicación entre ellas en tiempo real y, por tanto, la unidad del acto, y se garantice el derecho de todos los accionistas asistentes a participar en ella y el ejercicio de su derecho al voto*”.

<sup>369</sup> MUÑOZ PAREDES refiere dos casos. “*Ya en el año 1971 encontramos en las revistas especializadas comentarios de dos casos reales. Uno fue la asamblea que realizó la química «Rhône-Poulenc» simultáneamente en París y Lyon, mediante circuito cerrado de televisión. El otro, ya en España (...) fue la junta general de la entonces «Compañía Telefónica Nacional de España», que se celebró en Madrid pero fue retransmitida a otras dos salas, una en Bilbao y otra en Barcelona*”. Cfr. MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y de los consejos de administración*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, página 184.

escasa participación de los socios en las celebraciones de las juntas podría eventualmente ser combatida con una mayor facilitación del ejercicio de los derechos de los socios. Así, y porque uno de los principales factores de la abstención de los socios se relaciona con los costes y el tiempo asociados a desplazamientos para asistir a la celebración de la junta, algunas sociedades entendieron que si la celebración de las juntas acaeciese en dos locales geográficamente distintos podrían atraer la presencia de más socios. Se trata de una circunstancia que se encuentra debidamente prevista en la mayor parte de los estatutos sociales de las grandes sociedades mercantiles. Cuando la sociedad opta por proveer más de un local para la celebración de la junta debe incluir esa información en la convocatoria para conocimiento de los socios. En este caso, todos los locales se encuentran conectados entre ellos y en el lugar principal, situado dentro del municipio en que la sociedad tenga su domicilio, debe encontrarse el presidente y el secretario. Nótese que el art. 109 LSA obligaba a que las juntas se celebrasen en el término municipal del domicilio de la sociedad. El TRLSC permite ahora expresamente que los estatutos establezcan otro local para la celebración de las juntas (cfr. art. 175 TRLSC). Como decimos, son varios los Reglamentos de juntas generales y/o estatutos sociales que prevén la celebración de Junta General en ésta modalidad<sup>370</sup>. Pero la cuestión que se plantea reside en determinar si tal modalidad de celebración va o no en contra del régimen jurídico español. Las primeras reuniones celebradas con la ayuda de estos medios recogieron opiniones desfavorables entre la doctrina. Efectivamente, se apuntó como principal hándicap para la aceptación de ésta modalidad el hecho de que la misma, por una parte, no respectaba la imposición legal (ahora desaparecida) de que la junta debía celebrarse en la localidad donde la sociedad tiene su

---

<sup>370</sup> En el artículo 24, párrafo 2, de los Estatutos Sociales de “Iberdrola” podemos leer que “*la asistencia a la Junta General podrá realizarse bien acudiendo al lugar en que vaya a celebrarse la reunión, bien en su caso a otros lugares que haya dispuesto la Sociedad, indicándolo así en la convocatoria, y que se hallen conectados con aquél por sistemas de videoconferencia que permitan el reconocimiento e identificación de los asistentes, la permanente comunicación entre los concurrentes independientemente del lugar en que se encuentren, así como la intervención y emisión del voto, todo ello en tiempo real. El lugar principal deberá estar situado en el término municipal del domicilio social, no siendo ello necesario para los lugares accesorios. Los asistentes a cualquiera de los lugares se considerarán, a todos los efectos relativos a la Junta General, como asistentes a la misma y única reunión. La reunión se entenderá celebrada en donde radique el lugar principal.*”

domicilio (y que la Ley solo refiere como domicilio de la sociedad una única localidad); y, por otra parte, se consideraba que era indispensable la presencia física de los socios en un mismo lugar. Los cambios legales en ésta materia referidos anteriormente, permiten que hoy día se pueda afirmar sin dudas la legalidad de ésta modalidad de celebración de junta. Con las introducciones hechas en 2003 al artículo 105 LSA (plasmadas ahora en el art. 189.2 y 3 TRTRLSC), el legislador admite claramente ésta posibilidad al referir que los estatutos pueden admitir que el voto se puede hacer mediante correspondencia postal, electrónica o a través de cualquier otro medio de comunicación a distancia. Es suficiente por tanto que la sociedad disponga de mecanismos para garantizar la identidad del socio que ejerce su derecho de voto a distancia. Ahora bien, si la Ley admite el ejercicio del derecho de voto a distancia admite también implícitamente, que los socios participen en las juntas generales por medios telemáticos. Como ya referimos anteriormente, participar en la celebración de la junta comporta distintos derechos, siendo uno de los más importantes el derecho de voto. Por eso, si la ley claramente admite que ese derecho se haga a distancia no vemos razones para que no admita que los restantes, asistencia y participación, no se hagan también a distancia. Además, el derecho de voz es esencial para que los socios concreticen el derecho de información durante la Junta<sup>371</sup> que, a su vez, es fundamental para el ejercicio del derecho de voto. En realidad, votar no se puede resumir únicamente en la expresión del sentido del voto; tiene también que incluir el derecho de voz durante la celebración de las juntas, pues, aunque éste no se encuentra expresamente consagrado en la ley como derecho de los accionistas, nadie tiene dudas de su existencia. Hasta fechas recientes, no teníamos, sin embargo, antecedentes legislativos que permitan asegurar que el legislador pretendió efectivamente admitir la plena participación a distancia. Sin embargo, el hecho de que la reforma de 2003 se asentase en las recomendaciones y propuestas del Informe Aldama podría servir de indicativo para apreciar en la *mens legislatoris* una posible

---

<sup>371</sup> El derecho de información de los socios también se puede ejercer en el momento anterior al de la realización de la junta. Al propósito del ejercicio del derecho de información de los socios véase el capítulo V, título I, del presente estudio.

tendencia favorable a admitir en aquella fecha la asistencia telemática, ya que el Informe intentó que se implementasen las medidas necesarias para facilitar la participación de los accionistas en las juntas generales y, por eso, creemos que la mejor forma de hacerlo es no hacer una interpretación restrictiva que solamente admitiera el voto a distancia e impidiera a los socios participar plenamente en la junta. A pesar de lo dicho, entendemos que, efectivamente, el legislador cuando permitió la votación a distancia bien podría haber señalado expresamente en la ley la posibilidad de que los socios ejercieran telemáticamente los restantes derechos, y en concreto el de asistencia y deliberación. No creemos sin embargo que el legislador español hubiera considerado tal posibilidad, pero tampoco que la rechazara intencional y conscientemente; por lo contrario, entendemos que el legislador solamente previó la posibilidad de la votación a distancia en una fecha anterior a la fecha de la celebración de la junta y, por eso mismo, no consideró la posibilidad de que los socios asistieran e intervinieran en las juntas. O sea, el legislador de 2003 asumió la votación a distancia como una innovación del voto por correspondencia postal que sería ejercido con antelación a la celebración de la junta y, por eso, no se planteó la cuestión de admitir o no el ejercicio del derecho de voz y de asistencia. Sin embargo, entendemos que una interpretación de la ley a favor de los tiempos solamente puede resultar en la admisibilidad de la votación en directo y consecuentemente de la asistencia e intervención de los socios en directo, a distancia, y por medios telemáticos. La situación se ha aclarado definitivamente con la introducción del art. 97.5 LSA por la Ley 19/2005 (actualmente, art. 182 TRLSC 2010), que admite expresamente la posibilidad de que los estatutos sociales prevean la asistencia a la junta por medios telemáticos en la sociedad anónima. De hecho, en el art. 182 TRLSC intitulase precisamente de “asistencia telemática” y refiere expresamente que los estatutos pueden prever la asistencia a la junta por medios telemáticos. El mismo precepto, afirma que los administradores pueden “*determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se*

*remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta*”. Ahora bien, de la letra de la ley se retira que compite a los administradores decidieren si el derecho de información se deberá ejercer en un momento anterior al de la realización de la junta o si se podrá ejercer durante la propia celebración de la reunión. a su caso, predispone el mismo precepto que “*las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta*”. Está, por lo tanto, claro que los socios de las sociedades anónimas pueden asistir y ejercer su derecho de información a distancia. La participación a distancia por parte de los socios solamente se queda completa con la posibilidad de emisión a distancia del voto. Esta posibilidad encontrase, hoy día, plasmada de forma inequívoca, en el art. 189 TRLSC (antiguo 105.4 LA). En consecuencia, si existen los medios técnicos adecuados y se consigue acreditar la correcta identificación y legitimación de los socios y asimismo la seguridad de las comunicaciones, no existe ningún obstáculo legal a la celebración de las juntas generales en dos o más locales controlados, todos ellos, por la sociedad e interconectados por medios telemáticos. Nótese que esta afirmación es actualmente más concluyente por ocasión de la entrada en vigor del LSC y de su art. 175. De hecho, hasta aquí se discutía si el art. 109 LSA no podría traducirse en un trabón a esta interpretación puesto que exigía que la junta se celebrase “en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio” contrariamente al exigido ahora en el art. 175 TRLSC<sup>372</sup>. El legislador aproxima el régimen de las

---

<sup>372</sup> Mismo en la vigencia del art. 109 LSA entendíamos que sería posible la celebración de juntas generales en dos locales distintos. De hecho, de la lectura del precepto legal parecía que la celebración de la junta solamente podría ocurrir en el lugar de la localidad del domicilio. Así, bastaría que una de las salas, al menos, se ubicase en la dicha localidad y se considerase ésta como el lugar de la celebración de la junta para se cumplir el normativo. Pero el problema mayor sería de otra índole. ¿Si la reunión se celebrase en salas ubicadas en distintas localidades consideraríamos como lugar de celebración únicamente aquello en lo cual se encontraba la sala que se situaba dentro de la localidad del domicilio? ¿Qué llamar a los restantes locales donde estaban los otros accionistas? ¿Adónde se quedaban el presidente y el secretario? ¿Cuáles serían las consecuencias jurídicas de las distintas opciones? ¿Y si la reunión se celebrase en dos o más salas ubicadas, todas ellas, en la localidad del domicilio, consideraríamos que la junta se celebraba en todas o solamente en una de ellas? ¿Y se consideraríamos como lugar de celebración de la junta solo una de ellas, cuál deberíamos elegir? ¿Aquella adonde está el presidente? Más aun la cuestión central sería si, hoy día, haría sentido un precepto legal imperativo que obligase a que la reunión se hiciese en la localidad del domicilio. Bueno, veamos. De acuerdo con la dicha ley, parecía que existiendo varias salas ubicadas en locales distintos de la localidad del domicilio



solamente podríamos considerar que la celebración tenía lugar en la sala que se situaba en tal localidad. Efectivamente, la ley era bastante clara al referir que “*las juntas generales se celebrarán en la localidad donde la sociedad tenga domicilio*”. La naturaleza imperativa del precepto impedía que se considerase local de celebración otro que no aquello que resultaba directamente de la ley. Así, tendríamos que considerar las restantes salas no formarían parte de la junta en sentido restricto. Serían solamente medios auxiliares que permitirían la intervención en la junta que exclusivamente se estaba celebrando en la sala situada en la localidad adonde la sociedad tiene su domicilio. Si la presencia del presidente y del secretario puede o no ser telemática veremos después, para ahora es suficiente señalarlos que ambos tendrían, ante la aplicación de esta norma, que estar en la sala situada adonde se celebraba la junta y no en cualquier otra. Si la reunión se celebrase en distintas salas todas ubicadas en la localidad del domicilio creemos que el presidente y el secretario se deberían quedar en cualquier una de ellas que podríamos llamar la sala principal. Aquí refiere la doctrina que se consideraba que la junta se celebraba en todas las salas porque todas ellas se encontraban en la localidad del domicilio de la sociedad. Era precisamente ésta diferencia de tratamiento para situaciones materiales prácticamente iguales que nos hace alguna confusión. En verdad, bien percibimos cuales fueran las motivaciones del legislador al exigir que las reuniones se celebrasen en la localidad del domicilio social. Es ampliamente conocido que el objetivo del legislador sería el de impedir que los administradores entorpeciesen la asistencia a la junta al convocar una reunión para una localidad poco accesible a los socios. Fue por eso que el legislador, en 1947, restringió la libertad plasmada en el Código de comercio y exigió que las sociedades convocasen las reuniones para las localidades del domicilio social. Nótese aún que estas reglas no se aplicarían a las juntas universales. Efectivamente, si el objetivo residía en proteger los socios y no permitir que se convoquen reuniones para locales de difícil acceso tal *ratio* encontrase protegida cuando todos los socios están presentes, tal como es exigido en las juntas universales. Es por todo esto que entendemos que actualmente la subsistencia de la norma podría tener un efecto perverso al deseado. Realmente, es cada vez mayor el número de accionistas que reside fuera del domicilio social de sus sociedades. Inclusivamente son asimismo muchos los socios transfronterizos. Por eso, el problema que ahora se plantea es cuasi el contrario del de antiguamente. Claro que siempre podemos apuntar que los socios conocen la localidad del domicilio social con antelación a la adquisición de las acciones y, por eso, cuando lo hacen saben perfectamente que tienen que se desplazar aquél local para asistir a las juntas. Todavía, es un argumento que no coge porque el objetivo actual es incentivar los socios a participar en las juntas y sabemos bien que desplazamientos y costes para asistir a las juntas resulta siempre en el mismo y único resultado: abstención. Por todo lo dicho, pensamos que actualmente no haría sentido tenernos una regla imperativa que obligase las sociedades a reunieren con los socios en la localidad de su domicilio. Y, por eso, estamos completamente de acuerdo con la alteración legislativa llevada a efecto por el legislador de la LSC. Más entendemos que el actual art. 175 LSC fue bien construido al admitir, en una norma de naturaleza supletoria, que las sociedades estipulen en los respectivos estatutos el lugar de celebración de la junta. Así evitaremos de intentar contornar la ley para una situación que, en la práctica, es una realidad y busca recoger más asistencias a junta.

En los ordenamientos en torno a España, con relación a las sociedades anónimas, la ley no es tan exigente como la antigua LSA. En efecto, en el ordenamiento portugués el legislador admite que las reuniones se celebren en el domicilio de la sociedad o en otro local, dentro del territorio nacional, si las instalaciones del domicilio social no reunieren condiciones para permitir que la junta se celebre de forma satisfactoria (cfr. art. 377, párrafo 1, línea a), del “Código de Sociedades Comerciais”. Asimismo el régimen italiano prevé supletoriamente que la junta se celebre en la ciudad adonde la sociedad tienen su domicilio, permitiendo que los estatutos estipulen otro local (cfr. artículo 2363, del “Codice Civile italiano” que refiere que “*l’assemblea è convocata nel comune dove ha sede la società, se lo statuto non dispone diversamente*”). Repárese que el legislador es aún más liberal que el legislador portugués ya que no impone cualquier condición. Se basta con la fijación en los estatutos. En el mismo sentido siguió el legislador francés que, una vez más de forma meramente supletoria, refiere como lugar de celebración de la junta el domicilio de la sociedad u otro lugar dentro de la misma localidad, permitiendo que los estatutos fijen una cláusula en contrario (cfr. artículo L225-103, del “Code de Commerce”, que en el párrafo V, refiere que “*sauf clause contraire des statuts, les assemblées d’actionnaires sont réunies au siège social ou en tout autre lieu du même département*”). Ahora bien, la fijación en los estatutos de una cláusula en contrario, permitida como verificamos por los ordenamientos italiano y francés, permite una amplia libertad. En verdad, es suficiente que los estatutos refieran que las juntas se celebrarán en el local considerado, al momento, adecuado por el presidente de la junta, para que se quede en el poder de éste el

anónimas aquello que ya vigoraba en las sociedades de responsabilidad limitada, adonde el art. 47 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permitía que los estatutos fijasen el local para la celebración de las juntas<sup>373</sup>.

2.2 Una situación diferente de la ahora descrita es la de la retransmisión de la Junta General a través de un medio de telecomunicación que posibilite que sea visionada por los socios en cualquier lugar o bien permitiendo su participación o bien permitiendo solamente la mera asistencia a la junta, como destacaremos a continuación. Nos referimos específicamente, y atendiendo al actual estado de la técnica, a la retransmisión de la junta con ayuda de la videoconferencia y de la Internet. Es la situación que configura el estadio más avanzado de funcionamiento de las juntas generales con ayuda de las nuevas tecnologías de la información. En efecto, es este el método que va a permitir, en última *ratio*, a los socios la posibilidad de accedieren a la transmisión de la Junta General y participaren en la misma sin ser necesario su desplazamiento, siendo suficiente el acceso a Internet. Además, a través de esta técnica será posible (veamos posteriormente si el Derecho lo permite) que todos los intervinientes en la junta se encuentren interconectados, entre ellos, de forma exclusivamente virtual. Así, lo que se verificará será una junta totalmente virtual (a

---

lugar de celebración. Creemos que ésta libertad es un poco exagerada, no obstante se encontrar explícito en los estatutos, y por eso seguimos prefiriendo el precepto portugués que, a nuestro juicio, mejor protege los derechos de los socios ya que solamente se apartará del domicilio social en caso de no se verificaren las condiciones para un perfecto desarrollo de la junta. Así, es posible que las juntas se celebren en dos o más lugares. Lo más importante es asegurar que esa es la mejor forma de celebrar la junta y, claramente que la mejor forma de celebrar la junta será siempre aquella que mejor protege los derechos de los socios. En conclusión, parece que a la luce del derecho español, y al contrario de otros ordenamientos, la posibilidad de los socios participaren a distancia en las juntas generales depende de la existencia de un lugar de celebración dentro de la localidad del domicilio social.

<sup>373</sup> De hecho, la rigidez de la ley de sociedades anónimas no se verificaba con relación a las sociedades de responsabilidad limitada. La Ley de sociedades de responsabilidad limitada refería el artículo 47 que “*salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta General se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la Junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social.*”. Significa lo dicho que el legislador dejó en la voluntad de las sociedades la definición del lugar de celebración de la junta general. Por lo tanto, en las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada no se planteaban los óbices jurídicos que trazamos con relación a las sociedades anónimas sobre la posibilidad de se celebraren juntas generales en salas ubicadas en locales fuera del municipio del domicilio social.

continuación le dedicaremos un punto autónomo). Naturalmente, ésta posibilidad es la que puede traer más problemas jurídicos relacionados, además, con problemas de seguridad, identificación y legitimación de los socios. No obstante, antes de hacer referencia a tales problemas, a la cuestión previa que anteriormente enunciamos y que se prende con la existencia de dos modalidades de transmisión de junta:

- 2.2.1 una permitirá que los socios, más allá de limitarse a visionar el desarrollo de los trabajos, intervengan y voten en la Junta;
- 2.2.2 otra, en contraposición, solamente admitirá que los socios tengan acceso a la transmisión en directo de la celebración de la junta sin que les sea ofrecida la posibilidad de intervenir en la junta o de votar en directo, aunque en este caso es posible que los socios hubieran ejercido su derecho de voto con anterioridad, a distancia, o que hubieran delegado su voto en un representante que incluso podrá recibir órdenes en directo para orientar su intervención en el debate y el sentido de su voto.

Analizando las dos modalidades descritas podremos decir que la primera es aquella que más asegura los derechos de los socios y aquella que mejor se corresponde con las recomendaciones de los distintos Códigos de Buen Gobierno Corporativo. En verdad, es esta modalidad la que permite que los socios tengan una participación plena de forma telemática<sup>374</sup>. Sin embargo no podemos olvidar que no siempre es posible en la práctica admitir una participación a distancia plena en las celebraciones de las juntas. Esa dificultad se prende sobre todo con el hecho de que existen sociedades con el capital muy diseminado y consecuentemente con un número de socios muy elevado que puede obstaculizar una real y efectiva participación plena. Sea como sea, todo depende de las condiciones técnicas de cada una de las sociedades. Es nuestro propósito evaluar

---

<sup>374</sup> El muy reciente Código de Gobierno Corporativo de Bélgica, de 2009, afirma, en su punto 8.5, que “the company should encourage the shareholders to participate in the general shareholders’ meeting. The general shareholders’ meeting should be used to communicate with shareholders. Those shareholders who are not present should be able to vote in absentia, such as by proxy voting. The company could, in this respect, also take into account how non-resident shareholders can exercise their rights. Given the existing framework, the company should consider whether communication technology could offer solutions to some practical issues and whether an appropriate approach could be developed in this respect”.

si ante el ordenamiento jurídico tales participaciones telemáticas son o no posibles y favorables a la concretización de los derechos de los socios.

Es oportuno ahora hacer un breve apunte específico sobre la transmisión de las juntas generales a través de la Internet, realizadas en tiempo real, mediante los sistemas de videoconferencia. La difusión a través de Internet de la Junta General puede ocurrir internamente, es decir, únicamente para los socios<sup>375</sup>, o ser transmitida desde un sitio en línea de acceso libre para todos los internautas.

Así, nos parece legalmente viable la transmisión interna de las reuniones de la Junta, en particular cuando los socios no tienen la posibilidad de intervenir ni votar en directo. El objetivo principal de ésta transmisión es el de permitir que el socio *in absentia* pueda cuando menos seguir el desarrollo de las sesiones. El mayor óbice a tal participación reside en la conciencia del accionista minoritario de que poco o nada puede cambiar. Es por eso que los accionistas minoritarios que no participan en la Junta (en muchos casos por no reunir el número de acciones exigido por los estatutos sociales) deben confinar en el criterio de los accionistas de control. Sin embargo, entendemos que la transmisión de las juntas generales, en la modalidad ahora avanzada, puede resultar beneficiosa, siquiera sea desde la perspectiva de la información del socio. En primer lugar, permitiría la asistencia por parte de aquellos socios que están interesados en el desarrollo de los trabajos y que les gustaría asistir a las juntas, pero entienden que hacerlo implicaría costes y tiempo que no quieren o no pueden perder. Por otra parte, lo que a nuestro entender es más importante, posibilitaría que los socios que no tienen derecho de asistir *in loco* al desarrollo de la Junta pudieran seguir la misma a distancia y estar informados de lo que allí se discute y decide. Claro que esta posibilidad exigiría una cláusula estatutaria, porque precisamente, de acuerdo con los estatutos, estos socios estarían impedidos de asistir a las juntas. Entonces tendremos, antes que nada, que cuestionar cuál es la razón subyacente al impedimento de los socios de asistir a la junta en el espacio físico donde se celebra la reunión. El fundamento es claro y perceptible. Estos socios son accionistas minoritarios, con una pequeñísima participación en el capital social y, por supuesto, con un menor grado de interés en la dirección de la sociedad. Son socios que naturalmente no tienen derecho de voto por sí

---

<sup>375</sup> El acceso se haría naturalmente con la introducción de claves de acceso o contraseñas distribuidas solamente a aquellos que probasen su calidad de socios hasta una determinada fecha.

mismo, es decir sin se agruparen con otros socios, y por eso no enriquecen verdaderamente la discusión de los trabajos. La limitación tiene su verdadero fundamento en la imposibilidad de que un número importante de accionistas pueda estar presente y participar activamente en la Junta General. Así, con las limitaciones de asistencia se impide la participación de aquellos que aparentemente tienen menos interés porque son inversores en pequeña escala. De cualquier modo, es posible que estos socios mantengan personalmente el interés en asistir a las juntas. La transmisión en Internet puede conciliar los dos intereses en juego. Por una parte, permitirá que los socios asistan a las celebraciones de la Junta y, por otra parte, esta asistencia no exigirá que las sociedades dispongan de condiciones físicas para permitir la asistencia de todos los socios, asegurando además que los socios minoritarios no se entrometan en la celebración de la Junta ya que no podrán intervenir en la junta ni votar. Conviene precisar además que la situación ahora analizada configura exclusivamente la hipótesis del socio que se encuentre en cualquier lugar con conexión a Internet y acceder a transmisión de la reunión. El socio no podrá ser visto ni oído en directo por los presentes –física o virtualmente– en dicha reunión.

Diferente a lo anterior es la transmisión abierta, es decir, la transmisión en sesiones de videoconferencia de las juntas generales mediante la utilización de Internet en un sitio de libre acceso para todos los internautas.

Analizar la libre transmisión de la celebración de juntas generales implica, antes que nada, hacer algunas consideraciones sobre el carácter privado o público de tales reuniones. Tradicionalmente se reconoce un carácter tendencialmente privado a las juntas generales, lo que es, además, corroborado por la Ley, donde la totalidad de los preceptos relativos a la convocatoria, constitución, celebración y adopción de acuerdos se dirigen únicamente a los socios. Entonces, participar en las juntas generales es un derecho atribuido por a Ley a los socios y no a extraños a la sociedad.

La Ley admite la presencia de otras personas que no revisten la calidad de socios. En concreto, el art. 104.2 LSA (ahora, arts. 180 y 181 TRLSC) dispone que los administradores deberán asistir a las juntas generales; que los estatutos podrán autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales; y que el presidente de la Junta General podrá autorizar la asistencia de cualquier otra persona que juzgue conveniente,

aunque la junta, no obstante, podrá revocar dicha autorización. De la lectura de la Ley, se percibe claramente que el legislador admite la presencia en las juntas de no socios desde que haya un interés de la sociedad en tal presencia; es decir, la presencia de terceros no socios es excepcional, solamente debe ser autorizada cuando sea útil para el interés social. Es la propia Junta, la que determina cuándo es útil para propia Junta y, por tanto, para la sociedad, la presencia de terceros en la misma, lo cual se demuestra con la posibilidad de revocación de la autorización del presidente. Es evidente, en suma, que la Ley pretendió que la presencia de no socios estuviese fundamentada. Es decir, las personas legalmente admitidas en la reunión son aquellas que naturalmente están relacionadas con la labor social. Por eso mismo, parece que el interés en invitar a una determinada persona a participar en junta debe ser analizado caso a caso. Significa lo dicho que tal análisis no puede ser hecho cuando los asistentes son indeterminados.

Los argumentos arriba mencionados indican que las juntas generales poseen un carácter más privado que público. Esto incide también en la posibilidad de limitar estatutariamente la propia representación de los socios en la Junta de la sociedad anónima (cfr., art. 106.1 LSA; ahora, art. 184.1 TRLSC). Para las sociedades limitadas la Ley es más precisa, al señalar que los socios solamente podrán ser representados en las reuniones de la Junta General por medio de otro socio, su cónyuge, ascendientes, descendientes o persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional, si bien los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas (art. 49.2 LSRL; ahora art. 183.1 TRLSC).

Parece, pues, que la asistencia a la Junta General es fundamentalmente un derecho privativo de los socios. Parece asimismo que la extensión del permiso de asistencia a otras personas distintas de los socios, además de sus representantes, administradores, directores, gerentes y técnicos de la sociedad, reside en el hecho de se trate de personas especialmente entendidas en las materias de la vida societaria, es decir, que poseen un conocimiento singular y privilegiado de la gestión de la sociedad (en general o en aspectos concretos) y, por eso, deben transmitir las informaciones

esenciales a los socios para que estos puedan votar de conformidad con los intereses de la sociedad<sup>376</sup>.

Así las cosas, a primera vista, creemos que la transmisión de la celebración de la Junta General a través de un sitio de Internet de acceso público, podría ser contrario a lo dispuesto en la Ley, además de contrariar el propio interés social de la entidad al no poderse conocer a los asistentes, que en rigor puede ser cualquier persona del mundo.

Sin embargo, lo cierto es que el legislador solamente ofrece meros indicios del carácter privado de las juntas generales, no prohibiendo su libre transmisión bajo la voluntad de los socios y de los administradores. Significa esto que, a nuestro juicio, si la propia sociedad entiende que la transmisión de la celebración de la Junta General para el universo cibernauta es ventajosa para el interés social, en principio podría hacerlo si se prevé expresamente en sus estatutos o, en su caso, el propio reglamento de la Junta General.

En concreto, para las sociedades anónimas, sobre todo las cotizadas, podemos avanzar algunos argumentos en favor del carácter público de sus juntas generales. Aunque sin afirmarlo de manera contundente, a diferencia de otros<sup>377</sup>, entendemos que los argumentos que citamos a continuación, pueden favorecer el carácter público de la Junta General. Así, es preciso traer a colación el principio de transparencia que, cada vez más, orienta la gestión empresarial y pretende asegurar los intereses de los actuales

---

<sup>376</sup> Véase, a modo de ejemplo, los estatutos social de Iberdrola que disponen, en su artículo 22, que “podrán asistir a la Junta General y tomar parte en sus deliberaciones, con derecho a voz y voto, todos los titulares de acciones con derecho a voto” y, más adelante, que “los miembros del Consejo de Administración deberán asistir a la Junta General. La inasistencia de cualquiera de dichos miembros no afectará a la válida constitución de la Junta General”. Sobre otras personas, refiere, aún en la misma regla, que “los Directores, Técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales podrán ser autorizados por el Presidente de la Junta General para asistir a la misma. Asimismo, el Presidente de la Junta General podrá facilitar el acceso a la referida Junta General de la prensa, analistas financieros y de cualquier otra persona que estime conveniente, pudiendo no obstante la Junta General revocar dicha autorización”. Ya en lo que refiere a lo derecho de representación, menciona el artículo 23 de los Estatutos que “todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otra persona, aunque no sea accionista, cumpliendo con los requisitos y formalidades exigidos por los presentes Estatutos Sociales, el Reglamento de la Junta General y la Ley”.

<sup>377</sup> El ya citado informe de la ANSA considera, con relación a las sociedades cotizadas francesas, que no hay actualmente ningún obstáculo jurídico a la transmisión de la celebración de la junta general en una página de acceso libre en la Internet. La decisión de conferir carácter público a la junta o de rechazar tal carácter pertenece solamente a la junta general de accionistas. El mismo estudio entiende, además, que es preferible que las sociedades cotizadas que se propongan transmitir sus debates en una página de acceso libre adopten una resolución estatutaria que autorice de forma permanente tal transmisión. Cfr. *L'utilisation des Moyens de Télétransmission et les Assemblées Générales d'Actionnaires*, informe presentado por el grupo de trabajo de la ANSA, presidido por PHILIPPE BISSARA, enero, 2004, página 24. Disponible en <http://www.ansa.asso.fr>, accedido por la ultima vez en julio de 2010.

y potenciales accionistas. Este principio se encuentra además orientado a la captación de nuevos inversores y, por lo tanto, es perfectamente comprensible que exista un interés social en compartir con el público en general determinadas informaciones. Así ocurre, efectivamente, en las sociedades cotizadas; señaladamente en relación a los hechos ocurridos durante la celebración de las juntas generales que incidan o pudieran incidir sobre la situación patrimonial, financiera o sobre el funcionamiento normal de los negocios de la sociedad que sean susceptibles de influir en el precio de las acciones<sup>378</sup>. Obviamente que el argumento ahora mencionado no obliga a la transmisión de los debates, sino solamente a que las sociedades ofrezcan informaciones relevantes a los inversores.

En conclusión, entendemos que hoy día la naturaleza pública o privada de la celebración de la junta no es ni evidente ni está legalmente definida. Por lo tanto, compete a cada una de las sociedades decidir cuál es la forma más conveniente para sus intereses, ya que la ley no impone ni el carácter público ni el carácter privado de las juntas, aunque naturalmente se incline a priori de forma implícita por el carácter privado de las mismas. Se trata en último término de una decisión que corresponde a la propia sociedad y que debería estar prevista en los estatutos para evitar problemas futuros<sup>379</sup>. Actualmente, en la práctica empresarial hay muchas sociedades, sobre todo cotizadas, que transmiten, en parte o en su totalidad, sus juntas generales.

Sin embargo, la cuestión de la legalidad de la retransmisión de la Junta General a través de Internet no termina aquí. De hecho, en algunos ordenamientos se han planteado problemas jurídicos de naturaleza diversa a los anteriormente mencionados. Un caso paradigmático es el alemán, donde se discutió la posibilidad del accionista de oponerse a la grabación y reproducción de su intervención en las juntas generales invocando, para el efecto, derechos de la personalidad. El Supremo Tribunal alemán decidió en el año 1994 que el presidente de la Juntas cuyas deliberaciones van a ser grabadas debe advertirlo expresamente y hacer saber a los participantes que pueden solicitar la interrupción de la grabación durante el tiempo de sus intervenciones para

---

<sup>378</sup> La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, prevé obligaciones de información de los emisores, como veremos en el próximo capítulo (cfr. capítulo V, título II).

<sup>379</sup> Cfr. NOACK, Ulrich, «Die internetgestützte Hauptversammlung», en NOACK/SPINDLER: *Unternehmensrecht und Internet*, 2001, páginas 13-35, en especial página 16 ; también, NOACK, Ulrich, «Online-Hauptversammlung – Stand der Dinge und wichtige Reformvorschläge, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2001, pág. 1057 y ss, en particular, 1060 y 1061.



asegurarse de que la grabación sonora no constituye una intromisión ilegítima en los derechos de personalidad del orador<sup>380</sup>. La posición asumida por el *Bundesgerichtshof* siguió de cerca la doctrina alemana dominante y naturalmente la fortaleció. Años después, la posición ahora mencionada fue aplicada a las situaciones de retransmisión de juntas generales a través de Internet. Algunos autores la invocaban incluso cuando la retransmisión se hiciese solamente entre accionistas. Resulta muy claro que la aplicación de esta posición doctrinal y jurisprudencial no es, de ninguna manera, favorable a la utilización de Internet en la retransmisión de la junta y que, consecuentemente, acarrea graves obstáculos a la participación a distancia de los socios en las juntas generales. En efecto, sería suficiente que uno de los socios no autorizase la captación del sonido de sus declaraciones para que todos aquellos que participen a distancia no puedan seguir la totalidad la sesión. Este obstáculo sería tanto más gravoso cuanto mayor fuese el número de accionistas que negase la transmisión de sus declaraciones. Tal posibilidad llevaría a que los socios físicamente presentes dispusieran de más información que los socios telemáticamente presentes, lo cual podría vulnerar la paridad de trato de los accionistas (cfr., art. 97 TRLSC), salvo que se justifique el distinto tratamiento en la concurrencia de condiciones desiguales por el mero hecho de la asistencia telemática. El principio de la paridad de trato de los accionistas presupone, como el propio nombre indica, que sean dados los mismos derechos a todos los socios que se encuentren las mismas circunstancias<sup>381</sup>. Evidentemente que la concretización y el objetivo máximo del principio reside en permitir las mismas oportunidades a todos los accionistas. Sin embargo, siempre que se verifican situaciones distintas entre los accionistas, como sucede cuando algunos asisten telemáticamente y otros asisten físicamente a las reuniones, es sobre todo necesario asegurar que todos los socios que participan en las juntas de forma telemática tendrán exactamente los mismos derechos e

---

<sup>380</sup> La cuestión central de la demanda tuvo origen en el hecho de que la sociedad no entregó al accionista que no se había opuesto a la grabación una transcripción de la parte que correspondía a sus manifestaciones y asimismo a las respuestas que había obtenido de la dirección con ocasión de las cuestiones planteadas. Aún así el Tribunal entendió que sería ventajoso clarificar la situación de la grabación de imagen y sonido durante la celebración de las juntas. Cfr. MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, cit., páginas 153-154.

<sup>381</sup> Sobre esta temática *vd.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «La paridad de trato de los accionistas y la Sentencia Audiolux del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 28, Nº 116, 2009, págs. 303-304.

idénticas formas de los ejercer. Son situaciones que tendrán que ser analizadas casuísticamente. En este sentido, pensamos, por ejemplo, que no saldrá perjudicado el principio de la paridad del trato cuando una sociedad, cuyo capital es extremadamente diseminado, no permite que sus socios asistentes telemáticos ejerzan durante el desarrollo de la junta su derecho de información mientras tal ejercicio es permitido aquellos que asisten a junta *in loco*. Aquí permitir que todos los socios que participasen telemáticamente (que podrían ser centenas o mismo miles) ejerciesen, se así lo desearan, su derecho de información podría traducirse en un obstáculo efectivo a buena marcha de la celebración de la junta. Por eso, en la situación acabada de presentar no configuramos cualquier violación del principio de la igualdad del trato de los accionistas. Al envés, pensamos que se trataría de una violación del dicho principio cuando una sociedad con solamente 10 socios permite que sus accionistas participen telemáticamente y, no obstante tener los medios técnicos adecuados, impide que aquellos que lo hacen ejerzan su derecho de información en directo con la celebración de la junta alegando que tal participación pondría en riesgo la buena marcha de la junta. Claro que afirmarnos que se tratan de materias que deberán ser analizadas caso a caso no hace caer en el eterno problema de los criterios casuísticos. ¿Cuál será el número de socios adecuado a una participación telemática? ¿Quién tiene los poderes para decidir? Creemos que competiría a las sociedades decidieren si permitirían a sus accionistas participaren o no en directo en las reuniones de las juntas y que tal permisión deberían ser fijada en los estatutos o en el reglamento de la junta (o en ambos). Naturalmente que la naturaleza de las sociedades les permitirá tener una idea si tiene o no condiciones técnicas para permitir tal participación y más aún si el número de socios que ostenta permite o no tales intervenciones. Las situaciones acabadas de aventar nada se asemejan aquella otra que estábamos a analizar. De hecho, en aquella el problema residía en el hecho de, por consubstanciar una eventual violación de derechos de personalidad, no se transmitieren todas las intervenciones realizadas en la junta lo que, naturalmente, originaría distintos grados de informaciones entre todos los socios participantes y colocaría, a nuestro juicio, el principio de la igualdad de trato en causa porque no configura ninguna de las situaciones que, a nuestro juicio, podría lícitamente distinguir el tratamiento entre los accionistas. Además, pensamos que este problema no puede plantearse tampoco cuando se esté ante una retransmisión interna de la Junta General, es

decir, una retransmisión accesible solamente a los accionistas. En estos casos, creemos que no es posible invocar derechos de la personalidad para impedir la grabación de sonidos e imágenes de las intervenciones de socios concretos, porque sería claramente una protección exagerada e innecesaria hablar de eventuales intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad de los oradores. Efectivamente, de acuerdo con la orientación que defendemos, no comprendemos cómo podría vulnerar los derechos de personalidad la transmisión de las declaraciones entre accionistas, siempre y cuando se garantice que esos sonidos e imágenes no serán accesibles por terceros ajenos a la Junta General. Sería lo mismo que afirmar que tales derechos podrían resultar violados en la Junta General presencial, lo que claramente sería un absurdo.

El legislador alemán comprendió finalmente que la solución legal tendría que ser distinta y, por eso, afirmó expresamente la admisibilidad de que las sociedades por acciones establezcan en sus respectivos estatutos y/o reglamentos de junta la posibilidad de retransmitir la imagen y el sonido durante la celebración de las juntas sin que los accionistas se puedan oponer a tales grabaciones. La admisibilidad de la transmisión del imagen y del sonido estaba ya consagrada antes de la alteración provocada en la AktG por la “*Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie*” (ARUG)<sup>382</sup>, de 30 de julio de 2009 que tuvo como objetivo aplicar la Directiva de los derechos de los accionistas. Así, como decíamos, ya antes de 2009 se admitía en el §118.3<sup>383</sup> AktG la transmisión de imagen y sonido. Después de dicha alteración esta admisión sigue plasmada en la AktG, ahora en el §118.4<sup>384</sup>. Véase que el legislador alemán ponderó efectivamente la utilización de los medios telemáticos en el ámbito de las juntas generales ya en el Anteproyecto de Ley de Transparencia y Publicidad adonde señalaba que “*la licitud de la retransmisión debe quedar expresamente prevista en este Proyecto, ya que hasta ahora, ante el silencio legal, predominaba la tesis de que los singulares accionistas*

---

<sup>382</sup> G. v. 30.07.2009 BGBl. I S. 2479 (Nr. 50), en vigor desde 01 de septiembre de 2009 (con excepción del art. 16).

<sup>383</sup> El precepto refería, antes de la alteración de 2009, que “*Die Satzung oder die Geschäftsordnung gemäß § 129 Abs. 1 kann bestimmen, dass die Hauptversammlung in Ton und Bild übertragen werden darf.*”

<sup>384</sup> Cfr. § 118.4 AktG: “*Die Satzung oder die Geschäftsordnung gemäß § 129 Abs. 1 kann vorsehen oder den Vorstand oder den Versammlungsleiter dazu ermächtigen vorzusehen, die Bild- und Tonübertragung der Versammlung zuzulassen*”. Y lo mismo refiere con relación a la participación en la Junta por parte de los miembros del consejo de vigilancia (cfr. § 118.3 “*ammlung teilnehmen. Die Satzung kann jedoch bestimmte Fälle vorsehen, in denen die Teilnahme von Mitgliedern des Aufsichtsrats im Wege der Bild- und Tonübertragung erfolgen darf*”).

*podían oponerse a que se grabaran sus intervenciones*”. Más adelante se podía leerse expresamente en el Anteproyecto ahora en referencia que *“con la autorización estatutaria prevista decae el derecho a oponerse a la retransmisión que se admitía hasta ahora. Los accionistas que no deseen que se retransmitan sus intervenciones siempre pueden nombrar un representante que hable en su lugar*”. La necesidad del precepto termina aclarando que *“(…) se justifica la necesidad de afirmar legalmente de forma expresa la licitud de la retransmisión*”.

Así las cosas, la cuestión precedente relativa a una posible vulneración de derechos de la personalidad de los socios intervinientes en la Junta retransmitida por medios telemáticos parece resuelta definitivamente en el ordenamiento jurídico alemán. Cumple ahora analizar si tiene sentido plantearla en el ordenamiento español. No vamos a analizar la retransmisión de la junta únicamente entre accionistas que, como referimos anteriormente, no creemos que acarree problemas jurídicos en el ámbito de los derechos de personalidad, ya que será lo mismo que la persona sea vista y escuchada presencialmente o de forma telemática. Asimismo, no vemos que sea jurídicamente ilícita la grabación de la junta con el objetivo único de facilitar la redacción de las actas. De modo que nos vamos a centrar en la licitud de la retransmisión de la Junta en abierto, a través de un sitio de Internet de acceso libre a todos los cibernautas.

El punto de partida debe ser necesariamente la Ley Orgánica 1/1982 que desarrolla los derechos constitucionales al honor a la intimidad y a la propia imagen. Señala la mencionada Ley que la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, puede ser considerada intromisión ilegítima a menos que la captación, reproducción o publicación de la imagen sea captada durante un acto público o en lugares públicos y sea relativa a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o que se trate de un acontecimiento público y la imagen de la persona – que no tiene que ser una persona conocida – aparece como accesoria.

Ciertamente, la cuestión no se relaciona con momento de la “vida íntima” de los accionistas; sin embargo, sigue la duda porque el precepto intenta proteger asimismo los momentos fuera de la llamada “vida íntima”. A la vez, las excepciones no pueden ser tenidas en cuenta, ya que ni los accionistas –salvo en casos concretos– no revisten la

condición de “personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública”, ni las juntas generales de una sociedad pueden calificarse como “acontecimientos públicos” ni tampoco deben ser los accionistas considerados personas accesorias. (Eventualmente aquellos que no intervengan en el debate, pero con relación a estos no se plantearán probablemente los problemas jurídicos que intentamos aquí apuntar.) Así el problema subsiste.

Ante la indefinición legal al respecto de la cuestión ahora en análisis, entendemos que la mejor forma de solucionarla para que las sociedades no incurran en ilegalidades innecesarias es eludir las imágenes y el sonido de los accionistas que se opongan expresamente a la respectiva autorización para captarlas y no sean considerados personas meramente accesorias. Digamos que el silencio de los socios equivaldrá a su aceptación en retransmitir su imagen y voz. Mientras el consentimiento podrá ser tácito o expreso la oposición deberá ser expresa. Así, se agiliza y simplifica el proceso de autorización de los socios sin se molestaren los derechos de los socios que, queriendo, podrán impedir las dichas grabaciones o transmisiones.

Efectivamente lo que debe impedirse es que una persona no autorizada grave y transmita imágenes o sonidos que sean susceptibles de identificar a otras personas que, no encontrándose en ninguna de las excepciones legales previstas, no hubieran concedido su autorización<sup>385</sup>. Así las cosas, creemos que la grabación de las imágenes y el sonido de los socios, que expresamente se opongan a divulgación para un público virtual desconocido, puede acarrear problemas jurídicos de foro constitucional para las sociedades mercantiles.

De modo que la solución reside simplemente en no grabar las imágenes de los accionistas que intervengan en el debate y que tengan manifestado su oposición a tal grabación, o bien que se capten las imágenes y la voz, pero distorsionándolas de forma que no sea posible identificarlos.

La posibilidad de retransmisión de la Junta General a través de Internet deberá constar expresamente de los estatutos societarios o del reglamento de la junta. De hecho, el art. 182 TRLSC declara expresamente que la asistencia telemática exige

---

<sup>385</sup> Sobre la temática de los derechos de personalidad, pero no propiamente sobre aquella aquí en discusión, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones. El Tribunal hace frecuentemente referencia al hecho de considerar ilegítima la imagen que muestra “*los rasgos físicos que permiten la identificación*”. Cfr. STC 81/2001, de 26 de marzo de 2001, Fundamento Jurídico segundo y STC 156/2001, de 2 de julio de 2001, Fundamentos Jurídicos tercero y séptimo.

previsión estatutaria. Ahora bien, si la asistencia telemática está dependiente de previsión estatutaria entonces la retransmisión telemática también lo estará, visto que se tratan de dos caras de la misma moneda. Pese al hecho de la norma referir únicamente los estatutos, creemos que tal previsión se encontrará cumplida aunque se encuentre plasmada únicamente en reglamento de la Junta General. La previsión estatutaria (o reglamentaria, dijimos nosotros) es exigida bien para la retransmisión entre socios bien para la retransmisión para terceros. Si esta posibilidad no configura en los estatutos entonces no podrán, las sociedades anónimas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 182 TRLSC, transmitir (ni solamente para sus socios) los desarrollos de la Junta General<sup>386</sup>. Debe añadirse que la previsión estatutaria sólo debe contemplar tal posibilidad de retransmisión en abierto, en ningún caso imponerla. Además no todos los asuntos a tratar en las Juntas Generales tienen que ser de interés público, por lo que algunas pueden aconsejar su difusión en abierto y otras no.

Cuestión distinta es aquella de determinar, una vez prevista estatutariamente la posibilidad de retransmitir la junta, sobre quién recae la competencia para optar por, en una determinada junta, por la retransmisión. Y también si la transmisión deberá ser meramente interna o para el público en general. Aquí, tal competencia corresponderá al presidente de la junta o al órgano de administración en el cuadro de sus competencias organizativas.

En lo que se refiere, finalmente, a las sociedades de responsabilidad limitada, volviendo la vista al art. 183 TRLSC (antiguo art. 49.2 LSRL) se puede apreciar que el propio legislador opta por una presencia limitada de terceras personas en las juntas generales, al disponer que los socios sean solamente representados por determinadas personas, con relaciones estrechas con ellos, si bien la representación por medio de otras

---

<sup>386</sup> El Reglamento de la Junta General de Bankinter refiere en su artículo 11, párrafo 2, que “*se podrá disponer la retransmisión en directo del acto de la Junta, la grabación audiovisual de la misma, la presencia de medios de comunicación y, en general, cuantas medidas contribuyan a la difusión de la Junta General*”. En la “Guía del accionista de Iberdrola, SA”, entregado a los accionistas con ocasión de la Junta General de marzo de 2009, se puede leer que “*a los efectos de facilitar el seguimiento de la Junta General, se procederá a la video-retransmisión en tiempo real (webcast) de la misma en [www.iberdrola.com](http://www.iberdrola.com), así como a su grabación audiovisual para facilitar su seguimiento y adecuada difusión. Dicha grabación será retransmitida y estará disponible al público a través de la página web de la Sociedad por espacio de treinta (30) días desde la celebración de la Junta General*”.

personas es dejada al libre arbitrio de la voluntad de los socios que la pueden admitir ampliamente en los estatutos. Ahora bien, llegados a este punto, creemos que no es difícil admitir que también cabrá en la voluntad de los socios retransmitir las respectivas asambleas para el público en general – no tan usual, es cierto, pero legalmente admisible. De igual manera, entendemos que también aquí los socios deben tener la posibilidad, incluso ante una previsión estatutaria, de impedir la retransmisión de una determinada sesión. La mayor flexibilidad y el carácter cerrado de esta sociedad sustentan por sí mismos esta conclusión.

En definitiva, conforme a las construcciones anteriormente realizadas, y dejando un poco de lado la naturaleza pública o privada de la junta, resulta claro que somos de la opinión que los socios pueden ejercer su derecho de asistir y votar en las juntas a distancia. Resulta asimismo que la asistencia y votación engloba igualmente el derecho de formular preguntas y obtener las respectivas respuestas. Además, a nuestro entender el socio físicamente ausente pero telemáticamente presente debe ser tratado de la misma manera que los socios físicamente presentes en la sala, siempre que tal paridad de tratamiento no influya con el regular funcionamiento de la Junta General. En este sentido sigue también la ley cuando refiere que los socios que asisten a distancia deben ser contabilizados en el quórum y al permitir que los estatutos regulen la asistencia telemática a la junta (cfr., arts. 189.3 y 182 TRLSC arts. 105.5 y 97.5 LSA). Pero, como se apunta, se trata de una materia que se encuentra bajo la decisión de los estatutos y reglamentos de Junta General de las sociedades y nada obsta a que solamente sea permitida una participación pasiva, es decir, que solo se transmita la celebración de la junta pero no se conceda la posibilidad de que los socios intervengan.

Después de las consideraciones anteriores, nos quedamos en condiciones de determinar los respectivos límites y permisiones del régimen jurídico español respecto de la utilización de las nuevas tecnologías en el seno de la celebración de las juntas generales de las sociedades de capital.

Verificamos, antes que nada, que, en sede de Junta General, el ordenamiento jurídico solamente hace referencia expresa a la utilización de los dichos medios electrónicos por las sociedades anónimas. Queda así de fuera una referencia expresa a

respectiva utilización por las sociedades de responsabilidad limitada que, como ya tuvimos oportunidad de criticar, no es de todo comprensible.

Constatamos igualmente que cualquier utilización de los medios telemáticos depende de consagración estatutaria. El legislador no impone la utilización es estos medios sino la permite. Las sociedades que reunieren las condiciones y tuvieren la voluntad de integraren las nuevas tecnologías en su funcionamiento deberán, así, hacerlo constar de los respectivos estatutos.

Se trata de una materia que recoge regulación sobre todos en dos normas del TRLSC: el art. 182 y el art. 189.2 y 3. Del análisis a primera norma concluimos que las sociedades anónimas pueden establecer en los respectivos estatutos la posibilidad de sus accionistas asistieren a las juntas por medios telemáticos. Conjugando el art. 182 con el art. 189.2, concluimos asimismo que en las sociedades anónimas los socios podrán votar a distancia sin representante, lo que implica que el voto puede ser emitido en directo por el socio mientras asiste telemáticamente al desarrollo de los trabajos. Verificamos igualmente que el socio podrá asimismo emitir su voto a distancia con antelación a fecha de la reunión, no obstante después asistir en directo a la celebración de la reunión. Apuntamos también que los socios que emiten su voto a distancia serán contabilizados a los efectos del quórum.

Con todo lo dicho, podemos afirmar que a las sociedades anónimas la ley admite expresamente:

- 1) mera asistencia telemática de los socios a la celebración de las reuniones de las juntas generales permitiendo un conocimiento directo del curso de la sesión de la Junta (las eventuales preguntas<sup>387</sup> de los socios y la emisión del voto no se podrán hacer en directo, sino en un momento anterior o mediante la delegación de estos derechos en un representante<sup>388</sup>);
- 2) asistencia telemática permitiendo la participación activa de los socios (formulando preguntas e interviniendo en el debate, pero no admitiendo el ejercicio del voto)

---

<sup>387</sup> Sobre el derecho de información a los socios antes y durante la celebración de la junta y en la propia junta *vd.* capítulo V, título I, punto 2, del presente estudio.

<sup>388</sup> Cuando el socio delega sus derechos en un representante la asistencia telemática que permita el ejercicio del derecho de voto equivaldrá a revocación de la delegación. Adelante, volveremos a esta temática.



- 3) asistencia telemática permitiendo el ejercicio del derecho de voto sin, con todo, admitir la intervención directa en el debate;
- 4) asistencia telemática total, permitiendo la intervención en el debate y el ejercicio del derecho de voto.

Así las cosas, no obstante la consagración legal, en el art. 97 TRLSC, de la igualdad de los socios, no parece contrario a la Ley que no sean atribuidos exactamente los mismos derechos a los socios físicamente presentes y a los socios virtual o telemáticamente presentes. En verdad, aunque entendernos que el mejor camino pasa por una equivalencia o paridad de trato en el ejercicio de los derechos entre ambos, la verdad es que no siempre las circunstancias lo permiten. En efecto, como apuntamos antes, es perfectamente natural que no todas las sociedades tengan capacidades financieras para implementar un sistema informático que permita a todos los socios el ejercicio telemático y de forma simultánea con la celebración de las juntas de todos los derechos que titula. Así, la desigualdad entre socios los socios presentes físicamente en las juntas y aquellos que están presentes de forma telemática no tiene que violar forzosamente el dicho principio de paridad de trato, puesto que la propia Ley salvaguarda que la sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas. Significa esto que, la sociedad solo podrá justificar un trato desigual relativamente a las situaciones donde no lleguen las posibilidades de las nuevas tecnologías.

Nótese que la participación más restringida de los socios que asisten a distancia por medios telemáticos y que no permite el ejercicio del derecho de voto, no permitirá que tales socios sean contabilizados en el quórum. En realidad, estos serán socios espectadores y no socios efectivamente participativos en la reunión. Precítese, sin embargo, que si tales socios delegaren su derecho de voto en un representante serán contabilizados a los efectos de quórum. De la misma manera, serán contabilizados aquellos efectos, los socios que tengan ejercido previamente su derecho a distancia.

Por lo dicho, solamente no serán contabilizados a los efectos del quórum los socios que solamente asistan a los desarrollos de las juntas y no tengan ejercido el respectivo derecho de voto por ninguna de las formas admitidas por ley.

Como tuvimos ocasión de exponer anteriormente, lamentamos la ausencia de referencias legales respecto con la posibilidad de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada utilizar las nuevas tecnologías para asistir, intervenir y votar en las sesiones de las respectivas juntas generales (ya así sucedía en el ámbito de vigencia de la LSRL y sigue sucediendo en el texto del TRLSC). Ya afirmamos que no encontramos razones plausibles para la no aplicación de los arts. 182 y 189 TRLSC a las sociedades de responsabilidad limitada. Sin embargo, como es sabido, el régimen de estas sociedades siempre fue basado en una mayor libertad dotando a las sociedades de grande autonomía de voluntad y de poderes para conformar estatutariamente las reglas que mejor se ajustasen a sus intereses y características. Por lo dicho y porque no existen normas legales que lo impidan, pensamos que también las sociedades de responsabilidad limitada podrán hacer uso de las nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales, permitiendo a sus socios la asistencia, intervención y votación telemática, desde que todo esto se encuentre debidamente fijado en los estatutos. Pese a la conclusión acabada de hacer, creemos que, en defensa de una mayor claridad y coherencia legislativas, el legislador español debería, luego que posible, extender la aplicación de los arts. 182 y 189 a las sociedades de responsabilidad limitada (como hizo relativamente a otras materias).

### **7.1.2. Ordenamientos extranjeros**

En otros ordenamientos jurídicos también se han regulado los aspectos relativos a la participación a distancia en la Junta General. Así en la legislación del estado de Delaware, en los EEUU, además de admitir claramente la participación a distancia, determina que los socios tendrán la posibilidad de escuchar – o leer – los debates<sup>389</sup>.

---

<sup>389</sup> El § 211. de la “General Corporation Law”, refiere en su punto 2 (a) y (b) “*meetings of stockholders may be held at such place, either within or without this State as may be designated by or in the manner provided in the certificate of incorporation or bylaws, or if not so designated, as determined by the board of directors. If, pursuant to this paragraph or the certificate of incorporation or the bylaws of the corporation, the board of directors is authorized to determine the place of a meeting of stockholders, the board of directors may, in its sole discretion, determine that the meeting shall not be held at any place, but may instead be held solely by means of remote communication as authorized by paragraph (a)(2) of this section*” “*if authorized by the board of directors in its sole discretion, and subject to such guidelines and procedures as the board of directors may adopt, stockholders and proxyholders not physically*

Más tarde, cuando tratemos de la posibilidad de que se celebraren juntas completamente virtuales, volveremos a la legislación del Estado de Delaware.

El legislador portugués también ha previsto la posibilidad de la participación a distancia en la Junta General al prescribir en el artículo 377, párrafo 6, alineación b), del *Código das Sociedades Comerciais*, que las juntas generales pueden ser realizadas a través de medios telemáticos, en cuyo caso se exige que la sociedad asegure la autenticidad de las declaraciones y la seguridad de las comunicaciones<sup>390</sup>. En el ordenamiento jurídico portugués se admite, por eso, que el socio ejerza el derecho de voto con anterioridad a la fecha de celebración de la junta, mediante correo postal o correo electrónico, o que lo haga en el momento de la celebración de la junta, es decir, simultáneamente con los socios que se encuentran físicamente presentes en la reunión. Este régimen se aplica también a las sociedades de responsabilidad limitada por remisión legal, no obstante las polémicas doctrinales al respecto. También aquí los socios que participan virtualmente son considerados presentes a los efectos del quórum. En este ámbito, creemos posible plantear algunos problemas jurídicos que abordaremos más adelante.

La situación francesa es muy semejante a la portuguesa. En verdad, en las sociedades anónimas francesas es admisible la participación telemática de forma plena en la Junta General de las sociedades mercantiles de capital. El voto puede ser ejercido tanto a través de los medios telemáticos simultáneamente a la celebración de la junta como con anterioridad a esta a través de correo postal o electrónico. Así, el legislador francés admite claramente la participación telemática de los socios en las sociedades de

---

*present at a meeting of stockholders may, by means of remote communication: a. Participate in a meeting of stockholders; and b. Be deemed present in person and vote at a meeting of stockholders, whether such meeting is to be held at a designated place or solely by means of remote communication, provided that (i) the corporation shall implement reasonable measures to verify that each person deemed present and permitted to vote at the meeting by means of remote communication is a stockholder or proxyholder, (ii) the corporation shall implement reasonable measures to provide such stockholders and proxyholders a reasonable opportunity to participate in the meeting and to vote on matters submitted to the stockholders, including an opportunity to read or hear the proceedings of the meeting substantially concurrently with such proceedings, and (iii) if any stockholder or proxyholder votes or takes other action at the meeting by means of remote communication, a record of such vote or other action shall be maintained by the corporation”.*

<sup>390</sup> Cfr. Artículo 377, párrafo 6, alineación b), del *Código das Sociedades Comerciais*, que refiere que las juntas generales podrán celebrarse, además de en los locales habituales, “*salvo disposição em contrário no contrato de sociedade, através de meios telemáticos, devendo a sociedade assegurar a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações, procedendo ao registo do seu conteúdo e dos respectivos intervenientes*”.

responsabilidad limitada, al referir claramente, en el artículo L.223-27 del *Code de Commerce*, modificado por el artículo 56 de la *Loi n.º 2008-776*, de 4 de agosto, que los socios que participan en la junta mediante videoconferencia u otros medios de telecomunicación que admiten su identificación son calculados a los efectos del quórum. La misma norma prevé que los estatutos estipulen un derecho de oposición, a un grupo de socios, a la utilización de estos medios en la celebración de las juntas para una deliberación determinada<sup>391</sup>. El art. R.223-20-1 del *Code de Commerce* creado por el art. 2 del Décret n.º 2009-234, de 25 de febrero de 2009, estipula que la aplicación del aludido art. L.223-27 depende de la garantía de la identificación y de la participación efectiva de los socios en las juntas generales. Además, menciona este art. R.223-20-1 que los medios de videoconferencia o telecomunicación utilizados deberán transmitir al menos la voz de los participantes y deberán cumplir con las características técnicas que permitan la retransmisión continua y simultánea de las deliberaciones. Nótese que estas exigencias van en el encuentro de la promoción de la igualdad de tratamiento entre los socios que asisten telemáticamente a las reuniones y aquellos que los hacen de forma presencial. Véase igualmente que la misma norma impone a las sociedades que permiten a sus socios votar por medios electrónicos la creación de una página web exclusivamente dedicada a tales efectos. El acceso a la dicha página depende de la atribución previa de un código que identificará los socios y permitirá la respectiva emisión del voto y la participación en el debate. Así las cosas, los socios interesados deberán solicitar a la sociedad el envío del código de acceso antes de la fecha de celebración de la junta<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> El art. L.223-27 del *Code de Commerce* refiere que “*hors les cas où l'assemblée délibère sur les opérations mentionnées aux articles L. 232-1 et L. 233-16 et lorsque les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les associés qui participent à l'assemblée par vidéoconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. Les statuts peuvent prévoir un droit d'opposition à l'utilisation de ces moyens au profit d'un nombre déterminé d'associés et pour une délibération déterminée*”.

<sup>392</sup> Cfr. Art. R.223-20-1, del *Code de Commerce*, que apunta que “*afin de garantir, en vue de l'application du troisième alinéa de l'article L. 223-27, l'identification et la participation effective à l'assemblée des associés y participant par des moyens de visioconférence ou de télécommunication, ces moyens transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations. Les sociétés dont les statuts permettent aux associés de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication aménagent un site exclusivement consacré à cette fin. Les associés ne peuvent accéder à ce site qu'après s'être identifiés au moyen d'un code fourni préalablement à la tenue de l'assemblée. Les associés ne peuvent participer aux débats par conférence téléphonique et exercer leurs droits de vote qu'après s'être identifiés au moyen d'un code fourni préalablement à la tenue de l'assemblée*”.

Y en lo que se refiere a las sociedades anónimas, el mismo *Code de Commerce* determina que los accionistas pueden votar por correspondencia y, en su caso, serán contabilizados en el quórum deliberativo. Asimismo, serán tenidos como presentes los socios que participen de forma telemática en las reuniones, si los estatutos así lo estipularen<sup>393</sup>. El formulario de voto por correspondencia deberá permitir a los socios que expresen su voluntad relativamente a cada una de las propuestas en debate<sup>394</sup>. Así, el formulario deberán facilitar a los socios que voten positivamente, negativamente e incluso que se abstengan. La abstención del socio será contabilizada como voto negativo a la propuesta. Esta información deberá constar claramente del formulario.

El legislador francés previó, en el R.225-79, del *Code de Commerce*, modificado por el *Décret* n.º 2010-684 de 23 de junio de 2010, igualmente la posibilidad del instrumento de representación se traducir en un documento electrónico desde que firmado con firma reconocida<sup>395</sup>.

---

<sup>393</sup> Cfr. Art. L225-107, del *Code de Commerce*, con las alteraciones introducidas por el artículo 115 de la *Loi 2001-420*, de 15 de mayo, que refiere que “*tout actionnaire peut voter par correspondance, au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Les dispositions contraires des statuts sont réputées non écrites. Pour le calcul du quorum, il n'est tenu compte que des formulaires qui ont été reçus par la société avant la réunion de l'assemblée, dans les conditions de délais fixées par décret en Conseil d'Etat. Les formulaires ne donnant aucun sens de vote ou exprimant une abstention sont considérés comme des votes négatifs. II. Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat*”.

<sup>394</sup> Cfr. Art. R.225-76, del *Code de Commerce*, “*Le formulaire de vote par correspondance permet un vote sur chacune des résolutions, dans l'ordre de leur présentation à l'assemblée ; il offre à l'actionnaire la possibilité d'exprimer sur chaque résolution un vote favorable ou défavorable à son adoption ou sa volonté de s'abstenir de voter. Il informe l'actionnaire de manière très apparente que toute abstention exprimée dans le formulaire ou résultant de l'absence d'indication de vote sera assimilée à un vote défavorable à l'adoption de la résolution. Le formulaire peut, le cas échéant, figurer sur le même document que la formule de procuration ; dans ce cas l'article R. 225-78 est applicable. Le formulaire comporte le rappel des dispositions du deuxième alinéa de l'article R. 225-77 et l'indication de la date avant laquelle, conformément aux statuts, il est reçu par la société pour qu'il en soit tenu compte ; lorsqu'il a été convenu entre la société et les intermédiaires habilités par elle que ces derniers n'accepteraient plus de transmettre à la société des formulaires de vote reçus par eux après une date antérieure à celle fixée par la société, il est fait mention de cette date. Sont annexés au formulaire : 1° Le texte des résolutions proposées accompagné d'un exposé des motifs et de l'indication de leur auteur ; 2° Une demande d'envoi des documents et renseignements mentionnés à l'article R. 225-83 et informant l'actionnaire qu'il peut demander à bénéficier des dispositions du troisième alinéa de l'article R. 225-88 ; 3° S'il s'agit de l'assemblée générale ordinaire prévue à l'article L. 225-100, l'exposé et les documents prévus à l'article R. 225-81*”. Aun sobre el formulario de voto vd. los arts. R.225-77; R.225-78; R.225-82 del *Code de Commerce*.

<sup>395</sup> Cfr. art. R.225-79, del *Code de Commerce*, alterado por el *Décret* n.º 2010-684, de 23 de junio, y que solamente se aplicará a las juntas que se realizaren después del 1 de octubre de 2010, que refiere que “*la procuration donnée par un actionnaire pour se faire représenter à une assemblée est signée par celui-ci, le cas échéant par un procédé de signature électronique, et indique ses nom, prénom usuel et domicile. Elle peut désigner nommément un mandataire, qui n'a pas la faculté de se substituer une autre personne.*”

En el ordenamiento jurídico alemán el legislador ha intervenido con el objetivo de conciliar los derechos de los socios con los intereses de las sociedades<sup>396</sup>. La preocupación general en torno al derecho de los socios a participar a distancia en las juntas generales de sociedades mercantiles de capital que se deja sentir en los demás países integra asimismo las inquietudes del legislador y de la doctrina alemanes.

Sobre la admisibilidad de la celebración de juntas generales con el auxilio del internet la doctrina se divide. Así, mientras DIRK ZETZSCHE<sup>397</sup> afirma que el ordenamiento jurídico alemán admite la completa virtualidad de las juntas generales, KARSTEN SCHMIDT<sup>398</sup> entiende precisamente lo contrario y MARIO HÜTHER<sup>399</sup> presenta una posición intermedia. Creemos que la problemática doctrinal se disolvió con la reforma de 2009 llevada a cabo por la ARUG. De hecho, mientras antes de la reforma se desprendía de la lectura directa del §118.1 *AktG* que el ejercicio de los derechos de los socios solamente sería posible en el contexto de la Junta General con la presencia física de los mismos o de sus representantes (lo que impediría la junta virtual) ahora, después

---

*Pour l'application du premier alinéa, la signature électronique prend la forme soit d'une signature électronique sécurisée au sens du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, soit, si les statuts le prévoient, d'un autre procédé répondant aux conditions définies à la première phrase du second alinéa de l'article 1316-4 du code civil. Le mandat est donné pour une seule assemblée. Il peut cependant être donné pour deux assemblées, l'une ordinaire, l'autre extraordinaire, tenues le même jour ou dans un délai de quinze jours. Le mandat donné pour une assemblée vaut pour les assemblées successives convoquées avec le même ordre du jour. Il est révocable dans les mêmes formes que celles requises pour la désignation du mandataire. Les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé permettent la notification de la désignation et de la révocation du mandataire par voie électronique".*

<sup>396</sup> En los últimos años el legislador alemán ha intervenido en el ámbito del derecho de las sociedades mercantiles regularmente. Entre las modificaciones más relevantes en materia de junta general destacan , en el año 1994, la Ley sobre las pequeñas sociedades anónimas y sobre la desregulación del Derecho de las sociedades anónimas (*Gesetz für Klein Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts*), en 1998, la Ley de control y transparencia (*KonTraG*), en 2002, la Ley sobre transparencia y publicidad (*TransPug*), en 2005, la Ley para la integridad de la empresa y para la modernización del derecho de impugnación (*UMAG*). Asimismo, destaca, en 2008, el Código Alemán de Gobierno Corporativo.

<sup>397</sup> Cfr. ZETZSCHE, Dirk A., «Die virtuelle Hauptversammlung», *BKR – Bank-und Kapitalmarktrecht*, 18, 2003, págs. 736-742.

<sup>398</sup> SCHMIDT, Karsten, «La junta general en la Ley alemana de sociedades anónimas y en la reforma del Derecho de sociedades anónimas», *Derecho de Sociedades anónimas Cotizadas*, 10º aniversario de la Revista de Sociedades, Aranzadi, 2005, páginas 27-64, aquí página 60.

<sup>399</sup> HÜTHER, Mario, *Aktionärsbeteiligung und Internet: Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme Korporativer Willensbildung im Zeitalter neuer Medien*, Köln, 2002, (Zugl. Diss. Univ. Göttingen 2002) página 308.

de dicha reforma que añadió el último párrafo al §118.1, queda claro que la presencia de los socios puede ser concretizada con la ayuda de los medios electrónicos<sup>400</sup>.

Todos los autores arriba mencionados estaban, desde antes de la reforma, de acuerdo en que las juntas generales se podrían, y siguen ahora pudiendo, celebrarse simultáneamente en diferentes salas. Sin embargo, mientras KARSTEN SCHMIDT entendía que las salas debían ser mismo contiguas, es decir, no se podrían situar en localidades distintas, impidiendo, por lo tanto, que los socios participen en las juntas generales desde salas ubicadas en otras localidades, ZETZSCHE y HÜTHER creen que no habría por qué restringirse a una misma localidad y salas contiguas. En efecto, ZETZSCHE consideraba incluso posible la realización de juntas generales completamente virtuales, es decir, sin necesidad de que se celebre desde un local físico. HÜTHER seguía el mismo raciocinio precisando que solamente la transmisión bidireccional cumplía los requisitos exigidos en la *AktG*, es decir, solo admitía la participación telemática cuando todos los participantes, física y telemáticamente presentes, se pudiesen escuchar y ver entre sí. Como ya avanzamos, las eventuales dudas doctrinales se disiparon con la nueva redacción de 2009 del §118 que clarifica la posibilidad de los socios participaren telemáticamente en las juntas e de votaren a distancia.

La reforma de la *AktG* por la ARUG que tuvo por principal objetivo incorporar en el régimen alemán la Directiva 2007/36/CE de los derechos de los accionistas aprovechó para armonizar la *AktG* con las sugerencias del Código Alemán de Gobierno Corporativo que recomienda, además, en sus puntos 2.3.3 y 2.3.4, que las sociedades anónimas deberán facilitar a los accionistas el ejercicio de sus derechos, en particular en lo que se refiere a la representación del derecho de voto, indicando que en tal caso el representante deberá estar localizable también durante la celebración de la Junta General. Además recomienda claramente la utilización de los medios electrónicos al referir que la compañía debería posibilitar a los accionistas el seguimiento de la Junta General a través de medios de comunicación modernos (por ejemplo Internet).

---

<sup>400</sup> El §118.1 decía, antes de la reforma que “*Die Aktionäre üben ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der Hauptversammlung aus, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt*”. Ahora fue añadido el último párrafo que admite claramente la participación telemática de los socios en sede de junta general, al referir que “*Die Aktionäre üben ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der Hauptversammlung aus, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die Satzung kann vorsehen oder den Vorstand dazu ermächtigen vorzusehen, dass die Aktionäre an der Hauptversammlung auch ohne Anwesenheit an deren Ort und ohne einen Bevollmächtigten teilnehmen und sämtliche oder einzelne ihrer Rechte ganz oder teilweise im Wege elektronischer Kommunikation ausüben können*”.

Concluimos pues que actualmente y tras la reforma de 2009, el régimen jurídico alemán admite la participación telemática plena de los socios en las juntas generales de las sociedades anónimas. A su vez, en el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada impera el silencio legal. Sin embargo, del §48 GmbH concede a los socios una grande libertad en la tomada de acuerdos de la sociedad diciendo simplemente que los acuerdos sociales serán tomados en reunión (con salvedad de los acuerdos tomados por escrito, previsto en el apartado 2 de la misma norma) y, por eso, pensamos que, en la medida que los respectivos estatutos lo prevean, se podrán aplicar aquí las nuevas tecnologías<sup>401</sup>. Bastará, por lo tanto, probar que la utilización de los medios electrónicos no impedirá la celebración de la sesión, sino la promoverá.

La introducción en el régimen jurídico italiano de una referencia expresa sobre la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de las sociedades comerciales es muy reciente. De hecho, tal referencia es, nada más nada menos, que la consecuencia de la adaptación del sistema jurídico italiano a Directiva 2007/36/CE. Ya hablamos aquí distintas veces de esta Directiva que versa sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas. Vimos igualmente que el plazo de transposición a los ordenamientos internos cesó ya en 2009. Italia, a semejanza con lo sucedido en otros países, no cumplió el plazo, pero en enero de 2010 publicó el Decreto Legislativo 27.01.2010, n.º 27, publicado en el journal oficial el 5 de marzo de 2010 que modificó significativamente el art. 2370 del *Codice Civile* que versa sobre la convocatoria<sup>402</sup>. Tratase de un cambio que van a permitir, ahora de forma expresa, la utilización de los

---

<sup>401</sup> Cfr. §47 GmgH que refiere que “*Die Beschlüsse der Gesellschafter werden in Versammlungen gefaßt*”.

<sup>402</sup> Cfr. art. 2370 del *Codice Civile*, intitulado “*Diritto d'intervento all'assemblea ed esercizio del voto*”, que refiere que “*possono intervenire all'assemblea coloro ai quali spetta il diritto di voto. Lo statuto delle società le cui azioni non sono ammesse alla gestione accentrata, può richiedere il preventivo deposito delle azioni presso la sede sociale o presso le banche indicate nell'avviso di convocazione, fissando il termine entro il quale debbono essere depositate ed eventualmente prevedendo che non possano essere ritirate prima che l'assemblea abbia avuto luogo. Qualora le azioni emesse dalle società indicate al primo periodo siano diffuse fra il pubblico in misura rilevante il termine non può essere superiore a due giorni non festivi. Se le azioni sono nominative, le società di cui al secondo comma provvedono all'iscrizione nel libro dei soci di coloro che hanno partecipato all'assemblea o che hanno effettuato il deposito. Lo statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Chi esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all'assemblea. Resta fermo quanto previsto dalle leggi speciali in materia di legittimazione all'intervento e all'esercizio del diritto di voto nell'assemblea nonché in materia di aggiornamento del libro soci nelle società con azioni ammesse alla gestione accentrata*”.



medios electrónicos en la participación de los socios en la Junta General. Ahora, se permite claramente que los socios asistan, intervengan y voten en las juntas generales con el auxilio de los medios electrónicos. Una vez más, el legislador aclaró esta materia disipando eventuales dudas que coexistan ante la ausencia de normas reguladoras.

## **7.2. Juntas exclusivamente virtuales**

Hasta ahora en todas las hipótesis avanzadas para la participación a distancia en las juntas generales hemos partido siempre de la existencia de un local físico donde se encontrasen, al menos, los elementos de la mesa de la presidencia. Debemos ahora considerar la eventual admisibilidad de las juntas completamente virtuales, es decir, aquellas juntas en las cuáles no existe en absoluto reunión o presencia física de parte de los socios y de la mesa presidencial. Las juntas virtuales, también llamadas de ciberjuntas<sup>403</sup>, son una reunión de socios totalmente desarrollada en el espacio virtual, a través de un medio de comunicación que admita la comunicación simultánea y bidireccional entre todos los intervinientes.

Técnicamente es perfectamente posible la existencia de una reunión exclusivamente virtual, ya que es posible interconectar a varias personas que se encuentran físicamente en lugares distintos siempre que tengan conexión a la Red. El estado de la técnica admite efectivamente que todos los que quieran participar en una ciberjunta tengan la posibilidad de oírse y verse a un mismo tiempo, e incluso de compartir electrónicamente documentos entre sí.

Así las cosas, siendo que la junta virtual es técnicamente posible, es necesario preguntarse a continuación si la junta virtual será legalmente admisible.

La respuesta a la cuestión ahora planteada depende del ordenamiento jurídico en análisis. Mientras, hace poco tiempo, en cuasi todos los ordenamientos jurídicos de los países europeos se verificaban inúmeros obstáculos a admisibilidad de las juntas completamente virtuales, el escenario fue cambiando y, al presente, es posible afirmarnos, al menos en los regímenes que aquí tenemos dado cuenta, que la

---

<sup>403</sup> En este sentido cfr. NOACK, NOACK, Ulrich, «Online-Hauptversammlung – Stand der Dinge und wichtige Reformvorschläge, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftrecht*, 2001, página 1057 y siguientes, en particular 1058.

celebración de las sesiones de juntas se puede hacer de forma completamente virtual sin la necesidad de se fijar un lugar físico ni de se cumplir la presencia física de alguna persona. De hecho, esta modalidad de celebración de juntas se queda, actualmente disponible, entre otros, en los ordenamientos jurídicos norteamericanos, canadiense, portugués, francés e italiano y, más recientemente, alemán y español.

El Estado del Delaware, así como la mayoría de los Estados Americanos, admite claramente la celebración de juntas completamente virtuales. Así lo indica la respectiva Ley de corporaciones de dicho Estado al declarar que las juntas pueden ser celebradas solamente mediante medios electrónicos<sup>404</sup>. De acuerdo con la Ley del Estado de Delaware se puede confiar en el órgano de administración la decisión sobre cuál es el local para la celebración de la junta. A su caso, el órgano de administración adquiere competencia y capacidad para decidir si la Junta General se celebrará con auxilio de las nuevas tecnologías e incluso si prescinde de un local físico para celebrarse entonces de forma puramente virtual. Naturalmente, siempre que los medios telemáticos intervengan en la celebración de la junta deberá la sociedad implementar las medidas necesarias para permitir a sus socios la efectiva posibilidad de participar completamente en las mismas<sup>405</sup>.

A su vez, el ordenamiento jurídico canadiense es asimismo bastante flexible y admite igualmente la celebración puramente telemática de las juntas generales. En efecto, refiere la respectiva Ley que los estatutos pueden prever que los administradores o los accionistas opten por la celebración de la junta completamente vehiculada por *“means of telephonic, electronic or other communication facility that permits all participants to communicate with each other during the meeting”*<sup>406</sup>.

La admisibilidad de la realización de juntas generales completamente virtuales en el ordenamiento jurídico portugués es más reciente y menos evidente en comparación con los dos ordenamientos norteamericanos referidos. Efectivamente, con la intervención legislativa de 2006, el legislador portugués admitió claramente, en el

---

<sup>404</sup> El § 211. de la “General Corporation Law” del Delaware refiere: *“meetings of stockholders may be held at such place, (...) but may instead be held solely by means of remote communication as authorized by paragraph (a)(2) of this section”*.

<sup>405</sup> Cfr. §211 de la “General Corporation Law” del Delaware.

<sup>406</sup> Cfr. S. 132 (5) *Canada Business Corporations Act*.

artículo 377, párrafo 6, alínea b) del *Código das Sociedades Comerciais*, que las juntas generales de las sociedades anónimas tengan lugar con auxilio de medios telemáticos. Repárese que la técnica legislativa utilizada pretende promover la utilización de las nuevas tecnologías al obligar los estatutos a expresamente rechazar la posibilidad de las juntas generales se celebraren con auxilio de los medios telemáticos. Siempre que los estatutos no apartan tal posibilidad, mismo que la no consagren, ella será admitida (contrariamente al que sucede en España).

Los únicos requisitos legales para la utilización de las nuevas tecnologías en éste contexto se resumen en la natural necesidad de garantizar la autenticidad de las declaraciones y la seguridad de las comunicaciones. Añade el precepto legal la necesidad de proceder al registro del contenido de las intervenciones y de los respectivos intervinientes. Es, pues, claro que el legislador portugués admitió la intervención de los socios en los debates deliberativos de las juntas generales mediante el uso de medios electrónicos. Asimismo no impide la ley portuguesa que las juntas sean completamente virtuales.

Sin embargo, el legislador portugués no fue coherente con ello propio al no prever expresamente el ejercicio del derecho de voto de forma telemática, en directo con la celebración de las juntas generales. Como resulta de todo lo anteriormente dicho uno de los más importantes –si no el más importante– derechos de los socios es el de voto. El ejercicio de tal derecho, en el régimen portugués, se encuentra especificado en la ley y, relativamente a las sociedades anónimas, admite su emisión a distancia. Ahora bien, la ley portuguesa asume, efectivamente, la admisibilidad del voto a distancia, como mejor veremos en el próximo punto, pero de su reglamentación parece que debe ser emitido con anterioridad a la celebración de la junta. O sea, no obstante declarar expresamente que los socios podrán participar telemáticamente en los desarrollos de la Junta General solamente reglamentó el ejercicio del voto a distancia cuando emitido con antelación a fecha de realización de la Junta General (es decir el voto por correspondencia –postal o electrónica– que es efectivamente una de las modalidades del voto a distancia pero no la única) y fue omiso cuanto a posibilidad de los socios ejercieren su voto durante la transmisión de la sesión.

Es preciso anticipar un poco la materia del ejercicio del voto a distancia -que veremos en profundidad en el epígrafe siguiente- para poder comprender el

razonamiento que necesitamos para afirmar que el ordenamiento jurídico portugués admite actualmente la existencia de juntas puramente virtuales. En efecto, si no demostramos que el ejercicio del voto es admisible a distancia y en directo con la celebración de la junta, difícilmente podremos admitir la realización de juntas puramente virtuales, o sólo podremos admitirlo siempre que los votos sean ejercidos con antelación a la fecha de la realización de la junta, lo que no es ni deseable ni el *modus operandi* previsible en las juntas generales virtuales. El objetivo de una reunión realizada totalmente en el ciberespacio es claramente el de permitir que los socios reunidos a través de los medios tecnológicos puedan debatir los asuntos insertos en el orden del día y, posteriormente, votarlos, sin necesidad de desplazarse a un local físico. Pese a entender que el legislador portugués no pensó en la posibilidad de que los socios votaren en directo (y por eso a distancia) durante la celebración de la junta, a nuestro juicio tal situación podría estar implícita en la Ley portuguesa. En verdad, la concreta y específica regulación del ejercicio a distancia del derecho de voto es remitida por la Ley a lo que prevean al efecto los estatutos de cada sociedad, refiriendo al efecto el artículo 384, párrafo 9 del *Código das Sociedades Comerciais* que los estatutos deben establecer el modo de verificar la autenticidad del voto y asegurar, hasta el momento de la votación, la respectiva confidencialidad. Así, entendemos que siempre que estas exigencias se cumplan el voto puede ser emitido a distancia en cualquier momento e incluso en directo durante la celebración de la Junta General. Naturalmente que la seguridad es requisito básico para la utilización de las nuevas tecnologías, por lo que resulta fundamental asegurar la confidencialidad del voto hasta el momento de la votación, ya que todos los votos serán emitidos en el momento de votación durante la ciberjunta<sup>407</sup>.

De las afirmaciones precedentes podemos entonces concluir que el legislador portugués admite el ejercicio del derecho de voto a distancia mediante la utilización de medios electrónicos, bien en un momento anterior al de la sesión bien durante la celebración de esta. Admitimos otrosí que la Ley no impide que las juntas sean completamente virtuales ni exige que se celebren en un local físico. Así, concluimos

---

<sup>407</sup> Otro problema que se podrá dar en éste ámbito, relacionado con el tratamiento a aplicar a los votos emitidos con relación a propuestas presentadas después de la emisión del voto, será solucionado en el punto siguiente. Una vez que, existiendo una junta general completamente virtual no se presenten nuevas propuestas después de la emisión de todos los votos – partiendo del presupuesto que todos los socios están presentes (o representados) telemáticamente– no vamos adelantar el análisis de ésta problemática

que es posible que la Junta General de una sociedad anónima portuguesa se celebre completamente en el ciberespacio.

Aplicamos el raciocinio arriba estructurado a las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada portuguesa. Sin embargo, tal afirmación no es ciertamente exenta de críticas. Y no lo es porque, una vez más, el legislador no se ha pronunciado sobre la aplicación de las nuevas tecnologías a celebración de las Junta Generales de las sociedades de responsabilidad limitada. Aún así, pensamos que no cometemos error, si defendernos la aplicación del art. 377.5 del *Código das Sociedades Comerciais* a las sociedades de responsabilidad limitada. En efecto, por ocasión de la remisión legal del art. 248.1, del mismo Código, a las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada se aplicará lo establecido para las juntas generales de las sociedades anónimas, con salvedad de las temáticas específicamente reguladas para aquellas. Confirmándose que el legislador no consagró específicamente la materia de la aplicación de las nuevas tecnologías al funcionamiento de las sociedades de responsabilidad limitada, pensamos que otra cosa no se podrá concluir que el art. 377.5 se aplicará, por remisión, a celebración de las juntas de las limitadas permitiéndose así que estas se celebren de forma completamente virtual.

El sistema jurídico francés admite también, a nuestro juicio, la realización de juntas generales completamente virtuales. Efectivamente, aunque no lo diga expresamente, la verdad es que no resulta de la ley ningún impedimento. Con relación a las sociedades anónimas prevé el *Code de Commerce* la posibilidad de que los socios puedan votar a distancia<sup>408</sup>. En una primera lectura parece que el legislador entendió el voto a distancia como voto por correspondencia, postal o electrónica, y, por eso, prevé que solamente sean contabilizados para el quórum los votos que sean recibidos con una determinada antelación en relación a la fecha de la junta<sup>409</sup>. Sin embargo, a continuación

---

<sup>408</sup> En extenso véase ABALLÉA, Thierry, COHEN-SALMON, Serge, «Le vote électronique dans les sociétés commerciales: vers une internationalization du rôle des organes de décisions (réflexions à partir des Lois NRE et signature électronique)», en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 3, 2003, págs. 285 a 295.

<sup>409</sup> Cfr. Artículo L225-107, I, que establece que “*tout actionnaire peut voter par correspondance, au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Les dispositions contraires des statuts sont réputées non écrites. Pour le calcul du quorum, il n'est tenu compte que des formulaires qui ont été reçus par la société avant la réunion de l'assemblée, dans les conditions de délais*”

admite que los estatutos determinen que sean contabilizados asimismo aquellos socios que, no obstante no tengan emitido su voto a distancia con la referida antelación, participen en la Junta General a través de los medios telemáticos<sup>410</sup>. Por lo tanto, tenemos el primer obstáculo para la realización de juntas virtuales resuelto. Otro óbice legal que podría impedir la realización de tales juntas es cuando la ley define un lugar físico para la celebración de la junta. En verdad, refiere la ley francesa que las juntas generales deben ser celebradas en el local del domicilio social o en otro dentro del mismo distrito, salvo que los estatutos dispongan otra cosa<sup>411</sup>. Parece claro que, al dejar libertad estatutaria, el legislador francés no estaba pensando en la posibilidad de celebrar juntas virtuales, sino únicamente en la posibilidad de que las juntas generales pudieran celebrarse fuera del distrito del domicilio social. Sin embargo, la amplia libertad estatutaria concedida puede servir, a nuestro juicio, para admitir que las juntas se realicen en el ciberespacio ya que no impone que se reúnan en un determinado local físico ni en un determinado espacio geográficamente localizable. Con relación a las sociedades de responsabilidad limitada francesas, también la ley admite la realización de las juntas completamente virtuales. Efectivamente, si los estatutos lo prevén, se pueden considerar presentes a los efectos del quórum deliberativo los socios que participan telemáticamente en las juntas, siendo en requisito único para tal participación que el medio utilizado asegure la identificación del socio que así participa.

Al igual que las sociedades anónimas, también las sociedades de responsabilidad limitada francesas pueden celebrar sus reuniones de Junta General con auxilio de los medios telemáticos. El legislador francés inclusivamente consagró esta posibilidad en la ley. De hecho, apunta el art. L.223-27, del *Code de Commerce*, que los estatutos pueden considerar presentes a los efectos del quórum aquellos socios que participan en la sesión a través de videoconferencia o de otros medios de telecomunicación que permitan la

---

*fixées par décret en Conseil d'Etat. Les formulaires ne donnant aucun sens de vote ou exprimant une abstention sont considérés comme des votes négatifs*".

<sup>410</sup> Cfr. Artículo L225-107, II, del *Code de Commerce*, que estipula que "si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat".

<sup>411</sup> Cfr. Artículo L225-103, del *Code de Commerce*, que refiere, en su punto V, que "sauf clause contraire des statuts, les assemblées d'actionnaires sont réunies au siège social ou en tout autre lieu du même département".

identificación del socio “telemático”<sup>412</sup>. El legislador no hace referencia a las juntas completamente virtuales, pero de la ley no se retiran obstáculos a su realización y, por eso, entendemos que serán admisibles también para estas sociedades<sup>413</sup>.

Las consideraciones precedentes sirven también a la hora de analizar la situación jurídica italiana. En efecto, prevé el artículo 2370 del *Codice Civile* italiano que la participación en las juntas generales se puede realizar a través de los medios tecnológicos<sup>414</sup>; y el artículo 2363 del mismo Código concede libertad a los estatutos para fijar que el local de celebración de las juntas no esté necesariamente dentro del municipio del domicilio social<sup>415</sup>. Ante lo expuesto anteriormente y a la vista del contenido de los artículos ahora citados, somos de la opinión de que el régimen italiano no cierra la puerta a la celebración de juntas virtuales en el ámbito de las sociedades anónimas y también en el de las sociedades de responsabilidad limitada<sup>416</sup>. La utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de las sociedades mercantiles es una temática discutida desde hace tiempo en Italia. El Tribunal de Milano admitió, en el año de 1997, la posibilidad de que los miembros del órgano de administración se pudieran reunir y adoptar acuerdos a través de videoconferencia. Aunque centrado en el órgano de administración y no en la Junta General, es importante realzar que en esta sentencia el Tribunal declaró que la utilización de la videoconferencia garantiza la identificación

---

<sup>412</sup> Cfr. Artículo L223-27 del *Code de Commerce* que menciona que “*lorsque les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les associés qui participent à l’assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d’application sont déterminées par décret en Conseil d’Etat. Les statuts peuvent prévoir un droit d’opposition à l’utilisation de ces moyens au profit d’un nombre déterminé d’associés et pour une délibération déterminée*”.

<sup>413</sup> Nótese, sin embargo, que el legislador atribuyó a los socios un derecho de oposición a utilización de los medios electrónicos para la tomada de un determinado acuerdo. Cfr. art. L223-27 del *Code de Commerce* que menciona que “*les statuts peuvent prévoir un droit d’opposition à l’utilisation de ces moyens au profit d’un nombre déterminé d’associés et pour une délibération déterminée*”.

<sup>414</sup> Cfr. Artículo 2370, del *Codice Civile*, alterado por el decreto Legislativo 27 de enero de 2010, n.º 27, que refiere, además, que: “*lo statuto può consentire l’intervento all’assemblea mediante mezzi di telecomunicazione o l’espressione del voto per corrispondenza. Chi esprime il voto per corrispondenza si considera intervenuto all’assemblea*”. La doctrina italiana tiene entendido que la participación por medios de telecomunicación incluye la expresión del voto. Así, TURELLI, Silvia, «Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie», *Rivista delle Società*, anno 49, 2004, fascicolo 1.º, gennaio-febbraio 2004, páginas 11 a 158.

<sup>415</sup> Cfr. Artículo 2363. del *Codice Civile* que menciona que “*l’assemblea è convocata nel comune dove ha sede la società, se lo statuto non dispone diversamente*”.

<sup>416</sup> Cfr. Artículo 2479-bis. del *Codice Civile* dispone asimismo que “*salvo diversa disposizione dell’atto costitutivo l’assemblea si riunisce presso la sede sociale*”.

de los participantes y posibilita su intervención activa en los debates lo que es lo esencial en cualquier tipo de reunión deliberativa<sup>417</sup>.

Más recientemente, también el legislador alemán eliminó los obstáculos jurídicos que impedían la admisibilidad legal de las juntas exclusivamente virtuales de las sociedades anónimas. De hecho, con la, ya aquí mencionada, reforma de 2009, introducida por la ARUG, el §118.1, el legislador consagra expresamente la posibilidad de los socios se quedaren telemáticamente presentes en la Junta General<sup>418</sup>. Además, y como también se mencionó anteriormente, tras la reforma se queda completamente válida la transmisión de la junta.

Por su parte, las sociedades de responsabilidad limitada podrán asimismo celebrar ciberjuntas, no obstante, como referimos antes, la ley no hacer referencia expresa a esta posibilidad. Entendemos, todavía, que las ciberjuntas serán admisibles desde que sigan permitiendo concretizar el concepto de reunión, exigido por el §48.1 GmgH. La realización de ciberjuntas debe tener como objetivo la concreción del derecho de asistencia de los socios y no al contrario. Como ya dejamos claro, hoy día asistir personalmente a juntas no implica asistir físicamente en un lugar asimismo físico y, por eso, es perfectamente posible y acorde con el tenor legal que los socios asistan personalmente de forma telemática al curso de las reuniones y, por eso, no encontramos aquí un obstáculo a la realización de juntas virtuales.

En España, antes de 2010 no se admitían las ciberjuntas, respecto a las sociedades anónimas, pero tras la vigencia del TRLSC el escenario cambió.

---

<sup>417</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal de Milano de 26 de junio de 1997. Sin embargo, en sentido contrario se pronunció, en el año de 2000, el Tribunal de Sassari, que consideró inválida una junta general operada a través de medios tecnológicos refiriendo que el legislador no las había previsto en esos términos y que la utilización de tales medios era completamente innecesaria, al prever la Ley el instituto de la representación para asegurar todos los derechos de los accionistas. Para más desarrollos, cfr. CABRAS, Giovanni, «L'assemblea in videoconferenza nella società di capital», *Vita Notarile*, 2001, página 579 y ZAGRA, Giovanni, «Azione di assemblea per posta elettronica e svolgimento in videoconferenza», *La Società*, 2001 y ZAGRA, Giovanni, «Convocazione di assemblea per posta elettronica e svolgimento in videoconferenza – Tribunale Sassari, 19 maggio 2000, decr. – commento di Giovanni Zagra, *La Società*, 2001.

<sup>418</sup> Antes de la reforma, las juntas generales deberían tener la presencia física de los socios (o de sus representantes) y asimismo del presidente y secretario de la junta. Cfr. SCHMIDT, Karsten, «La junta general en la Ley alemana de sociedades anónimas y en la reforma del Derecho de sociedades anónimas», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, RDS, Aranzadi, 2005, páginas 27-64, aquí páginas 58-60 y NOACK, Ulrich, «Hauptversammlung der Aktiengesellschaft und Moderne Kommunikationstechnik – Aktuelle Bestandsaufnahme und Ausblick», *NZG*, 2003, páginas 241-249.



Efectivamente, dicha Ley eliminó las barreras jurídicas que impedían una clara admisibilidad de las juntas completamente virtuales. El principal óbice a realización de las ciberjuntas de las sociedades anónimas antes del TRLSC residía en la letra del art. 109.1 LSA que era bien claro al exigir que las juntas generales se celebrasen “en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio”. Como fácilmente se percibe este comando legal no era compatible con la existencia de juntas celebradas en el espacio virtual que, pese al hecho de poder ser considerado un local – aunque virtual – no cabe en el espíritu de la norma<sup>419</sup>. Así las cosas, se tenía por asumida la exigencia del local físico y, al menos doctrinalmente, de la presencia física del presidente y secretario y, asimismo del notario, en su caso<sup>420</sup>. Curiosamente esto óbice no se verificaba relativamente a las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada, ya que su régimen admitía que los estatutos dispusiesen otro local para la celebración de la junta. Sea como sea, tratase, al momento, de una cuestión completamente superada por el TRLSC que, al introducir, en su art. 175, la posibilidad de los estatutos definieren otro lugar para celebración de la junta, no sigue exigiendo que las sesiones se celebren en el “término municipal donde la sociedad tenga su domicilio”. El legislador, unificó así el régimen de las anónimas al, ya anteriormente consagrado, de las limitadas.

La problemática se queda aun más clara si atentarnos en la redacción del 182 TRLSC que consagra expresamente la asistencia telemática de los socios a las juntas generales de las sociedades anónimas. Así las cosas, por ocasión de la supresión del obstáculo legal que exigía que las juntas de las sociedades anónimas se realizasen en un determinado espacio físico porque obligaban a que las mismas tuviesen lugar en el municipio del domicilio social se queda en la libertad estatutaria disponer sobre el lugar

---

<sup>419</sup> Vide FERNÁNDEZ DEL POZO, Luís, y VICENT CHULIÁ, Francisco, «Internet y Derecho de Sociedades. Una primera aproximación», *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, n. 237 (julio-septiembre, 2000), página 915 a 1002; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., «El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas», *RdS*, 20, 2003, pp 275 a 291.

<sup>420</sup> VAÑO VAÑO, M<sup>a</sup>. José, «Información y gobierno electrónico en las sociedades cotizada», *RDBB*, julio/septiembre, XXIII, n.º 95, 2004, págs.. 77-122. Aquí pág. 118.

Vd., por todos, AAVV, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. por Ignacio Arroyo Martínez, José Miguel Embid Irujo, Carlos Górriz López, Vol. 2, Tecnos, 2009 (en particular comentario a junta general, págs. 993-1169).

de celebración y la asistencia telemática a la junta (cfr., arts. 175 y 182 TRLSC 2010)<sup>421</sup>.

Lamentablemente, como ya reiteramos, la reforma del TRLSC no unificó, en esta sede, el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada con el de las sociedades anónimas, no extendiendo la aplicación del art. 182 aquellas. Ya comentamos todavía que esta circunstancia no deberá querer traducir una voluntad legislativa de impedir la aplicación de las nuevas tecnologías a las juntas de las sociedades de responsabilidad limitada. Además, es lo mismo LSC que prevé que, aunque en otro ámbito (el de la convocatoria), se utilicen los medios telemáticos al funcionamiento de estas sociedades. Por eso, es evidente que el legislador no pretender trabar esta realidad. Pese al silencio legal, entendemos que no se verifican impedimentos legales para que las juntas generales de las sociedades limitadas se hagan de forma completamente virtual, desde que los estatutos prevean tal circunstancia y, claro, la sociedad cumpla todas las condiciones de seguridad y que permitan una comunicación bidireccional.

Concluimos, por lo tanto, que las ciberjuntas son, actualmente y tras la reforma de la LSC, una realidad jurídicamente admisible en las sociedades anónimas y en las de responsabilidad limitada. ¿Será que esta admisibilidad no podrá permitir a las sociedades que utilicen las ciberjuntas como forma de excluir la participación de algún o algunos socios que, por cualquier motivo, no tiene(n) posibilidad de acceder a los medios telemáticos? Es claro que si la sociedad pretende con la utilización de los medios tecnológicos excluir a algunos socios de la participación en la junta, será un

---

<sup>421</sup> Mismo antes de la reforma, la generalidad de la doctrina española y alemana apuntaba como posible la junta totalmente virtual si se trataba de una junta universal, siempre que, naturalmente, se garantizase la posibilidad de que los participantes pudiesen comunicarse entre ellos de forma simultánea y bidireccional (cfr. MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, cit., pág. 205). Además la propia ley no lo impía porque, por una parte, admitía la utilización de los medios tecnológicos en el seno de las sociedades anónimas y, por otra parte, a las juntas universales no se aplicaba el art. 109 LSA que, en nuestro juicio, era, entonces, el único obstáculo a la realización de juntas generales completamente virtuales. Efectivamente, las juntas universales de las sociedades anónimas son válidas con la presencia de todos los socios y con el acuerdo de todos de celebrar la junta y los puntos del orden del día. Pues bien, si todos los socios están presentes, aunque virtualmente, y si todos están de acuerdo en deliberar a través de la utilización de los medios telemáticos entonces no hay por qué negar la posibilidad de junta virtual (cfr. ILLESCAS ORTIZ, Rafael, «El ejercicio electrónico de los derechos del socio de la sociedad anónima», en *Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde*, páginas 801-824, 2006, en particular págs. 808 y 809).

comportamiento que, a nuestro entendimiento, se encuadrará en la figura del abuso de derecho y, por eso mismo, siempre será ilegal con las correspondientes sanciones oportunas (cfr., art. 7 CC). Lo mismo puede decirse si la sociedad dispone como lugar físico para la celebración de la junta una determinada ubicación con el objetivo claro de impedir el desplazamiento de algunos socios.

Otro posible obstáculo son las juntas en las que deba asistir notario y levantar acta notarial de las mismas. Siempre que el acta de la Junta General es redactada por Notario no es posible que sea completamente virtual. Como veremos adelante, entendemos que la presencia del Notario es una presencia física teniendo en cuenta las obligaciones legales que debe cumplir. Asimismo, deben estar físicamente presentes con el Notario el Presidente de la junta y el Secretario, pues solamente así será posible que el Notario cumpla el comando legal de personarse en el lugar y asegurarse de la identidad y de los cargos del Presidente y Secretario de la junta.

Por último, algunas críticas apuntan a que la celebración de juntas completamente virtuales no es compatible con un elevado número de participantes y, por lo tanto, que no podrá ocurrir en la mayoría de las sociedades cotizadas. Creemos que, efectivamente, en el estado actual de la técnica y ante la existencia de los programas y aplicaciones informáticas actualmente desarrollados es una verdad a medias. Sin embargo, entendemos que nuestra tarea es fundamentalmente verificar la admisibilidad legal –y no tanto técnica– de la realización de juntas generales virtuales, después serán las sociedades quienes deberán, en última instancia, decidir si reúnen o no condiciones para celebrar la junta de forma exclusivamente telemática. Debemos igualmente añadir que no tenemos ilusiones y que la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de las sociedades mercantiles, aunque pueda aumentar la participación de los socios en las juntas generales, no va conducir a una participación plena en las grandes sociedades. Lo que queremos decir es que, en realidad, la utilización de estas tecnologías va a facilitar el ejercicio de los derechos de los socios interesados y eventualmente despertar el interés de otros tantos, pero no se va traducir en un aumento exponencial de participaciones en las reuniones. Puede añadirse también que entendemos que las nuevas tecnologías no deberán ser utilizadas cuando puedan provocar un efecto perverso teniendo en cuenta la naturaleza poco informatizada de los

socios. Es decir, la opción de la sociedad utilizar las nuevas tecnologías debe ser conformada con el asentimiento de los socios para no traducirse en una herramienta de exclusión de estos en la vida societaria. De ahí el fundamental papel de la determinación estatutaria de la asistencia telemática.

Nótese también que las ciberjuntas pueden revestir un papel extremadamente importante en las pequeñas y medianas empresas, sean anónimas, sean de responsabilidad limitada. Efectivamente, son estas las sociedades que, por una parte, presentan un número de socios, por ventura, más adecuado a la utilización de los medios telemáticos y, por otra parte, tienen mayor necesidad en reunieren en Junta General cuya competencia es, normalmente, más amplia que en las sociedades cotizadas.

### **7.3. Problemas jurídicos**

Veamos ahora algunos de los problemas que son normalmente apuntados en relación con la utilización de las nuevas tecnologías en las juntas generales.

Apuntamos anteriormente que la participación a distancia en las juntas generales solamente es legalmente admisible en la medida que garantice la identificación y legitimación del partícipe, una vez que no todos los socios pueden, en principio, asistir a la celebración de las juntas. También ya tuvimos oportunidad de adelantar que existen distintos medios que permiten una acreditación fiable de la identificación y legitimación de los socios que intervengan a distancia en la celebración de las juntas generales, especialmente la creación de códigos y certificados para los usuarios o la utilización de firmas electrónicas reconocidas. Como sea, el problema que se plantea reside, por una parte, en la posibilidad de que personas no legitimadas se inmiscuyan indebidamente en el desarrollo de la reunión y falseen los resultados de los acuerdos; y, por otra parte, en la posibilidad del legítimo titular de los códigos de acceso o de la firma electrónica de facilitarlos a extraños permitiéndoles que asistan en su lugar al curso de los trabajos y que incluso voten. Son dos problemas distintos pero ambos imposibles de controlar. Efectivamente, desde los inicios de Internet que son conocidos los piratas informáticos y asimismo sus respectivas hazañas y proezas que, a veces, penetran incluso en las redes

tenidas como las más seguras del mundo y, por eso, no es posible, aunque se van controlando estos ataques e intentando minimizar sus efectos, eliminarlos terminantemente. Asimismo la posibilidad de que los socios permitan acceder en su lugar a otras personas no es controlable, pudiendo eventualmente ser disminuida si se exigieren elementos identificativos privados de la persona, como es el caso de datos biométricos. Existen hoy día mecanismos informáticos que permiten la recolección de datos biométricos desde del ordenador privado y la correspondiente lectura en otro ordenador, con los interfaces apropiados. Es así admisible que se exija, por ejemplo, al socio su huella dactilar como medio de entrar en la página web que permite la participación telemática de los socios. Claramente que esta exigencia no puede garantizar absolutamente que el socio legitimado para participar en la junta no permita la asistencia de extraños pero, al menos, obligará a que el socio se encuentre presente para iniciar su sesión. Sería igualmente posible admitir un sistema que, durante la propia sesión, solicite aleatoriamente la repetición de la autenticación del usuario. Así, no solo sería imprescindible la presencia del socio para dar inicio a la sesión, sino también para mantener la conexión con el sitio web.

Los riesgos apuntados serán obviamente menores siempre que exista comunicación audiovisual bidireccional. Sin embargo, entendemos que estos riesgos no son suficientes para impedir la utilización de medios telemáticos en las juntas generales, como tampoco es imprescindible la exigencia de la presencia física que, además, tampoco garantiza la no intromisión de extraños en las juntas. Recuérdese, a propósito, que actualmente el pasaporte de entrada en la mayoría de las juntas generales con gran presencia de socios (como sucede en las sociedades anónimas cotizadas), reside en una comprobación de la tarjeta de asistencia y no (o no regularmente) en la identidad de su portador lo que, naturalmente, podría permitir la entrada de otros que no sean los verdaderos titulares de la mencionada tarjeta<sup>422</sup>. Significa esto que, en rigor, no existen sistemas infalibles y que los eventuales fallos no pueden ser impedimentos y

---

<sup>422</sup> Véase el artículo 19, párrafo 1, del Reglamento de la Junta General de Accionistas de Iberdrola que fija que “*el registro de los accionistas, presentes y representados, concurrentes se efectuará mediante sistemas de lectura óptica u otros medios técnicos similares*”. Asimismo, refiere el artículo 14, párrafo 2, del Reglamento de la Junta General de Accionista de Bankinter. En el mismo sentido, apunta el Reglamento de la Junta General de accionistas de Telefónica en su artículo 15, párrafo 3, que además de admitir que el registro de accionistas se realice mediante medios manuales prevé la utilización de sistemas de lectura óptica o de otros medios técnicos.

justificaciones para que no se implementen y experimenten mecanismos novedosos, desde que los beneficios sean sustancialmente mayores que los eventuales problemas. Por lo demás, los socios que no respeten las orientaciones de confidencialidad dictadas por la sociedad deberán ser castigados de alguna manera.

En conclusión, a pesar de ser conscientes de la existencia de los problemas ahora avanzados no entrevemos en ellos verdaderos impedimentos para la utilización de los medios telemáticos. Entendemos, además, que tales problemas de identificación no serán demasiado frecuentes en la práctica societaria mercantil.

Otro problema posible con la utilización de los medios telemáticos es una acentuación del abandono de la junta durante la sesión. Se trata de un problema que asimismo se plantea en las juntas generales convencionales y que, incluso, puede crear problemas para conservar el quórum o las mayorías necesarias para adoptar acuerdos llegado el momento del voto. En verdad, podemos deslindar aquí dos problemas distintos. Por una parte, la asistencia telemática hace más fácil las ausencias deliberadas de los socios; por otra parte es posible que, ante la existencia de problemas técnicos, los socios queden desconectados y así pierdan la oportunidad de participar y votar<sup>423</sup>. Sobre estos problemas tenemos que indicar, antes que nada, que solamente tendrán influencia cuando los socios presentes telemáticamente pueden votar en simultáneo con el curso de la junta. De hecho, como dijimos anteriormente, estos socios serán contabilizados a los efectos del quórum y mayorías y, por eso, su desconexión podrá influenciar la validez de los acuerdos sociales que, serán tenido por presentes, incluso aunque no asistan a la sesión o que simplemente asistan a algunos de sus momentos. La desconexión de los demás, es decir, de aquellos socios que tan solo asisten a los desarrollos de las juntas pero no pueden votar o que ya hubieran ejercido su derecho de voto por correspondencia postal o electrónica con antelación a fecha de la reunión, no es relevante a estos efectos por cuanto no serán contabilizados a los efectos del quórum y

---

<sup>423</sup> Al objeto de evitar la existencia de complicaciones asociadas a los eventuales problemas técnicos, el Reglamento de la Junta General de Accionistas de Telefónica fija que “*si por circunstancias técnicas o por razones de seguridad derivadas de circunstancias sobrevenidas, se produjere o practicare una interrupción de la comunicación o el fin de la misma, no podrá invocarse esta circunstancia como privación ilegítima de los derechos del accionista, ni como causa de impugnación de los acuerdos adoptados por dicha Junta*” (cfr. Artículo 17 bis, alinea g, del Reglamento).

mayorías y consecuentemente no serán considerados presentes en la junta, aunque se mantengan conectados durante toda la sesión.

En éste ámbito es igualmente importante hacer una referencia al momento de elaboración de la lista de asistentes. A propósito de las sociedades anónimas podemos referir que ésta se elabora al iniciarse la junta, ya que el art. 192 TRLSC, común para sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, indica claramente que *“antes de entrar en el orden del día se formará la lista de asistentes, expresando el carácter o representación de cada uno y el número de participaciones o de acciones propias o ajenas con que concurran”*. La exigencia legal aquí fijada de determinar el número de accionistas o socios presentes en el inicio de la junta es comprensible, ante la otra exigencia legal de respetar determinado quórum legal para que la reunión se constituya válidamente en la sociedad anónima y para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación de acuerdos en la sociedad limitada<sup>424</sup>. Es, por ello, que podemos afirmar que el problema de las ausencias –físicas y virtuales– durante la celebración de la reunión es un problema que afecta a ambos tipos societarios, pero puede representar problemas más gravosos en el seno de las sociedades anónimas. En efecto, una vez no verificado el quórum la reunión no será considerada válidamente celebrada y, por lo tanto, cualquier acuerdo será imposible.

Así las cosas, en el inicio de las juntas se deberá elaborar la lista de asistentes que corresponderá naturalmente al quórum. En la mayor parte de los reglamentos de las juntas generales que analizamos, verificamos que después de iniciada la reunión no se permitirá la entrada de más socios o admitiéndose la entrada de socios retrasados los mismos no sean contabilizados a los efectos del quórum<sup>425</sup>. Lo que pasa es que, con el

---

<sup>424</sup> Sobre la temática del quórum y de las mayorías *vd.* capítulo III, título II, puntos 6.1. y 7.5.1. a 7.5.3, respectivamente.

<sup>425</sup> Así lo estipula el artículo 19, párrafo 1, 2ª parte, del Reglamento de la Junta General de Accionistas de Iberdrola al referir que *“los accionistas y, en su caso, los representantes que accedan con retraso al lugar de celebración de la Junta General una vez que ya se hubiese cerrado la admisión de las tarjetas de asistencia y delegaciones, podrán asistir a la reunión (en la misma sala de celebración o, si se estima oportuno por la Mesa para evitar confusiones durante la Junta, en una sala contigua desde donde puedan seguirla) pero no serán incluidos en la lista de asistentes”*. Sobre el mismo asunto, indica asimismo el artículo 24 del mencionado Reglamento que *“1. Constituida la Mesa y antes de entrar en el orden del día, se formará la lista de asistentes expresando el carácter o representación de cada uno y el número de acciones, propias o ajenas con que concurran. Al final de la lista se determinará el número de accionistas presentes o representados, así como el importe del capital del que sean titulares unos y otros, especificando el que corresponde a los accionistas con derecho de voto. La lista de asistentes incluirá, como accionistas presentes, aquellos que hayan ejercitado el voto a distancia conforme a lo previsto en los Estatutos Sociales y en este Reglamento. La lista se incorporará a un soporte informático en cuya*

fin de evitar problemas relacionados con esta materia, la mayor parte de los reglamentos de las juntas generales de accionistas presentan una cláusula que fija que las ausencias de accionistas que ocurran después de constituida la Junta General no afectarán a la validez de su constitución<sup>426</sup>. Significa esto que las sociedades pretenden salvaguardar la validez de la Junta General una vez constituida, es decir, después de verificado el

---

*cubierta precintada se hará constar la oportuna diligencia de identificación firmada por el Secretario de la Junta General, con el visto bueno del Presidente. Si la reunión tuviere lugar en distintos locales de conformidad con lo previsto en este Reglamento, se consignará asimismo en la lista de asistentes el capital presente o representado en cada sala. En tal caso, los votantes a distancia se incluirán en la sala en que se encuentre la Mesa. 2. Es competencia del Secretario, que la ejerce por delegación del Presidente, la elaboración de la lista de asistentes. El Secretario contará con el auxilio de los medios y sistemas que determine el Presidente para la elaboración de la lista y, en su caso, para el cómputo de las votaciones. 3. La lista de asistentes se unirá al acta de la Junta General".* En el Reglamento de la Junta General de Accionista de Iberdrola no figura mención alguna a la posibilidad de que los socios asistan y voten telemáticamente, a pesar de que los Estatutos Sociales respectivos lo admiten en el artículo 28, párrafo 7, al mencionar que *"la asistencia remota a la Junta General por vía telemática y simultánea y la emisión del voto electrónico a distancia durante la celebración de la Junta General podrán admitirse"*. No obstante, concluye el referido artículo que la admisibilidad de la asistencia remota a la junta general depende los requisitos establecidos en el Reglamento, por lo que, al no haber en éste ninguna referencia a la participación telemática (con salvedad de la emisión del voto a distancia), deducimos que no se puede realizar.

Prácticamente con una redacción idéntica, el Reglamento de la Junta General de Accionistas de Bankinter menciona, en el artículo 14, párrafo 3, que los accionistas que lleguen con retraso a la reunión no serán contabilizados a los efectos de quórum. El Reglamento de la Junta General de Bankinter admite aún, en el artículo 20, párrafo 11, que *"el voto a distancia podrá ser también ejercitado por el accionista durante el acto de la Junta por medios telemáticos, si la Sociedad habilita un sistema que lo posibilite"*. Los accionistas que emiten sus votos a distancia son tenidos como presentes a efectos de constitución de la junta, con arreglo al estipulado en el artículo 14, párrafo 4, del Reglamento y de la propia Ley de sociedades anónimas. Ahora bien, ya que el Reglamento no hace ninguna referencia específica al momento en que los socios que asisten a junta se pueden conectar con ella para considerarse presentes, entendemos que se deberá aplicar la misma regla que se aplica a los socios físicamente presentes.

En sentido semejante, pero con algunas diferencias significativas, se pronuncia el Reglamento de la Junta General de Accionistas de Telefónica, en el artículo 15, párrafo 5, en relación con la entrada de socios después de constituida la Junta. Así, refiere dicho precepto que *"constituída válidamente la Junta General de Accionistas y al objeto de culminar la formación de la Lista de Asistentes, deberán admitirse las tarjetas de asistencia o delegaciones que se presenten con posterioridad a la constitución de la Junta y al inicio de la sesión de ésta, siempre que dicha presentación tenga lugar antes de comenzar el turno de intervención de los accionistas. Los accionistas debidamente acreditados, o sus representantes, que no hubieran presentado sus tarjetas de asistencia antes de comenzar el turno de intervención de aquéllos podrán asistir a la reunión, pero no serán incluidos en la Lista de Asistentes y no se considerarán por ello concurrentes a la Junta"*. Asimismo de forma peculiar y directamente dirigida a los socios telemáticamente presentes refiere el artículo 17 bis, alinea a), del mismo Reglamento que *"la asistencia remota de los accionistas a la Junta por medios electrónicos o telemáticos estará sujeta a las siguientes previsiones, que podrán ser completadas por el Consejo de Administración: a) La conexión al sistema de seguimiento de la Junta deberá realizarse con la antelación que se indique en la convocatoria, con relación a la hora prevista para el inicio de la reunión. Transcurrida la hora límite fijada al efecto, no se considerará presente al accionista que inicie la conexión con posterioridad"*. Estamos plenamente de acuerdo con esta medida ya que permite, por una parte, fijar la lista de asistentes al inicio de la junta y, por otra parte, prevé un tratamiento semejante entre todos los partícipes – físicos y telemáticos.

<sup>426</sup> En este sentido véanse los Reglamentos de las Juntas Generales de Accionistas de Telefónica, Bankinter y Iberdrola.



quórum, incluso ante posteriores ausencias de accionistas, la junta seguirá siendo válida durante toda la sesión<sup>427</sup>.

Otro problema que se podrá plantear con la utilización de las nuevas tecnologías es el de se pudieren dar eventualmente dobles asistencias y consecuentemente dobles votos. Se trata de un problema que tendrá que evitarse recurriendo a una jerarquía entre los distintos métodos admitidos. Así, naturalmente que se encuentra en primer lugar la presencia física del socio, que revocará otros métodos – voto por correspondencia o delegación– de participación en la junta. Más consideraciones sobre esta temática se harán a continuación cuando hablemos en concreto del voto y de la representación de los socios y de los métodos de revocarlas.

Pese a lo dicho, la verdad es que, de entre los distintos problemas que pueden afectar la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de las juntas generales de las sociedades mercantiles, figuran como los más gravosos los eventuales fallos técnicos que pueden surgir y, en consecuencia, afectar a todos cuantos participan a distancia. Es también por eso que entendemos que las sociedades solamente deben avanzar en la utilización de estos medios telemáticos cuando dispongan de sistemas informáticos que sean considerados fiables y que garanticen, dentro del estado de la técnica posible, la verificación de las condiciones necesarias para el buen desarrollo de las juntas. Lo que defendemos es que la utilización e implementación de las nuevas tecnologías solamente

---

<sup>427</sup> En cuanto a los métodos de computar los votos, no todos los reglamentos dictan las mismas reglas. Véanse, por ejemplo, el art. 35, párrafo 3, del Reglamento de la Junta General de Accionistas de Iberdrola (que dispone que “a efectos de determinar el número de acciones sobre el que se computará la mayoría necesaria para la aprobación de los distintos acuerdos, se considerarán como acciones concurrentes, presentes y representadas en la reunión, todas aquellas que figuren en la lista de asistentes deducidas: (i) las acciones cuyos titulares o representantes hayan abandonado la reunión con anterioridad a la votación de la propuesta de acuerdo o acuerdos de que se trate y hayan dejado constancia de tal abandono ante el Notario (o, en su defecto, el Secretario) o personal que lo asista; y (ii) las acciones que, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de los Estatutos Sociales o de lo previsto en la normativa aplicable, queden privadas total o parcialmente del derecho de voto con carácter general o para el acuerdo concreto de que se trate”) y el art. 21, párrafo 3, del Reglamento de la Junta General de Accionista de Telefónica (que preceptúa que “para la votación de las propuestas de acuerdos, se seguirá el siguiente sistema de cómputo de votos: a) Cuando se trate de la votación sobre propuestas de acuerdos relativas a asuntos incluidos en el orden del día, se considerarán votos favorables a la propuesta sometida a votación los correspondientes a todas las acciones concurrentes a la reunión, presentes o representadas, según la Lista de Asistentes, menos los votos que correspondan a las acciones cuyos titulares o representantes pongan en conocimiento de la Mesa o, en su caso, del Notario, mediante comunicación escrita o manifestación personal, su voto en contra, en blanco o su abstención”).

se traducirá en una buena medida y en una herramienta útil para facilitar el ejercicio de los derechos de los socios si los sistemas informáticos que la soportan son los más adecuados de acuerdo con las características de cada sociedad. Claro que muchas veces esto implica un esfuerzo financiero por parte de las sociedades. En esto momento las sociedades deben sopesar los beneficios y los gastos y decidir por la aplicación o no de las nuevas tecnologías.

No pensamos, pues, que las sociedades deben utilizar las nuevas tecnologías a todo coste, o simplemente porque está de moda, sino que deben ser utilizadas con el objetivo real de promover la participación de los socios en las juntas generales y de permitir que ellos lo hagan con la mayor seguridad posible. Aun así es natural que en las primeras utilizaciones ocurran algunos problemas más y, por ellos, las sociedades no deberán ser responsabilizadas, con salvedad de las situaciones que puede efectivamente controlar y, en principio, no conducirán a la invalidez de la junta. Obviamente que los fallos técnicos tienen repercusiones diferentes dependiendo de la forma en que se utilicen las nuevas tecnologías de la información. Así, si se trata de una Junta General desarrollada en salas contiguas interconectadas unas con las otras, compete a la sociedad asegurar la efectiva y continúa comunicación audiovisual entre todas ellas so pena de provocar la invalidez de la junta, por no permitir la participación en el debate y en su caso el voto. Si se dieran problemas técnicos en esta circunstancia compete al presidente de la junta suspenderla hasta la resolución de tales fallos. La junta solamente deberá ser retomada cuando se pudiese asegurar el derecho de asistencia a todos los socios presentes, pues de lo contrario la junta quedará viciada de nulidad. Diferentemente, si los medios tecnológicos son utilizados para admitir la participación a distancia de los socios, lo más probable es que los eventuales fallos no se imputen a las sociedades.

Así, por ejemplo, podrá suceder que los fallos tengan origen en el equipo informático del socio lo que, naturalmente, no acarreará responsabilidad para la sociedad ni afectará a la validez de la junta. Del mismo modo, creemos que no deberá ser considerado impedimento al ejercicio del derecho de voto del socio cuando la sociedad rechaza los mensajes electrónicos portadores de los votos porque son igualmente portadores de virus informáticos. Recae, pues, sobre los socios el deber de mantener su equipo informático libre de virus de forma que no contamine el sistema de

la sociedad. No se deberá confundir los cortes de comunicación derivados de los fallos técnicos del equipo informático de los socios con la incapacidad de instalar las configuraciones necesarias para la transmisión de la junta. Lo que pretendemos señalar es que la sociedad tiene que facilitar a los socios todas las informaciones necesarias para la instalación de los programas informáticos exigidos para la participación telemática, no resultando desproporcionado exigir que la sociedad habilite un servicio de asistencia técnica antes y durante la sesión para solventar eventuales problemas que surjan. Así, si las instrucciones facilitadas no son correctas y, por eso, imposibilitan la participación a distancia, la sociedad deberá resultar responsable por impedir la asistencia de los socios. Asimismo si, por ejemplo, el socio solicitó apoyo técnico y este fue indebidamente negado o no se dio pronta respuesta, la responsabilidad por la no asistencia del socio recaerá nuevamente sobre la sociedad, que acarreará las respectivas consecuencias.

Otros fallos que pueden impedir la buena marcha de la participación telemática pueden provenir de anomalías producidas en el seno de la red de telecomunicaciones que provee el servicio (de Internet u otro que sea utilizado). Tampoco en esta situación se deberá responsabilizar a la sociedad, que efectivamente no tiene culpa de los problemas patentes, excepto si fuese previsible que tales fallos ocurriesen y la sociedad no hubiese previsto las medidas necesarias para evitarlos<sup>428</sup>.

Finalmente, podrán los fallos tener su origen en los equipos o sistemas informáticos de la propia sociedad. En tal caso la sociedad deberá responsabilizarse por el buen funcionamiento de los métodos de participación a distancia que implementa y, por lo tanto, deberá responder por los eventuales trastornos que los mismos ocasionen, excepto en las situaciones en que se pruebe que los procedimientos adoptados fueran los más adecuados a la situación en causa y que los fallos tuvieron origen externo (por ejemplo porque fueron ocasionados por un ataque de hackers o por un virus informático, aunque los sistemas informáticos de la sociedad se encontrasen equipados con los correctos programas antivirus y otras medidas de prevención).

Podemos concluir, en definitiva, que los fallos técnicos en el ámbito de la participación a distancia de los socios son una posibilidad que no deberá ser

---

<sup>428</sup> Imagínese, por ejemplo, la situación en que la sociedad fue advertida por el proveedor del servicio de eventuales bloqueos y fallos de red a causa de la participación de un elevado número de personas en simultáneo y que, ante el problema, no intentó solucionarlo. Podremos en esta circunstancia señalar que la sociedad actuó de forma negligente y no aseguró debidamente la participación telemática.

menospreciada pero también no deberá ser entendida como un impedimento a su utilización. La sociedad deberá asumir la responsabilidad por los fallos que tengan origen en sus equipos o sistemas informáticos o siempre que no hayan facilitado las informaciones necesarias para la correcta instalación de los programas exigidos a la participación a distancia. Así, siempre deberá condenarse la conducta negligente de la sociedad. Ante alguna de estas circunstancias la postura más acertada es la de suspender la junta y retomarla solamente cuando se reúnan las condiciones que aseguren la participación a distancia. Si el presidente de la junta tiene consciencia de que se producen circunstancias imputables a sociedad que impiden el ejercicio de los derechos de los socios y no suspende la junta, creemos que nos encontraremos ante una situación de invalidez de la junta. Además, si el socio pretender invocar la nulidad de la junta porque se verificó que la sociedad le impidió ejercer sus derechos a distancia, no obstante publicitar esa forma como posible, deberá ser la sociedad la que tenga que probar que actuó conforme a todos los criterios y respetó todos los requisitos para garantizar la participación telemática y que los fallos que lo impidieron se situaron fuera de su esfera de control. Efectivamente, la carga de la prueba del correcto funcionamiento de los medios telemático corresponde a la sociedad, que deberá probar que cumplió todas las diligencias para garantizar el derecho de asistencia de los socios y que tal solamente no fue posible por circunstancias de fuerza mayor.

#### **7.4. La representación voluntaria en la Junta General**

La representación del socio sigue siendo una figura de suma importancia en el panorama societario, sobre todo en el ámbito de las juntas generales. Dado que nuestra atención se centra primordialmente en el papel de las nuevas tecnologías en el ámbito de la representación del socio, nos dispensamos aquí de analizar profundamente los aspectos jurídico-conceptuales inherentes de este instituto jurídico<sup>429</sup>.

---

<sup>429</sup> En extenso, *vd.*, por todos, RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, *La Representación de los accionistas en la Junta General de la Sociedad Anónima*, Editorial Aranzadi, 1990; RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, *La representación del accionista en la Junta General de la Sociedad Anónima*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1996, pág. 2 y ss; AAVV, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la*

El instituto de la representación de los socios en la Junta General fue, desde hace tiempo, considerado como un remedio al absentismo de los socios, principalmente de los accionistas de grandes sociedades anónimas. Fue, además, considerado un instrumento insustituible e indispensable en la práctica societaria. En verdad, se trata de una solución que no solo es fundamental para permitir disminuir el número de abstenciones en la junta, sino que también es fundamental para permitir el propio funcionamiento de la junta de sociedades medianas y pequeñas cuando los socios no puedan asistir puntualmente, ya que, a través de él, se podrán alcanzar el quórum necesario para la constitución de la junta (en la SA) y las mayorías necesarias para alcanzar acuerdos (en la SRL).

No podemos, sin embargo, olvidar que la representación de los socios puede, en la práctica, contribuir a incrementar posibles abusos por parte de los administradores de sociedades anónimas, a través del mecanismo de la representación institucional (cfr., art. 186 TRLSC, antes art. 107 LSA), es decir, en ocasiones, en las grandes sociedades anónimas, la representación es más bien un instrumento para servir intereses ajenos a los socios –fundamentalmente permitiendo el mantenimiento del grupo de control– que propiamente para representar y defender los derechos de estos. Es por eso, que la utilización saludable de este instituto exige que sean legalmente fijadas normas que impidan que este instituto sea utilizado como medio que permita a un grupo mantenerse en el poder y priorizar sus intereses a los de los accionistas representados y, en fin, al interés de la sociedad. Las distintas reglamentaciones efectuadas, dentro y fuera de nuestras fronteras, han intentado mantener intacta la importante función de la representación que, como referimos, reside en proteger los intereses de los socios.

De las distintas medidas que fueron adoptadas recientemente en relación con la representación institucional o representación en la persona de los administradores, las que presentan una mayor importancia y una mayor relevancia práctico son, por una parte, aquellas que intentan profesionalizar el instituto de forma que se garantice la atribución de la representación a personas independientes que no antepongan sus

---

*Ley de Sociedades Anónimas*, coord. por Ignacio Arroyo Martínez, José Miguel Embid Irujo, Carlos Górriz López, Vol. 2, Tecnos, 2009; AAVV, *Comentarios a la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada: Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (BOE n.º 71, de 24 de marzo de 1995)*, coord. por Ignacio Arroyo Martínez, José Miguel Embid Irujo, Carlos Górriz López, 2ª edición, Tecnos, 2009.

intereses al interés social; y, por otra parte, aquellas que facilitan la llamada “competencia” en las solicitudes de representación. Ambas medidas tienen como claro objetivo impedir que el órgano de administración controle las representaciones de los socios anteponiendo sus intereses a los de los representados y al interés social.

La tendencia a facilitar la competencia entre las solicitudes de representación es una innovación que proporciona a las asociaciones de socios (reguladas, por ejemplo, en Alemania y Francia), sobre todo de accionistas, entrar en este juego asumiendo una posición de garantía de los derechos de los socios y asimismo de control de los administradores. Además de lo dicho, son igualmente interesantes las políticas basadas en la información y otorgamiento de instrucciones, es decir, en Portugal e Italia, procurando que el socio formule su voluntad y, a través del otorgamiento de instrucciones, la transmita expresamente al representante. Todo esto es complementado con una mayor información a proporcionar al representado que, así, se encontrará en mejores condiciones para delegar su voto. Además también se objetiva que el representante conozca la identidad del solicitante.

Para evitar conflictos de intereses resulta sumamente interesante y eficaz la norma introducida en el ordenamiento jurídico español por la Ley de transparencia de 2003 para modificar el art. 114 LMV (ahora el art. 514 TRLSC), dirigida a evitar que los administradores de sociedades anónimas cotizadas puedan ejercitar el derecho de voto de los accionistas representados en aquellos puntos del orden del día en los que se encuentren en conflicto de intereses; norma esta que se presenta como una manifestación específica del deber genérico de lealtad de los administradores (antiguo art. 127 ter LSA; actual art. 226 TRLSC).

En el ordenamiento jurídico español la representación se encuentra reglamentada en el TRLSC en los arts. 183 y 184. La primera de las normas, hace referencia a representación voluntaria en la Junta General de la sociedad de responsabilidad limitada, refiere que “*el socio sólo podrá hacerse representar en la junta general por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional*”, permitiendo que en los estatutos se autorice “*la representación por medio de otras personas*”. La misma norma determina que el instrumento de representación se confiera por escrito y que “*si no*

*constare en documento público, deberá ser especial para cada junta*". A su vez, la segunda norma, dedicase a representación voluntaria en la de la sociedad anónima afirmando el derecho de representación a todo accionista que tenga derecho de asistencia. La representación podrá ser conferida a cualquier persona, incluso que no tenga la condición de accionistas, con salvedad de disposición contraria en los estatutos. El legislador introdujo aquí las nuevas tecnologías permitiendo que la representación sea conferida *"por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada junta"*.

#### **7.4.1. Consideraciones sobre la representación voluntaria en las sociedades anónimas**

Como referimos el legislador regula la representación voluntaria en las sociedades anónimas en precepto propio y distinto del referente a la representación en las sociedades de responsabilidad limitada.

Entre otras especificidades, es en las sociedades anónimas que se verifica el fenómeno de la llamada solicitud pública de representación (cfr. art. 186 TRLSC).

Sobre esta materia se pronunció detenidamente la Directiva 2007/36/CE que, además, realza que una buena gobernanza de las empresas exige que el voto por representación se realice sin grandes restricciones ni trabas de forma a no resultar costoso. De lo dispuesto en la Directiva retirase aun que los Estados miembros *"deberán suprimir toda norma jurídica que establezca o que permita a las sociedades establecer restricciones para la designación de una persona como representante"*. Adelante volveremos al estudio de las consideraciones de la Directiva pero ahora gostaríamos de apuntar que, como se verificó arriba, el art. 184 TRLSC sigue permitiendo que las sociedades restrinjan la designación de determinadas personas como sus representantes. De nuevo, advertimos que el TRLSC podría tener conformado el art. 184 con la Directiva que incluso ya debería estar transpuestas a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. La Directiva fija igualmente que *"el representante*

*disfrutará de los mismos derechos a hablar y a formular preguntas en la junta general que tendría el accionista al que representa”.*

Volviendo a Ley y no obstante lo dicho en la Directiva, para las sociedades anónimas, el art. 184.1 TRLSC (antes art. 106.1 LSA) establece que la representación se puede quedar a cargo de cualquier persona, siendo cierto que los estatutos pueden limitar esta facultad, pero no excluirla. En concreto, posibles restricciones estatutarias serán ineficaces cuando el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado ni tampoco cuando aquél ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional (art. 187 TRLSC; antiguo art. 108 LSA);<sup>430</sup>. Particular relevancia tiene en las sociedades anónimas, especialmente en las cotizadas, la llamada solicitud pública de representación (art. 186 TRLSC; anterior art. 107 LSA), que es aquella que se formule de forma pública por cualquier persona y, especialmente, por los administradores de la sociedad, las entidades depositarias de acciones representadas en títulos o las entidades encargadas del registro de acciones representadas en anotaciones en cuenta. Se entiende que ha habido solicitud pública de representación cuando una misma persona ostente en la junta la representación de más de tres accionistas (tratase, creemos y como adelante volveremos a afirmar, de una mera presunción *iuris tantum* que, por tanto, admitirá prueba en contrario). El mecanismo de la solicitud pública de representación (también conocida como representación institucional) contribuye a superar el absentismo de los accionistas minoritarios en la participación en las juntas generales, pero también puede utilizarse como instrumento para cometer abusos o potenciar determinados intereses en el seno de la sociedad, sobre todo cuando los representantes son los administradores de la sociedad o entidades depositarias que participen en el capital de la entidad. Por eso el legislador ha dispuesto fórmulas para limitar la capacidad de decisión de los representantes, disponiendo (art. 186.1 TRLSC; antes 107.1 LSA) que el documento en que conste el poder deberá contener o llevar anejo el orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante

---

<sup>430</sup> Asimismo se verifica en el régimen portugués donde, además, los estatutos no podrán ni impedir ni limitar la representación, de modo que la representación puede efectivamente realizarse por cualquier persona y la sociedad no podrá tampoco limitar este derecho (art. 380, del *Código das Sociedades Comerciais*).



en caso que no se impartan instrucciones precisas; aunque, por excepción a lo anterior, establece que el representante podrá votar en sentido distinto cuando se presenten circunstancias ignoradas en el momento del envío de la instrucciones y corra el riesgo de perjudicar los intereses del representado, en cuyo caso, el representante deberá informar inmediatamente al representado por medio de escrito en el que explique las razones del voto (art. 186.2 TRLSC; antes art. 107.2 LSA;). Se sobreentiende que el cambio de sentido del voto tiene que estar debida y suficientemente motivado por el representante.

El régimen legal de la solicitud pública de representación ha recibido importantes críticas por parte de la doctrina<sup>431</sup>. Los defectos de técnica jurídica y las lagunas apuntadas son de distinta índole. Así, por ejemplo, se critica mucho el hecho de que la presunción de solicitud pública (cfr., art. 186.3 TRLSC; antes art. 107.3 LSA) recaiga sobre el número de accionistas representados y no sobre el número de destinatarios de la solicitud, como se verifica en otros regímenes jurídicos (por ejemplo en Portugal y EEUU)<sup>432</sup>. Esta presunción ha sido calificada de defectuosa, porque permite que se considere la existencia de solicitud pública cuando una misma persona ostente la representación de más de tres accionistas, incluso aunque en algunos casos no hubiera existido una real solicitud pública de representación.

También se critica este complejo sistema de representación porque no describe con precisión los aspectos relacionados con la solicitud de representación, fundamentalmente los relacionados con la forma y contenido de la solicitud y también con el momento en que deberá ocurrir o con la naturaleza jurídica que la envuelve. En este campo, es importante realzar que efectivamente el legislador no se demostró cuidadoso cuando exige que el orden del día vaya anejo (o inserto en) al documento en que conste el poder. Parecería bastante más razonable, como afirma la doctrina más autorizada, que el legislador hubiera exigido la convocatoria de la junta y no sólo el

---

<sup>431</sup> En este sentido véase RONCERO, A., «La captación del voto a través de la solicitud pública de representación: transparencia, igualdad de oportunidades y conflictos de interés», en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, bajo coordinación de Rodríguez Artigas y otros, vol. I, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 399 y siguientes, en particular página 415 y ss y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. «La representación de los accionistas como instrumento de poder corporativo», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 104, octubre-diciembre, 2006, páginas 55-82.

<sup>432</sup> En extenso, vd. CASTELLANO RAMÍREZ, M<sup>o</sup> José, «La presunción de solicitud pública de representación del accionista en la Junta General (a propósito de la Sentencia de la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2005)», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 259, 2006, páginas 193-218.

orden del día, y que dicha convocatoria siguiese junto al documento portador de la solicitud y no con el documento en el que conste el poder de representación. De tal forma el accionista quedaría más y mejor protegido, una vez que en la convocatoria constan una serie de informaciones que pueden ser relevantes y determinantes, entre otras cosas, para formar el sentido de voto. Además, sería importante que la identificación del solicitante y las motivaciones subyacentes a la solicitud pública quedasen bien claras a los accionistas. En resumen las críticas se sitúan fundamentalmente en el terreno de la transparencia y la publicidad de la representación que, en definitiva, no son exigidas legalmente y potencian que -en muchas ocasiones- el representante ejerza el derecho de voto sin atender a los intereses de los accionistas titulares de tales derechos. Pero, como decimos, la insuficiencia e inadecuación de esta regulación se verifica asimismo al nivel del contenido que debe de constar tanto en el documento de solicitud como en el del poder de representación. La uniformización y homogeneidad serían bienvenidas, pues aumentarían el nivel de confianza en el instrumento de la representación e incrementarían, ciertamente, su eficacia.

Las críticas apuntadas al régimen de solicitud pública de representación -y otras más- fueron analizadas en el contexto del gobierno corporativo, dando como resultado una serie de recomendaciones al respecto en los códigos de buen gobierno y transparencia societaria. El *Código Olivencia*, un poco tímido en la misión de revitalizar la junta, recomendó la transparencia de las instrucciones y asimismo de los intereses que conducirán a las solicitudes. Entendió, asimismo, que el sistema de delegación de voto debería ser entregado a una instancia oficial o a los comités de accionistas gestores. El *Informe Aldama*, más decidido y empeñado en la lucha por la revitalización de la Junta General, apostó por la flexibilización del sistema de representación del accionista ausente. En este informe hay una especial invitación a la utilización de las nuevas tecnologías a favor de la revitalización de la junta y, en lo que concierne a la representación, esta recomendación se verifica asimismo. En efecto, podemos leer en dicho *Informe* que la sociedad deberá hacer disponible en la respectiva página web distintas informaciones, entre ellas las que se relacionen con la justificación de las propuestas de acuerdo. Es en este *informe* que se recomienda la adopción de un

Reglamento de la Junta General<sup>433</sup> de Accionistas que deberá regular las principales materias en el contexto de Junta General, no obstante no aflorar directamente las cuestiones relacionadas con la representación de accionistas refiere que en el Reglamento de la Junta General se podrán regular otras cuestiones – además de las referidas directamente por el *Informe* –especialmente aquellas que tengan por objetivo asegurar la representación y el acceso del accionista a junta. El mismo documento refiere también que es esencial el alcance de una cierta homogeneidad entre los documentos que confieren la representación y que cursan las instrucciones de voto.

La temática de la representación de socios ha igualmente sido abordada en los estudios subyacentes a la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*. Aquí es posible apreciar tres grandes enfoques sobre la materia ahora en referencia. Así, en primer lugar, la *Propuesta* presenta una regulación general que, por eso, abarca y es aplicable a todas las sociedades mercantiles y que prácticamente calca, con salvedad de una u otra particularidad, el régimen que rige para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 49 LSRL 1995. El segundo enfoque incide sobre la representación de accionistas en las sociedades cotizadas que son, de esta manera, autonomizadas de las restantes en este aspecto. Dentro del régimen propio aplicable a la representación de accionistas en las cotizadas la *Propuesta* destaca de forma asimismo autónoma la solicitud pública de representación. La reglamentación propuesta no se encuentra, con todo, exenta de críticas. Desde luego, a semejanza de la Ley de sociedades anónimas, se propone que se apliquen las reglas de la solicitud pública incluso aunque esta no haya efectivamente existido, desde que el representante concurra a la junta representando más de diez accionistas titulares de más del uno por mil del capital social. Verificamos, pues, que la *Propuesta* cae en el mismo error que la LSA 1989, al aplicar las reglas de la solicitud en función del número de representados independientemente de haber o no existido una real solicitud pública. Prevé también la referida *Propuesta* de código societario que ante una situación de conflicto de interés el ejercicio del derecho de voto relativo a las acciones representadas sea prohibido. La doctrina criticó igualmente la propuesta relativa a posibilidad de las personas legitimadas para solicitar la representación publicitaren, después de la convocatoria y

---

<sup>433</sup> Véase, al propósito, RAMOS HERRANZ, Isabel, «El reglamento de la Junta General en las Sociedades Anónimas cotizadas», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 255, 2005, páginas 187-216.

por cualquier medios, las intenciones de formular la solicitud. Los interesados podrán responder a la solicitud enviando los datos necesarios para que el boletín de representación sea remitido. Ahora bien, sobre esta última propuesta se ha pronunciado el profesor RONCERO que, entre otras críticas, no considera que sea una medida eficaz<sup>434</sup>. Una buena medida hecha por la *Propuesta* es, sin duda, aquella que pretende terminar con la exagerada heterogeneidad que, en la práctica, envuelven los formularios destinados a otorgar la representación. Sin embargo, la medida contenida en la *Propuesta* no es la mejor, ya que poco más hace que exigir el fin de la referida heterogeneidad a favor de la homogeneidad de los formularios sin, con todo, definir quién debe fijar el contenido de los formularios y, en fin, como coordinar dicha homogeneidad. Sobre la utilización de los medios electrónicos la *Propuesta* no hace ninguna referencia explícita a la representación electrónica, limitándose a hacer referencia al voto electrónico en su modalidad de voto por correspondencia. La *Propuesta* presenta pues algunas soluciones interesantes para la representación pero, como vimos, no están exentas de críticas, señaladamente porque presenta distintos problemas de técnica jurídica, lagunas y contradicciones<sup>435</sup>. Sobre la utilización de los medios electrónicos en la representación de socios en particular, y en general con relación a todas las materias, es bastante pobre y reductor.

Por su parte, la Ley 26/2003, llamada Ley de transparencia de las sociedades anónimas, abordó la representación de los accionistas de una forma muy superficial y, en efecto, no fue mucho más allá que el propio régimen de las sociedades anónimas fijado en la LSA de 1989. La principal innovación de la Ley de transparencia residió en la modificación introducida en el artículo 106.2 LSA (cfr., actualmente, art. 184.2 TRLSC), al admitir que la representación sea conferida por medios de comunicación a distancia. Asimismo, destaca, con relación a las sociedades cotizadas la introducción del art. 114 LMV 1988 (cfr., actualmente, art. 514 TRLSC), donde determinó la posibilidad de existencia de conflictos de intereses cuando quien solicita públicamente la

---

<sup>434</sup> RONCERO, A., «La captación del voto a través de la solicitud pública de representación: transparencia, igualdad de oportunidades y conflictos de interés», en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, bajo coordinación de Rodríguez Artigas y otros, vol. I, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 399 y siguientes, en particular página 419.

<sup>435</sup> En este sentido *vd.* RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. «La representación de los accionistas como instrumento de poder corporativo», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 104, octubre-diciembre, 2006, páginas 55-82, en particular 64-66.

representación sean los administradores de una sociedad anónima cotizada u otra persona por cuenta e interés de cualquiera de ellos (cfr., la nueva redacción otorgada por el art. 514.1 TRLSC), disponiendo al efecto (como manifestación específica del deber de lealtad de los administradores de sociedades de capital; cfr., art. 127ter LSA; ahora art. 226 TRLSC) que no podrán ejercitar el derecho de voto relativo a las acciones representadas siempre que se encuentre en conflicto de interés con algunos puntos del orden del día, y especialmente su nombramiento o ratificación como administrador, su destitución, separación o cese, el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra él o la aprobación o ratificación de operaciones de la sociedad con el administrador o sociedades controladas por él o a las que represente o a personas que actúen por su cuenta. Esta medida es, sin duda, buena y pretende claramente defender los intereses de los accionistas representados.

Por lo demás, estamos de acuerdo con RONCERO y RODRÍGUEZ ARTIGAS cuando señalan que la Ley de transparencia podría haber exigido expresamente la inclusión de datos relativos a la representación de los accionistas en las juntas generales en el obligatorio *Informe anual sobre Gobierno Corporativo*<sup>436</sup>.

El derecho de representación en la sociedad anónima fue igualmente afectado por las alteraciones introducidas al amparo de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, en concreto en su

---

<sup>436</sup> Cfr. RONCERO, A., «La captación del voto a través de la solicitud pública de representación: transparencia, igualdad de oportunidades y conflictos de interés», en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, bajo coordinación de Rodríguez Artigas y otros, vol. I, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 399 y siguientes, en particular página 424, y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. «La representación de los accionistas como instrumento de poder corporativo», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 104, octubre-diciembre, 2006, páginas 55-82, en particular 67.

Como es sabido, este informe debe relatar la información relacionada con el funcionamiento y desarrollo de las juntas generales pero es muy probable que los administradores de las sociedades cotizadas no faciliten información relativa a la representación de accionistas si no estuvieren expresamente obligadas a hacerlo. La Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores contribuyó a superar un poco esta laguna al exigir que en el informe de buen gobierno se incluyese un cuadro comparativo con el porcentaje de capital social presente, distinguiendo las diversas formas de presencia considerada a los efectos del quórum, así, presencia física, representación y votación a distancia. De suma importancia es asimismo la exigencia en dicha Circular de que las sociedades cotizadas incluyan en el respectivo informe cuáles han sido las políticas seguidas por la sociedad sobre las delegaciones de voto en la junta general. Sin embargo, hacen falta instrucciones que aclaren el real alcance de esta exigencia. Como vimos las normas con rango de ley no son, en este tema, ni abundantes ni muy clarificadoras y, por eso, tal como resulta de la Ley de transparencia, la mejor estrategia es reglamentar cuidadosamente la representación de los accionistas en los reglamentos de las juntas generales de accionistas.

Véase también el nuevo art. 526 LSC que refiere que “*las sociedades que hayan emitido valores admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea incluirán en el informe de gestión, en una sección separada, el informe de gobierno corporativo*”.

disposición adicional primera que modificó algunos preceptos de la Ley de sociedades anónimas. La medida que provocó más impacto fue aquella que aumentó el plazo de la convocatoria de quince para treinta días. Esta plausible medida había sido ya recomendada por la doctrina y fue incluida en las recomendaciones del *Informe, Aldama* siguiendo el camino trazado en la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*. Es una medida que favorece los derechos de los accionistas en general y, en particular, el derecho de representación especialmente cuando se trate de solicitud pública de representación. De hecho, si el orden del día deberá ir incluido en la solicitud lo más probable es que aquella solamente se haga después de la publicación de la convocatoria de la Junta General. Así, si la convocatoria tiene que ser publicada con la antelación de, al menos, treinta días, el representante tendrá más tiempo (en la práctica tendrá los mismos treinta días) para formular la solicitud pública y recibir las respectivas instrucciones de voto. Sin embargo, la Ley 19/2005 cambió otras normas de la LSA 1989 permitiendo ahora que se pueda reducir, en la práctica, el alargamiento del plazo de la convocatoria. Así, el artículo 97.3 LSA fue cambiado en el sentido de admitir, siempre que la minoría que represente al menos el cinco por ciento del capital social lo solicite, la inclusión de nuevos asuntos en el orden del día de una Junta General ya convocada. Esta regla se mantuvo, en los mismos términos, en el art. 172.1 TRLSC. El problema reside en el hecho de que el complemento de la convocatoria que incluya los nuevos puntos introducidos en el orden del día debe publicarse, al menos, con quince días de antelación a la fecha establecida para la celebración de la junta (cfr., art. 172.2 TRLSC). Ahora bien, si se incluyen nuevos puntos en el orden del día, el representante, tendrá que enviar, nuevamente, a sus representados los puntos que se añadieran y solicitar, una vez más, las respectivas instrucciones refiriendo, además, que en ausencia de tales instrucciones votará en determinado sentido. Implica esto que, si el complemento a convocatoria se va a publicar en los últimos quince días relativamente al plazo de celebración de la junta, la información sobre estos puntos, por parte del representante a sus representados, forzosamente se verificará también en este plazo de quince días. Pensamos que si el representante no informar debidamente los representados de la existencia de estos nuevos puntos y consecuentemente no recoger el respectivo instrumento de representación, no podrá votar en ellos en nombre del representado puesto que no llevará mandato a estos efectos. De hecho, los asuntos

inseridos en el orden del día deberán ser tratados exactamente de la misma manera que los asuntos referenciados en el orden del día “inicial”. Ahora bien, si el legislador pretendió que el representante enviase juntamente con la solicitud pública de representación el orden del día, a fin de evitar eventuales abusos en el derecho de voto, otro tratamiento no se podrá dar a los asuntos, a semejanza de aquellos otros, van ser decididos en la Junta General aunque posteriormente inseridos por complemento al orden del día. Ante lo expuesto, tendrá el representante el tiempo que queda entre el conocimiento del complemento al orden del día y la fecha de la Junta General (15 días, al menos) para enviar a sus representados la nueva orden del día y solicitar que le sea conferida la representación a su respecto. ¿Será este plazo suficiente? Creemos que es efectivamente un plazo corto. De todo el modo, recuérdese que antes de los cambios de la Ley 19/2005 el plazo de publicación de la convocatoria (no el complemento que, como se dice, fue introducido precisamente por esa Ley) estaba fijado en precisamente quince días y precisamente por se entender que sería un plazo cortísimo de se respetar se cambió. Independientemente de todo, tratase de un plazo difícil de alcanzar si la solicitud y respectiva respuesta se hacen por los medios tradicionales. Al revés, no será así si se utilizan los medios tecnológicos. En efecto, la solicitud pública de representación deberá, pensamos, ser conferida de acuerdo con las prescripciones del art. 184.2 TRLSC y, por eso, podrá conferirse (y asimismo revocarse) de forma telemática.

Es precisamente esta -la forma de conferir y revocar la representación- la temática que más interesa en materia de representación en la sociedad anónima, por cuanto a nuestro tema de tesis se refiere. La ley describe los medios adecuados para conferir la representación, en cualquiera de sus modalidades, previendo que conste de un documento escrito en soporte de papel o a través de un medio de comunicación a distancia, disponiendo que debe tener carácter especial para cada junta y que debe cumplir con lo dispuesto para el ejercicio del derecho de voto a distancia (art. 184.2 TRLSC; antes 106.2 LSA). Se establece asimismo que la representación es siempre revocable y, en particular, que la asistencia personal a la junta del accionista representado tendrá valor por sí sola de revocación de la representación (art. 185 TRLSC; anterior art. 106.3 LSA).

En lo que se refiere en particular a la utilización de los medios electrónicos en el ámbito de la representación, puede decirse que la Ley, aunque contempla expresamente esta posibilidad, no es suficientemente rigurosa, como para alejar dudas y problemas sobre su aplicación.

Así, si por una parte resulta directamente de las palabras de la Ley que la representación se podrá conferir por medios a distancia, por otra parte son demasiados los problemas que esta norma plantea; fundamentalmente, como mejor veremos a continuación, si será necesaria autorización estatutaria para el otorgamiento electrónico de poderes o si es suficiente que la identidad del sujeto que otorga el poder sea garantizada. El mayor defecto de la utilización de las nuevas tecnologías en este contexto reside, como bien refiere RODRÍGUEZ ARTIGAS siguiendo el pensamiento de ALCOVER GARAU y RONCERO, el hecho de si la *“utilización de estos mecanismos y, en particular, la firma electrónica, posibilitan el otorgamiento de poderes de representación no formales ni especiales sin que sea posible su detección, que puede conducir incluso a la cesión del derecho de voto independiente de la transmisión de la acción”*<sup>437</sup>.

Más recientemente, en enero de 2006, la cuestión de la representación de los socios fue abordada en la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el ejercicio de los derechos de voto por parte de los accionistas de sociedades que tengan su sede social en un Estado miembro y cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado, por la que se modifica la Directiva 2004/109/CE*. Dicha propuesta culminó en la ya mencionada *Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas*. La Directiva siguió, de cerca, las sugerencias de la propuesta. Lo que hay que destacar sobre el derecho de representación es que la Directiva concede una especial atención a los socios transfronterizos declarando, en el Considerando 5, que estos *“deben poder ejercer sus derechos en relación con la junta general con la misma facilidad que los accionistas que residen en el Estado miembro en que tiene su domicilio social la sociedad”*. Esta consideración obliga a que, como ya analizamos en otro capítulo de este estudio, sean

---

<sup>437</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. «La representación de los accionistas como instrumento de poder corporativo», cit., pág. 68.



suprimidos los obstáculos que entorpecen el ejercicio de los derechos de los accionistas en general y, en particular, aquellos que dificultan el acceso de los accionistas transfronterizos a la información necesaria para acompañar la labor de la Junta General. Es asimismo importante garantizar que los socios, residentes o no en el Estado miembro en el que la sociedad tiene su domicilio social, puedan, sin demasiadas trabas y restricciones, ejercer el derecho de voto a través de un representante. Con la intención de precaver la existencia de eventuales abusos relacionados con el ejercicio del derecho de voto mediante representante, estipula la Directiva, en su Considerando 10, que *“la persona en quien se haya delegado el voto debe estar obligada a seguir instrucciones que pueda haber recibido del accionista, y los Estados miembros deben tener la posibilidad de adoptar medidas adecuadas para garantizar que el representante del accionista no promueva más intereses que los de este último, con independencia de la cuestión que haya dado lugar al conflicto de intereses”*. Mas añade la Directiva, en el mismo Considerando 10, que compete a los Estados miembros definir las medidas contra los eventuales abusos pudiendo, por ejemplo, optar por la regulación de la actividad de las personas que, con regularidad, se dedican a la captación de votos por delegación y de aquellas que representan un número significativo de delegaciones (a definir por cada uno de los Estados miembros). Pretende la Directiva con esta orientación garantizar la fiabilidad y transparencia en el procedimiento de delegación de votos, sea o no a través de solicitud pública, pero, verdaderamente, piensa fundamentalmente en la delegación pública, típica de las sociedades anónimas cotizadas.

Ya en el articulado de la Directiva, es de realzar que luego en el artículo segundo, dedicado a definiciones, el legislador europeo aclara el concepto de “representación” que, como es sabido, no asume el mismo significado en todos los Estados miembros<sup>438</sup>. La Directiva opta por una definición amplia afirmando que entiende por “representación” la *“habilitación de una persona física o jurídica por un accionista para que ejerza algunos o todos los derechos del accionista en una junta general en su nombre”*.

---

<sup>438</sup> En algunos Estados miembros el término “representación” significa simplemente el ejercicio del derecho de voto y en otros Estados tiene un significado más amplio incluyendo todos los derechos del accionista en contexto de junta general.

De entre las informaciones previas a la junta que deberán ser incluidas en la convocatoria, se encuentra, con arreglo al artículo 5, párrafo 3, alineación b, inciso ii), de la Directiva, la descripción de los procedimientos necesarios para otorgar el voto por representación, en particular, las informaciones atinentes a los formularios que deberán ser utilizados para dicha delegación y “*de los medios que deben emplearse para que la sociedad pueda aceptar una notificación por vía electrónica de las representaciones conferidas*”.

La Directiva dedica dos artículos íntegramente (cfr., arts. 10 y 11) a reglamentar autónomamente el tema que ahora nos ocupa. El primero intitulado, voto mediante representación, tiene como principal función apartar cualquier restricción a la representación de los accionistas. Así, afirma que todos los accionistas podrán ser representados por cualquier persona, siempre que posea capacidad jurídica, y que los Estados miembros deberán eliminar cualesquiera restricciones que eventualmente consagren en esta materia. Al amparo de la misma norma, los representantes son portadores de los mismos derechos que ostentarían los titulares de las acciones que representan. La Directiva no prevé otras restricciones a los derechos del accionista a través de su representante sino aquellas que tengan por objetivo solucionar eventuales conflictos de intereses entre el representante y el accionista en cuyo beneficio debe ser dirigida la actuación<sup>439</sup>.

La Directiva deja claro que el representante deberá emitir los votos de acuerdo con las instrucciones impartidas por su representado. Asimismo concede libertad a los Estados miembros para fijar un período durante el cual las instrucciones de voto

---

<sup>439</sup> De cualquiera de las maneras, no podrán los Estados miembros imponer otros requisitos además de los siguientes: “*los Estados miembros podrán exigir que el representante revele ciertos hechos específicos que puedan ser pertinentes para que el accionista evalúe el riesgo de que el representante promueva intereses distintos de los del accionista; los Estados miembros podrán restringir o no admitir el ejercicio de los derechos de los accionistas mediante un representante sin instrucciones de voto precisas para cada una de las resoluciones sobre las que el representante tenga que votar en nombre del accionista; los Estados miembros podrán restringir o no admitir la transferencia de la delegación de voto a un tercero, sin que ello impida que un representante que sea una persona jurídica ejerza las competencias que le han sido conferidas a través de uno de los miembros de su órgano de administración o de gestión o de uno de sus empleados*”. La Directiva define algunas de las situaciones que podrán resultar en conflictos de intereses. Afirma, pues, que es posible la existencia de tales conflictos cuando el representante “*sea un accionista de control de la sociedad o bien otra entidad controlada por dicho accionista; sea miembro del órgano de administración, de gestión o de supervisión de la sociedad o de un accionista de control o de la entidad controlada; sea un empleado o un auditor de la sociedad o de la entidad controlada; tenga una relación de parentesco con una de las personas físicas en los puntos anteriores*”.

deberán ser guardadas. Es una medida importante, que protege el accionista, permitiendo hacer la prueba en caso del ejercicio del voto contrario a las instrucciones emitidas.

De la Directiva se desprende además que los Estados miembros no deberán limitar el número de representados por cada representante, con lo cual deberán permitir al representante que actúe en nombre de varios accionistas, e incluso la emisión de votos de signo distinto en relación a cada uno de los accionistas que representa. Solamente es admisible esta orientación partiendo del principio de que el representante tiene como misión respetar el interés del representado y como límite seguir las instrucciones que haya recibido.

En el artículo 11 de la Directiva el legislador comunitario asume claramente la utilización de los medios electrónicos en el otorgamiento de la representación. Refiere, así, que los Estados miembros deberán permitir que los accionistas “*nombren representante por vía electrónica*” y que “*permitan que las sociedades acepten por vía electrónica la notificación del nombramiento, y velarán por que todas las sociedades ofrezcan a sus accionistas al menos un método efectivo de notificación pro esta vía*”.

Sobre las formalidades para nombrar representante, fija la Directiva que tanto el nombramiento de los representantes como la notificación de ello a la sociedad deben efectuarse por escrito y no deberán depender de otras formalidades, con salvedad de aquellas que se muestren necesarias para garantizar la identificación del accionista y del representante y asimismo del contenido de las instrucciones de voto.

El objetivo de esta norma comunitaria no parece otro que el de permitir que el derecho de representación se concrete de forma simple y eficaz, apartando todas las exigencias que son dispensables para el correcto ejercicio de este derecho, y más aún si no son más que artificios de las sociedades para impedir el ejercicio del derecho de representación a determinadas personas o a favor de algunas personas. Pero como se ha dicho ya, es también una norma que presenta asimismo una importancia mayor en el ámbito de la utilización de las nuevas tecnologías.

En efecto, de la redacción del precepto se desprende con claridad que recae sobre las sociedades la competencia para facilitar la utilización de los medios electrónicos en la notificación del nombramiento, por una parte, y, por otra parte, que no podrán dificultar la utilización de estos medios más de lo necesario. Es sabido que

muchas veces las sociedades admiten la utilización de los medios electrónicos de modo cuasi ficticio; es decir, admiten que tales medios sean utilizados en el ejercicio de los derechos de los socios, pero exigen la verificación de requisitos de tal forma rigurosos que los socios ni intentan hacer uso de estas facilidades. La Directiva, consciente de esta realidad, entendió que además de las exigencias necesarias para identificar el accionista, el representante y el contenido de las instrucciones de voto, no serán admitidas otras que sólo persigan dificultar el ejercicio del derecho de representación del accionista en general y, en particular, el uso de las nuevas tecnologías.

Veamos ahora si el *Código Unificado de Recomendaciones de Buen Gobierno*, de 19 de mayo de 2006, se pronuncia sobre este tema. La Junta General de accionista no ha captado la atención del *Código Unificado* que pocas palabras, y casi siempre genéricas, le ha dedicado<sup>440</sup>. Sin embargo, la Recomendación número tres hace referencia directa a la solicitud de la delegación de voto, recomendando que se estudien las posibles vías para facilitar la coordinación entre los pequeños accionistas para “darles más voz en la junta general y facilitarles el ejercicio de los derechos de minoría”. Entre los distintos mecanismos que pueden facilitar la comunicación entre los accionistas se cita la creación de un “foro electrónico de accionistas” o la creación de un “registro voluntario de agrupaciones de accionistas de sociedades cotizadas”. Con especial enfoque en el derecho de representación, recomienda asimismo el *Código Unificado* que se haga una “revisión de la regulación de las solicitudes públicas de delegación de voto, con el fin de incrementar su transparencia y neutralidad”.

Las Recomendaciones números cinco y seis también tocan la materia de la representación aunque indirectamente. La primera se refiere a la votación separada de asuntos, consistiendo la recomendación en permitir el voto de forma autónoma para los asuntos considerados sustancialmente independientes. Es una recomendación que converge de forma positiva con el derecho de representación, ya que facilita notablemente su ejercicio permitiendo a los representantes seguir más sencillamente las instrucciones de los representados. La recomendación incide particularmente sobre dos asuntos; a saber, de un lado, la votación de nombramiento o ratificación de consejeros

---

<sup>440</sup> En extenso, *vd.* RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, «Comentarios a las recomendaciones del Código Unificado del Buen Gobierno (publicado por la CNMV el 19 de mayo de 2006) – Junta general y derechos del accionista (recomendaciones 1, 3, 4, 5 y 6)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 27, 2006, páginas 31-63.

deberá realizarse de forma individual y, de otro lado, en las modificaciones de los estatutos deberán ser votados individualmente cada uno de los artículos o cada grupo de artículos que sea independiente de los restantes. A su vez, en la Recomendación seis se promueve el fraccionamiento del voto “*a fin de que los intermediarios financieros que aparezcan legitimados como accionistas, pero que actúen por cuenta de clientes distintos, puedan emitir sus votos conforme a las instrucciones de éstos*”.

#### **7.4.1.1. La representación voluntaria y las nuevas tecnologías**

Verificamos, en suma, que el instituto de la representación de los socios puede hacer frente al absentismo que hoy día se constata en las juntas generales, sobre todo de las grandes sociedades anónimas. La revitalización de la junta continúa siendo un caballo de batalla del Derecho de las sociedades comerciales, sobre todo, de las grandes sociedades ya que se sigue considerando que este órgano es esencial para el buen funcionamiento de las sociedades. Hemos afirmado en distintas ocasiones que el desinterés de los socios en participar en las juntas generales se centra fundamentalmente en la falta de motivación, potenciada sobre todo por la consciencia de que tienen una importancia reducida en las decisiones de la junta. La inversión de esta tendencia a fin de motivar a los socios a participar en las juntas pasa, antes que nada, por un levantamiento de los obstáculos técnicos y jurídicos que están en el camino del ejercicio de los derechos de los socios. Algunos de estos obstáculos pueden actualmente ser removidos de forma más fácil y rápida con el auxilio de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. En esta línea, es claro que el impulso para la utilización de los medios electrónicos tiene que pasar por presentar rango de ley o, cuando menos, de recomendación de buen gobierno corporativo, pues es comprensible que el órgano de gestión no los implemente *motu proprio* de forma efectiva, ya que podrían tornarse en una incómoda herramienta de control de su actuación. La representación de los accionistas siempre fue considerada como un instrumento al alcance de los socios para ejercer sus derechos. Si combinamos el instituto de la representación de los socios con las nuevas tecnologías de la información, podemos conseguir mejoras significativas en

el ejercicio de los derechos de los socios: sobre todo de las minorías y de los llamados socios transfronterizos. La regulación del instituto de la representación en el ordenamiento jurídico español no juega, sin embargo, a favor de los derechos de los socios ni incentiva realmente su participación en la Junta General. Al contrario, termina siendo un obstáculo más para la participación en las juntas.

Ante lo expuesto resulta claro que la simplificación del régimen de la representación de los socios es tan urgente como necesaria. La utilización de los medios electrónicos en el otorgamiento de los poderes de representación es fundamental para incentivar el uso de este instituto y consecuentemente para permitir una mayor participación en las juntas. Nótese también que la utilización de las nuevas tecnologías permitirá el envío de las informaciones necesarias para el otorgamiento de la representación y, en caso de solicitud pública, de las informaciones sobre la identidad y motivaciones del solicitante. Resulta así que la utilización de las nuevas tecnologías podrá incrementar la transparencia necesaria e imprescindible en las relaciones de representación. Concluimos pues, que es fundamental que el legislador incentive la incorporación de los medios tecnológicos en la solicitud y otorgamiento de la representación.

Veamos ahora, cuales son los problemas que en concreto se plantean con la utilización de los medios telemáticos en la representación de los socios en el ordenamiento societario español.

Como antes indicamos, desde la Ley de transparencia de 2003 por la que se modifica la LSA 1989, el legislador prevé que la representación de los accionistas se realice mediante medios de comunicación a distancia (cfr., art. 106.2 LSA; ahora art. 184.2 TRLSC; también el art. 189.2 TRLSC), siempre que se garantice de modo adecuado la identidad del accionista que ejerce su derecho de asistencia y voto. Así, podrán los accionistas utilizar cualquier medio escrito que permita concluir de forma indubitable la voluntad efectiva del accionista representado para nombrar un representante, la autenticidad del documento y la identidad del representado. Al propósito, apunta VAÑÓ VAÑÓ que *“incluso se debería llegar a admitir un documento no firmado pero sobre el que no existen dudas sobre su autenticidad”*<sup>441</sup>.

---

<sup>441</sup> Cfr. VAÑÓ VAÑÓ, María José, «Medios telemáticos y derecho de representación», en *Revista de la Contratación Electrónica*, n.º 82, 2007, páginas 3-35, aquí página 13.

Una primera cuestión que se plantea y que ya apuntamos anteriormente, reside en saber si el otorgamiento de la representación por medios electrónicos sólo es posible si previamente ha sido específicamente contemplado en los estatutos de la sociedad correspondiente. Es decir, si el apartado 2 del artículo 184 en combinación con el apartado 2 del art. 189, ambos del TRLSC, al que se remite (antes arts. 106.2 y 105.4 LSA) solamente indica la posibilidad de que los socios puedan utilizar estos medios, pero sin obliga a las sociedades anónimas a admitir en todo caso su utilización. Se presenta, por lo tanto, la siguiente cuestión: ¿el ejercicio del derecho de representación a través de los medios telemáticos requiere o no requiere una expresa previsión estatutaria?

A nuestro juicio la utilización de estos medios depende de previa previsión estatutaria<sup>442</sup>. Sin embargo, somos receptivos a otras interpretaciones de la norma que, pensamos, no resulta muy afortunada en su redacción. Efectivamente la técnica jurídica utilizada no está exenta de críticas y permite interpretaciones contradictorias. Veamos.

Por una parte, la norma parece muy clara cuando refiere de forma asertiva que *“la representación se podrá conferir por escrito o por medios de comunicación a distancia”*. De la lectura simple de estas palabras parece que el legislador apunta como medios posibles dos: el escrito y el vehiculado por medios de comunicación a distancia. Son dos medios que se encuentran a disposición de los socios y que las sociedades, aparentemente, no pueden soslayar. Sin embargo, una lectura más atenta permite despejar las dudas. En primer lugar, el legislador, al separarlos con la disyuntiva “o”, autonomiza el medio escrito de los medios de comunicación a distancia. ¿Será entonces que el medio escrito no puede ser vehiculado a través de medios a distancia? ¿Es admisible que la representación sea conferida verbalmente a través de un medio a distancia? Creemos que el legislador confundió un poco los conceptos y que debería haber afirmado imperativamente que la representación deberá conferirse en todo caso por escrito<sup>443</sup>. De modo que la materialización del escrito que contiene la representación

---

<sup>442</sup> En Contra, MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas Tecnologías en el funcionamiento de las Juntas generales y de los Consejos de Administración*, cit., páginas 137, 138 y 139.

<sup>443</sup> Algunos autores entienden que, una vez previsto en los estatutos, no es necesario que el otorgamiento se haga por escrito. Así, MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas Tecnologías en el funcionamiento de las Juntas generales y de los Consejos de Administración*, cit., páginas 138 y 140. Expone dicho autor que *“antes de la reforma ya había emplear la mayoría de esos medios, en concreto los que fueran «por escrito», si reunían las condiciones de autenticidad fijadas estatutariamente. Ahora cabe cualquier sistema de comunicación a distancia, incluso no escrito, siempre que lo permitan los estatutos y pueda*

podría ocurrir tanto en soporte papel como en soporte digital. Así, no quedarían dudas de que, por una parte, sería necesario un documento escrito para otorgar la representación y, por otra parte, que ese documento podría ser materializado en papel o por medio de un medio de comunicación a distancia. Pensamos, pues, que la exigencia de un documento escrito es una condición mínima para conferir la representación, pues solamente así se podrá comprobar fehacientemente la voluntad del accionista en ser representado, la identidad del representante y cuáles son los términos y límites de la representación otorgada. Más importante que la forma por la cual se otorga la representación, es asegurar que se transmite a la sociedad un determinado poder de representación. Estamos de acuerdo, así, con RONCERO SÁNCHEZ, cuyas palabras a pesar de escritas en el año de 1996 siguen adecuadas a la realidad, cuando afirma que “*con carácter general puede afirmarse que, en la medida que se trata de un documento en el que consta un negocio de apoderamiento, en principio, deberá contener como mínimo los elementos esenciales de dicho negocio, es decir, la identificación del representado y representante y la declaración de voluntad de otorgamiento de un poder de representación (objeto del negocio de apoderamiento)*”<sup>444</sup>. Tal vez el legislador hubiera pretendido decir que el otorgamiento de la representación por medios telemáticos puede carecer de firma electrónica reconocida (que siempre podría sustituir el documento escrito en soporte de papel, incluso aunque la Ley omitiera totalmente la posibilidad de utilización de medios de comunicación telemática) y, por eso, haya utilizado la disyunción “o”. Sea como fuere, pensamos que el otorgamiento de la representación debe conferirse por escrito, pues es la única forma de identificar claramente a representante y representado y de confirmar las instrucciones impartidas, en su caso, por el representado al representante para confirmar si éste actuó bajo dichas instrucciones y consecuentemente procedió de acuerdo con el interés del representado. Además si la sociedad pretende permitir el nombramiento del representante a través de la utilización de los medios electrónicos lo deberá expresamente consagrar en sus estatutos. En efecto,

---

*acreditarse, de algún modo, la identidad del accionista”*. Además, añade el autor que “*en principio, es lícito cualquier medio que permita comprobar la identidad del accionista otorgante: documento firmado enviado por fax o como imagen adjunta a un correo electrónico; mediante e-mail con firma electrónica; por formulario en página web, accesible mediante claves otorgadas por la sociedad; mediante mensaje de texto, o incluso, telefónicamente, etc”*.

<sup>444</sup> Cfr. RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, *La representación del accionista en la Junta General de la Sociedad Anónima*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1996, página 198.



como se dice, tendremos que combinar los dos preceptos 189.2 y 184.2 TRLSC y en este último la utilización de los medios electrónicos depende de previsión estatutaria. Por lo demás, se así no fuera significaría que el legislador estaría imponiendo la utilización de los medios electrónicos en este ámbito lo que no se evidencia de la norma. El legislador, en los casos que obliga a la utilización de los medios telemáticos, lo hace de forma expresa (véase el ejemplo de las sociedades cotizadas). Ya afirmamos aquí que la utilización de las nuevas tecnologías no deberá ser impuesta a todas las sociedades en general. Los distintos legisladores lo hacen con relación a las sociedades cotizadas que todavía serán aquellas que, sin duda, tendrá las condiciones técnicas y financieras para introducir estos medios. Nótese asimismo que la Directiva 2007/36/CE impone la posibilidad del nombramiento del representante por vía electrónica (art. 11.1) pero solamente es de aplicación obligatoria a las sociedades anónimas. En conclusión, defendemos que la permisión de los accionistas de las sociedades no cotizadas utilicen las nuevas tecnologías para conferir representación (y asimismo revocarla) dependerá de previsión estatutaria por la remisión legal que se hace del art. 189.2 al art. 184.2 TRLSC.

De cualquiera de las maneras, creemos que, en definitiva, la redacción conduce a diferentes interpretaciones que, naturalmente, no son deseables y entorpecen el buen funcionamiento del sistema jurídico en un aspecto fundamental de la vida de las sociedades.

Tal vez interpretar la norma en conformidad con la Directiva 2007/36/CE nos permita inclinar definitivamente para una única orientación. De hecho la dicha Directiva menciona claramente, en su art. 11, que, por una parte, los Estados miembros deben permitir el nombramiento de los representantes por vía electrónica (párrafo1) y, por otra parte, que *“velarán por que el nombramiento de los representantes y la notificación del nombramiento a la sociedad solo puedan efectuarse por escrito. Aparte de este requisito formal básico, el nombramiento de representante, la notificación del nombramiento a la sociedad y la comunicación al representante de las instrucciones de voto, caso de haberlas, únicamente podrán estar sujetas a los requisitos formales que sean necesarios para garantizar la identificación del accionista y del representante, o para garantizar la posibilidad de verificar del contenido de las instrucciones de voto, respectivamente, y solo en la medida en que dichos requisitos resulten proporcionados*

*para alcanzar esos objetivos*". Termina el mismo precepto refiriendo que las mismas reglas se aplicarán a la revocación del nombramiento del representante.

Sería posible, sin embargo, cuestionar se el nombramiento del representante se podría hacer en directo durante la celebración de la Junta General, especialmente en las ocasiones de juntas totalmente virtuales. Ante todo, dígase que a ser admisible tendría que ser conferido antes de la entrada en el orden del día ya que la lista de asistentes (art. 192 TRLSC) se fija antes de se entrar en el orden del día y *"determinará el número de socios presentes o representados, así como el importe del capital del que sean titulares, especificando el que corresponde a los socios con derecho de voto"*.

Significa esto dos cosas: *i)* por una parte, que no acatamos la posibilidad de los socios que están a asistir telemáticamente a Junta General nombren un representante después de iniciada la discusión de los asuntos insertos en el orden del día; *ii)* por otra parte, que admitimos la posibilidad de los socios que asisten telemáticamente nombraren, en directo, un representante hasta el momento inmediatamente anterior al de la entrada en el orden del día, desde que, envíen, en simultaneo, por escrito (electrónicamente, a su caso) el instrumento de representación.

El segundo problema reside en saber si es necesaria en todo caso la previa autorización estatutaria. Como hemos visto, el art. 184.2 TRLSC (antes 106.2 LSA) señala que la utilización de los medios de comunicación a distancia depende del cumplimiento de *"los requisitos previstos en esta ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada junta"*, remetiéndose así al art. 189.2 TRLSC, según el cual, *"de conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto"*. Corresponde ahora esclarecer cuáles son los requisitos exigidos para el voto a distancia en el art. 189.2 TRLSC (anterior 105.4 LSA) que deben aplicarse realmente a la representación conferida a distancia por medios de comunicación a distancia (art. 184.2 TRLSC; art. 106.2 LSA).

Significa todo ello que, en nuestro juicio, será necesaria la previsión estatutaria para el otorgamiento de la representación por medios a distancia. Es pues esta la posición que, pensamos, más conforme a letra y espíritu de la norma (184.5 TRLSC).

Mejor dicho, el legislador previó la utilización de los medios de comunicación a distancia en el ámbito del ejercicio del derecho de voto, y pretendió que dicha utilización dependiese, de una parte, de la previsión estatutaria e, de otra parte, de la exigencia de garantizar la identidad de aquel socio que ejerce su derecho o, en su caso, de su representante<sup>445</sup>.

Además de la previsión estatutaria admitiendo la utilización de los medios telemáticos en el nombramiento de la representación, deberán los estatutos reglamentar adecuadamente esta materia. En efecto, dicha reglamentación es fundamental para el ejercicio del derecho, pues solamente una buena definición de los procedimientos a seguir podrá conferir la seguridad y confianza necesarias para la utilización de estos medios en el ejercicio del derecho de representación.

La utilización de estos medios telemáticos en esta materia va al encuentro de los textos comunitarios que, como ya afirmamos aquí distintas veces, caminan en el sentido de facilitar y flexibilizar el ejercicio de los derechos de los accionistas y, en su mayoría, apuntan a la utilización de los medios telemáticos como una medida que deberá ser incentivada por los legisladores nacionales. Todavía el legislador comunitario, y en su seguimiento los distintos legisladores nacionales, bien comprenden que, ante el actual estado de la técnica, no es razonable imponer la utilización de estos medios, sino remeter cualquier utilización de ellos para la previsión estatutaria.

Los medios telemáticos podrán asimismo ser útiles en la situación en que el socio no se encuentra físicamente presente en la junta, sino mediante representante, pero sigue el decurso de los trabajos y da instrucciones de voto en directo a su representante.

---

<sup>445</sup> Respecto a una problemática idéntica pero relativa a utilización del fax, apunta RONCERO SÁNCHEZ que “*el problema que plantea la admisibilidad de estos medios no es tanto de forma cuanto de prueba: no se trata del soporte material sobre el que se recoja el otorgamiento de un poder de representación, sino de una cuestión de prueba de la autenticidad de la voluntad del otorgante*”. Así, de acuerdo con este autor no sería necesaria cualquier previsión estatutaria. Efectivamente, la doctrina siempre se ha preguntado sobre la admisibilidad de algunos medios considerados modernos en cada fecha, como por ejemplo el fax. Sobre esta materia se pronunció, en 1996, RONCERO SÁNCHEZ, en su obra de referencia sobre el derecho de representación de los accionistas. Cfr. RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, *La representación del accionista en la Junta General de la Sociedad Anónima*, cit, página 201.

El mayor problema que, en esta sede, planteamos reside en las eventuales dificultades sobre la prueba de las instrucciones. Sin embargo, basta que tales instrucciones sean dirigidas por correo electrónico – u otro medio a distancia que sea escrito y del que pueda quedar constancia – para disipar el obstáculo y garantizar el cumplimiento de las instrucciones enviadas. Sobre esta temática obsérvese asimismo que existiendo la posibilidad para el socio de votar en directo, a través de medios telemáticos, la utilidad de esta modalidad de asistencia a la junta queda bastante reducida, pues que de esa forma el socio podrá votar directamente sin nombrar a representante. Indícanos la Directiva 2007/36/CE que los Estados miembros deberán permitir que las sociedades anónimas cotizadas tengan condiciones jurídicas para ofrecer a sus accionistas cualquier forma de participación en la Junta General a través de la utilización de los medios electrónicos. Del mismo precepto, art. 8, trasparece que, entre otras posibilidades, las dichas sociedades deberán poder ofrecer a sus accionistas *“en especial alguna o todas las formas de participación siguientes: a) la transmisión en tiempo real de la junta general; b) la comunicación bidireccional en tiempo real para que los accionistas puedan dirigirse a la junta general desde un lugar distante; c) un mecanismo para emitir votos bien antes, bien durante la junta general sin necesidad de nombrar a un representante que esté físicamente presente en la junta”*. Aconseja pues el legislador comunitario a una utilización de los medios telemáticos que permite la comunicación bidireccional y el ejercicio del derecho de voto, pero asume que las sociedades podrán optar solamente por una de estas modalidades. Así, por ejemplo, cuando la sociedad solamente faculta la transmisión en tiempo real de la Junta General no facilitando, sin embargo, la comunicación bidireccional ni la emisión del voto a distancia, será interesante pensar en la posibilidad del socio estar representado en la Junta General e incluso enviar instrucciones a su representante.

Otra cuestión que se ha planteado más recientemente está relacionada con la admisibilidad de representantes que no se encuentren presentes físicamente en la junta sino virtualmente. Una vez más, no apreciamos obstáculos jurídicos a la representación telemática, si se puede calificar en estos términos. En efecto, al representante podrán ser atribuidos los mismos derechos que su representado ostenta y siendo uno de ellos la asistencia telemática a la junta (cfr., art. 182 TRLSC y art. 8 Directiva 2007), no vemos

razones para impedir que el representante pueda participar en la junta a distancia por medios telemáticos, del mismo modo que podría hacerlo el accionista representado.

Dígase igualmente que, en las situaciones de juntas puramente virtuales, es decir, sin que se designe ninguno lugar físico para la respectiva celebración de la junta, la representación solamente se puede conferir a través de la utilización de medios telemáticos y el propio representante deberá estar telemáticamente conectado con la junta.

Apuntamos, en las líneas que preceden, que la ley establece (art. 185 TRLSC) que la representación es siempre revocable. La mencionada norma, refiere expresamente que la simple presencia física tendrá valor de revocación. La pregunta que se impone es obvia: ¿la presencia telemática tienen asimismo, por sí sola, valor de revocación de la representación? Aquí tendremos que suscitar dos hipótesis: *i*) la presencia telemática no engloba una comunicación bidireccional y, por lo tanto, incluye simplemente la posibilidad del socio asistir a los trabajos desarrollados en la junta sin todavía intervenir en ellos; *ii*) la presencia telemática es bidireccional y permite al socio la plena participación en la junta, es decir, intervención en el debate y ejercicio del derecho de voto. En la primera hipótesis planteada, la presencia telemática del socio no será, verdaderamente, una presencia en la junta, puesto que no permite una efectiva participación en la reunión, sino una mera asistencia. El socio es más bien un espectador que un interviniente. Por ello, la función del representante (intervenir y ejercer el derecho de voto en nombre del representado) se mantiene y, por eso, esta forma de asistir a Junta General no podrá implicar la revocación de la representación. Al revés, en la segunda situación configurada, la presencia telemática, por sí sola, deberá valer como revocación de la representación. Efectivamente, el socio que participa telemáticamente en una Junta General y que lo hace a través de medios que permiten una comunicación bidireccional, y consecuentemente le ofrecen la oportunidad de discutir los asuntos insertos en el orden del día y de ejercer su derecho de voto, deberá ser equiparado al socio que asiste físicamente a reunión puesto que ambos podrán ejercer exactamente los mismos derechos. Además, aquél socio que vota a distancia será contabilizado a los efectos del quórum y, por eso, si la presencia telemática no revocase la representación se podría correr el riesgo de las mismas participaciones se contabilizaren duplamente.

#### **7.4.2. La representación voluntaria en las sociedades de responsabilidad limitada**

En las palabras que se siguen pretendemos hacer un breve apuntamiento sobre la utilización de las nuevas tecnologías en el seno de las sociedades de responsabilidad limitada. Alejándonos pues de consideraciones de fondo sobre, por ejemplo, la calidad del representante. De la ley resulta simplemente que el nombramiento deberá constar de documento escrito (art. 183.2 TRLSC) y cuando no conste de documento público deberá ser especial para cada junta.

De resto, la Ley es completamente omisa cuanto a posibilidad o imposibilidad de la utilización de las nuevas tecnologías en este ámbito. Ya lo era en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, sigue siéndolo ahora en la Ley de sociedades de capital. Sobre esta continuidad del silencio legal respecto la utilización de los medios telemáticos en el funcionamiento de las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada ya hicimos nuestras críticas que, aquí, reiteramos nuevamente.

No es, pues, comprensible ni razonable impedir la utilización de las nuevas tecnologías en las sociedades de responsabilidad limitada y, como también ya frisamos anteriormente, creemos que, la omisión legal, no obsta a validez de una previsión estatutaria que comprenda la utilización de estos medios en general y, en particular, en el ámbito de la representación.

Vimos que el instrumento del nombramiento deberá ser reducido a escrito. Cumple verificar ahora la eventual validez del nombramiento por vía electrónica. Para ello, recordemos, antes que nada, lo dicho respecto a los documentos electrónicos y a su equiparación a los documentos escritos en soporte de papel. Sin embargo, la validez de aquellos documentos electrónicos dependerá de los mismos se encontraren firmados con firma electrónica reconocida. Efectivamente, al no contemplar el TRLSC la utilización directa de los medios telemáticos para conferir representaciones ni voto a distancia, solamente de esta forma podrán ser considerados admisibles.

Como, de acuerdo con nuestro entendimiento, los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada podrán prever la utilización de los medios telemáticos

permitiendo, inclusivamente, la posibilidad de sus socios votaren a distancia (como veremos a continuación) y de asistieren telemáticamente a las reuniones de la junta (como notamos anteriormente), no tenemos dudas que también lo podrán hacer en relación a representación. De esta forma, creemos que lo analizado en el punto anterior, respecto a utilización de las nuevas tecnologías en la representación voluntaria, tiene plena aplicación en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada y, por ello, nos excusaremos de lo repetir.

### **7.5. La Votación**

A modo de introducción al tema que se va a desarrollar, anticipéase que la utilización de las nuevas tecnologías presenta cada vez mayor expresión en el momento de votación, a su caso, votación a distancia. Al respecto, precítese que cuando los votos pueden ser emitidos a través de estos medios es fundamental definir el procedimiento que el socio deberá seguir. De hecho, la emisión electrónica de votos deberá ser realizada mediante el respecto por un determinado procedimiento. Siempre que tal procedimiento no se verificar el voto solamente podrá ser considerado como “no debidamente emitido” y, por eso, caerá en el ámbito de la nulidad. Imagínese, por ejemplo, que el sistema electrónico permite que el socio vote dos veces, y en sentidos diversos, en el mismo asunto. El voto tendrá forzosamente que se considerar nulo. Nótese que, a semejanza con lo que pasa con los socios que emiten sus votos en el local en que se desarrolla la junta, aquellos socios que emiten (aun que electrónicamente) votos nulos deberán ser contabilizados a los efectos del quórum y, por eso, el sistema electrónico utilizado deberá permitir contabilizar a los dichos efectos aquellos socios, no obstante, no se dice, no emitieren votos validos. Además, es la ley que apunta, en el art. 189.3 TRLSC, con relación a las sociedades anónimas, que “*los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes*”. El socio que vota a distancia podrá estar a seguir los trabajos de la junta y votar en simultáneo con los restantes socios o entonces no se encontrar a seguir los dichos trabajos y tener votado en un momento previo (en fecha indicada por la sociedad). En ambas las situaciones se puede configurar el escenario del voto nulo con la consecuencia que arriba aportamos: el socio (mejor, el capital perteneciente al socio)

emite el voto deberá ser contabilizado a efectos de quórum y al revés el voto (mejor: los votos correspondientes al capital que el socio representa) deberá ser calificado de nulo y, por lo tanto, no ser contabilizado.

A la par de esta posibilidad tendremos que apreciar la posibilidad del socio que vota a distancia pretender abstenerse. ¿Deberá o no ser contabilizado a efectos de quórum? Depende, decimos nosotros. Tendremos que analizar distintas conjeturas.

En una primera situación fijemos que la sociedad faculta en el boletín de voto tres hipótesis de sentido de voto para cada uno de los puntos en discusión: voto positivo; voto negativo; abstención. Aquí el socio emitirá el voto de acuerdo con su voluntad inclusive la posibilidad de se abstener con relación a uno o a todos los asuntos. Pensamos que se trata de un escenario que no presenta dudas de mayor. El capital representado por el socio deberá ser tenido como presente y contabilizado a efectos de quórum mismo que se verifique que el abstuvo en todos o algunos asuntos. Los votos serán naturalmente contabilizados de acuerdo con el sentido en que fueran emitidos.

Una segunda posibilidad no suscita igualmente dudas: pensemos en la situación en que el socio simplemente no emite cualquier voto ni participa de ninguna forma en la Junta General, es decir, ni a través de medios telemáticos ni físicamente (o con representante). Obviamente que aquí el capital representado por el socio no será tenido en cuenta a efectos de quórum. Es posible decir que el socio se abstuvo en sentido lato, porque no participó en la Junta, pero no es esa la noción de abstención que aquí pretendemos concretar. Si contabilizásemos aquellos socios que nada hacen, llegaríamos, en ultima ratio, a la conclusión absurda que todas las juntas tenían asistencia total...

Veamos ahora, la tercera posibilidad. El socio asiste telemáticamente a los trabajos de la Junta General y, llegada la hora de emitir sus votos (pudiendo hacerlo telemáticamente y en simultaneo con los socios físicamente presentes o representados), no los emite. Pensamos que también aquí el capital representado por el socio deberá ser tenido en cuenta a efectos de quórum. De hecho, el socio podría votar y si lo hiciese no quedarían dudas que su capital sería contabilizado aquellos efectos. Así, si no vota es porque lo hace conscientemente, es decir, pretende efectivamente abstenerse con relación a un determinado asunto. Por eso, deberá ser contabilizado a efectos de quórum y como las abstenciones no serán contabilizadas su capital no será contabilizado a



efectos de voto. Nótese que esta situación no se deberá confundir con aquella otra en que el socio simplemente puede asistir al desarrollo de los trabajos a través de los medios electrónicos y no puede ejercer el voto. En la última situación es claro que el capital del socio no podrá ser contabilizado a los efectos del quórum.

Podemos aun pensar en otro escenario: el boletín de voto facilitado por la sociedad es relativo a todos los asuntos y solamente ofrece dos sentidos de voto: el positivo y el negativo. Imagínese que se encuentran en discusión cinco asuntos y que el socio vota con relación a tres de ellos. Pensamos, una vez más, que el capital representado por el socio deberá ser teniendo en cuenta a los efectos del quórum con relación a los cinco asuntos, no obstante tener solamente votado con relación a tres de ellos. Es claro que el socio se pretendió abstener en los dos restantes.

Estas son solamente algunos de los escenarios que se pueden levantar con relación a relevancia de las nociones de votos nulos y de las abstenciones y a su conexión con la utilización de los medios telemáticos.

La utilización de los medios telemáticos no es exenta de dificultades. Una de ellas relacionase con el problema de la retirada de los socios durante la celebración de la junta. Creemos que los medios técnicos utilizados por la sociedad tienen que prever esta situación y garantizar que quede constancia de la retirada de los socios virtuales. Este problema solamente existe en el momento de la votación. Como apuntamos, la verificación del quórum es exigido para la constitución de la junta, no para el momento de adopción de los acuerdos sociales, cuya validez depende sólo del resultado de la votación de acuerdo con las mayorías legal o estatutariamente previstas.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 105.4 LSA (art. 189.2 TRLSC), el voto de las propuestas constantes en el orden del día puede ser ejercido *“por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto”*. Así, como veremos posteriormente cuando nos ocupemos de la temática relativa al voto del accionista, la letra de la ley admite una votación en directo, por medios telemáticos, a los socios que no se encuentran presentes físicamente. Significa lo referido que los socios virtualmente presentes podrán emitir su voto igualmente de forma virtual en el momento de la votación.

Ante lo expuesto, se pueden dar dos situaciones distintas. Una primera situación se verifica si el socio vota con anterioridad al momento de la votación que ocurre durante la celebración de la junta, siendo computada en el quórum su participación en el capital social y contabilizado su voto. Una segunda situación ocurre si el socio no vota con anterioridad por medios electrónicos, sino que vota por medios telemáticos durante la celebración de la Junta, en cuyo caso los medios técnicos tienen que garantizar que el socio votó (o no) y en tal medida será contabilizado.

En conclusión, si el socio que votó a distancia lo hizo con anterioridad a celebración de la junta poco importa se asistió o no (telemáticamente, por cierto, ya que la presencia física revocaría el voto anteriormente emitido) porque siempre será computado en el quórum de constitución y su voto siempre será contabilizado en la adopción del acuerdo en causa. Diferentemente, si el socio asiste telemáticamente al desarrollo de la junta y voto (también de forma telemática) en directo, es decir, exactamente en el mismo momento en que votan los socios físicamente presentes, entonces su retirada influenciará naturalmente en la.

### **7.5.1. El principio mayoritario**

Como se ha dicho repetidas veces, en las sociedades pluripersonales, que aquí nos importan, los acuerdos de las juntas son tomados por mayoría de votos contabilizados bajo el principio democrático de la mayoría mezclado con el principio capitalista, donde la mayoría es alcanzada no a través del número de personas que vota sino a través del número de participaciones de capital. Esta combinación de principios permítenos afirmar que en estas sociedades rige, al envés de la democracia, la plutocracia<sup>446</sup>.

---

<sup>446</sup> Vd., entre otros, GALÁN CORONA, E., «La junta general», *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1994, págs. 493 y ss; BARBA DE VEGA, J., «Junta general», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, de Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), J. D. Rodríguez Martínez y J. Barba de Vega, Pamplona, 1998, pág. 211 y ss; SÁNCHEZ CALERO, F. *La junta general en las sociedades de capital*, Pamplona, 2007; MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, *El principio mayoritario de funcionamiento de la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada (análisis del art. 53.º de la LSRL de 1995)*, Thomson, Civitas, abril – 2008.

El nuevo TRLSC centra el principio mayoritario en dos artículos que, no obstante sean distintos, creemos que se interconectan como intentaremos demostrar adelante.

Así, el art. 198 TRLSC refiere que *“en la sociedad de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social”* y in fine que *“no se computarán los votos en blanco”*; a su vez, el art. 201.1 menciona que *“en la sociedad anónima los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados”*.

Ya referimos aquí que las alteraciones provocadas por el TRLSC son más bien sistemáticas que sustantivas. Aún así, creemos que con relación a las mayorías de las sociedades anónimas el legislador ha introducido una nueva e importante precisión. De hecho, creemos que el legislador aprovechó la oportunidad para esclarecer dudas importantes que se planteaban respecto del principio mayoritario ante la coexistencia de las LSRL y LSA.

En el nuevo TRLSC el principio mayoritario se consagra fundamentalmente en dos artículos, el 198, respecto las sociedades de responsabilidad limitada, y el 201.1 relativo a las sociedades anónimas. Así, el art. 198 refiere que *“en la sociedad de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social”* y in fine que *“no se computarán los votos en blanco”*; y el art. 201.1 menciona que *“en la sociedad anónima los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados”*.

¿Qué decir sobre los preceptos anteriormente aportados? Con relación a las sociedades de responsabilidad limitada, el TRLSC se limitó a importar el apartado 1, del art. 53 de la LSRL, bajo epígrafe “principio mayoritario”, manteniendo exactamente el mismo contenido en el actual art. 198 TRLSC. Al envés, relativamente a las sociedades anónimas la LSA simplemente refería, en el respectivo art. 93.1 LSA, que *“los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta”*. Ahora, viene el TRLSC,

en el art. 201.1, aclarar que la mayoría por la cual serán adoptados los acuerdos es ordinaria.

Las dudas que se planteaban ante la coexistencia de la LSA y de la LSRL eran las siguientes: ¿la mayoría exigida en la adopción de los acuerdos sociales de las anónimas es absoluta u ordinaria?; ¿deberán o no ser computados los votos en blancos y los votos nulos de los accionistas?

La doctrina discutía la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 53.1 LSRL a las sociedades anónimas e impedir que también en éstas últimas no se contabilizasen los votos nulos y los votos en blanco<sup>447</sup>. Tendría sentido tal aplicación analógica, desde luego, porque la LSRL suponía una superación legislativa de la LSA y resolvía problemas comunes planteados frecuentemente en las sociedades anónimas.

Parece que el legislador en el TRLSC siguió el camino trazado por la doctrina. Analicemos un poco el significado de la mayoría ordinaria que se exige, respecto a las anónimas, en TRLSC.

Como ya hemos declarado, en las sociedades limitadas vigoraba, en la LSRL, y sigue vigorando, en el TRLSC, la regla de exclusión de los votos nulos y de los blancos del cómputo general de la votación. Significa esto que el acuerdo social solamente será aprobado se tuviere más votos positivos que votos negativos. Teniendo en cuenta que en esta sede no se contabilizan los votos nulos (porque solamente incluye los votos válidamente emitidos) y blancos y tan solo se contabilizan los votos positivos y negativos, el acuerdo será aprobado siempre que recoger la mayoría de más de cincuenta por cien de los votos positivos. Con relación a las anónimas el legislador del TRLSC no hace una referencia expresa a no contabilización de los votos nulos y blancos. Pese al hecho de se tratar de una ley con carácter meramente provisional,

---

<sup>447</sup> Para RODRIGO URÍA, AURELIO MENENDEZ y MUÑOZ PLANAS, “ha de entenderse que será suficiente la mitad más uno de los votos correspondientes a las acciones presentes en la junta para que esta pueda tomar acuerdo válido”. Cfr. URÍA GONZALEZ, Rodrigo, MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio y MUÑOZ PLANAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V – La junta general de accionistas (artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas), dirigido por Rodrigo Uria, Aurelio Menendez y Manuel Olivencia, Editorial Civitas, SA, 1992, Madrid, página 26; “La mayoría a que se refiere el artículo 93 [LSA] ha de calcularse, pues, sobre los votos concurrentes a la junta sin que para cada acuerdo en concreto puedan deducirse las abstenciones, los votos en blanco, o los que resulten invalidados, no obstante la posibilidad de atribuir a estos últimos una significación específica a la hora de hacer el cómputo”. Cfr. URÍA GONZALEZ, Rodrigo, MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio y MUÑOZ PLANAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V – la junta general de accionistas (artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas), dirigido por Rodrigo Uria, Aurelio Menendez y Manuel Olivencia, Editorial Civitas, SA, 1992, Madrid, página 34.

siempre tendrá que mantener alguna coherencia entre los preceptos que ostenta y, por eso, la solución que pensamos más adecuada es que también en las anónimas no se deberá contabilizar los votos en blanco ni los votos nulos. De hecho, nótese que, por una parte, el art. 198 presenta el epígrafe “mayoría ordinaria” y que, por otra, en el art. 201.1 se hace referencia que los acuerdos de las sociedades anónimas se adoptan precisamente por “mayoría ordinaria”. Así las cosas, creemos que el legislador no iría referir dos veces seguidas el mismo concepto apuntándole significados distintos. En efecto, la mayoría ordinaria referida en el art. 201.1 solamente puede ser la misma que viene plasmada en el art. 198. En conclusión, tanto en las limitadas como en las anónimas los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría ordinaria y los votos nulos y blancos no se contabilizarán.

Dicho de otra forma, el cómputo de la mayoría ordinaria del art. 53.1 LSRL (art. 198 TRLSC) se hace sobre los votos válidamente emitidos. Dentro de los votos válidamente emitidos están los votos en blanco, los cuales no se computan, siendo sí la mayoría ordinaria más votos positivos que negativos.

### **7.5.2. Mayorías reforzadas**

La regla general de mayoría ordinaria, que acabamos de analizar, presenta las excepciones designadas en el art. 199 TRLSC en lo que toca a las sociedades de responsabilidad limitada y en el art. 201/2 TRLSC en lo que concierne a las anónimas. Se tratan de dos preceptos que exigen mayorías reforzadas para la aprobación de determinados acuerdos que inciden sobre materias consideradas de especial importancia.

Nuevamente, el legislador establece criterios distintos respecto a la sociedad de responsabilidad limitada y a las anónimas. Así, mientras en las sociedades anónimas se dispone un refuerzo en el quórum de asistencia y una mayoría reforzada para los acuerdos sobre asuntos extraordinarios adoptados en segunda convocatoria (cfr., arts. 194 y 201.2 TRLSC), en las sociedades de responsabilidad limitada se refuerzan las mayorías de votación que no obstante permite garantizar una voluntad claramente mayoritaria a favor del acuerdo (al menos la mitad o al menos dos tercios de los votos

correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social), ya que en estas sociedades la mayoría va referida a la totalidad de los votos correspondientes al capital social, incluyendo por tanto abstenciones, votos nulos y en blanco<sup>448</sup>.

Nótese que, relativamente a las sociedades limitadas, la ley es clara al afirmar, por un lado, que la mayoría se computa sobre la totalidad de los votos correspondientes a las participaciones totales y, por otro lado, que los votos aquí en referencia son solamente los votos favorables y no los votos válidamente emitidos. Por lo tanto no se dan aquí los problemas interpretativos que apuntamos en relación con la mayoría ordinaria del art. 198 TRLSC (anterior, art. 53.1 LSRL). En definitiva, los acuerdos relativos a los asuntos incluidos en el art. 199 TRLSC (art. 53.2 LSRL) requieren una mayoría de votos favorables de al menos la mitad o al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social, es decir, incluyendo en el cómputo los votos nulos y los votos en blanco así como las posibles abstenciones. La mayoría así computada es, en verdad, una mayoría absoluta una vez que efectivamente se exige más de la mitad de los votos totales o una mayoría reforzada especial o cualificada que exige al menos dos tercios de los votos totales. De cualquier forma siempre tenemos de advertir que hay casos en que una modificación estatutaria exige la unanimidad y otros en que exige el consentimiento individual de un o más socios<sup>449</sup>.

A su vez, para las sociedades anónimas apunta el dicho art. 201.2 TRLSC que aquellos asuntos referidos en el art. 194 TRLSC, que por se traten de materias importantes exigen la elevación del quórum, deberán ser aprobados por *“el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en*

---

<sup>448</sup> Se trata de una opción legislativa seguida también por otros ordenamientos jurídicos, como son los casos de las sociedades de responsabilidad limitada italianas. Cfr. artículo 2479 del *Codice Civile* que refiere que *“qualora nell'atto costitutivo non vi sia la previsione di cui al terzo comma e comunque con riferimento alle materie indicate nei numeri 4) e 5) del secondo comma del presente articolo nonché nel caso previsto dal quarto comma dell'articolo 2482-bis oppure quando lo richiedono uno o più amministratori o un numero di soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale, le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare ai sensi dell'articolo 2479-bis. Ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo ed il suo voto vale in misura proporzionale alla sua partecipazione. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale”*.

<sup>449</sup> Véase, por ejemplo, los arts. 200/2 y 346 LSC.

Sobre la modificación de los estatutos sociales cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Modificación de los estatutos sociales, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Coordinador: U. Nieto Carol, Madrid, 1998, página 407 y siguientes.

*segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento”.*

Concluyese pues que el legislador pretende que, en ambos los tipos societarios (aunque de formas distintas) los asuntos más relevantes para la vida de la sociedad sean decididos por el acuerdo de un porcentaje de capital significativo.

### 7.5.3. Mayorías estatutarias

Finalmente, en los arts. 200.2 y 201.3 TRLSC pueden las sociedades de responsabilidad limitada y las anónimas, respectivamente, fijar en los estatutos el aumento de las mayorías legales establecidas, con el límite de la unanimidad. Así, de acuerdo con tales artículos, pueden los socios, *ab initio* o posteriormente a través de una alteración estatutaria, exigir mayorías superiores aquellas que la ley exige para un asunto concreto o más – hasta para todos los asuntos –, sin embargo tal mayoría “estatutaria” no puede jamás llegar a la unanimidad. La posibilidad legal de que los socios fijen las mayorías estatutarias se refiere meramente a la posibilidad de aumentar las mayorías legales, pero en ningún caso pueden reducirlas. Ante lo expuesto, podemos afirmar que se trata de un precepto legal que es relativamente imperativo ya que no permite su derogación en ninguno de los sentidos indicados. Dígase aún que se trata de una regla común en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, aunque existen otros que estipulan reglas distintas<sup>450</sup>.

---

<sup>450</sup> Así, en sentido semejante a lo dispuesto en la Ley Española, la Ley Portuguesa, en relación con las mayorías necesarias para la alteración estatutaria en las sociedades de responsabilidad limitada, estipula en el artículo 265.º párrafo primero del “Código das Sociedades Comerciais” que “as deliberações de alteração do contrato só podem ser tomadas por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social ou por número ainda mais elevado de votos exigido pelo contrato de sociedade”; es decir, las alteraciones estatutarias exigen una mayoría de al menos tres cuartos de los votos emitidos en referencia al capital social, esto es, serán necesarios por lo menos votos favorables que correspondan al setenta y cinco por ciento del capital social, no obstante el contrato puede aumentar esta mayoría. Al revés en el ordenamiento jurídico francés no se admite el refuerzo estatutario de la mayoría. Efectivamente refiere el artículo L223-30 del *Code de Commerce* que con la excepción del cambio de la nacionalidad de la sociedad, que exige el acuerdo unánime de los socios, las restantes alteraciones estatutarias exigen una mayoría de setenta y cinco por ciento del capital social, de forma semejante que vimos ahora mismo en el ordenamiento jurídico portugués; sin embargo y a diferencia con lo que ocurre tanto en el ordenamiento jurídico portugués como en el español, se considera no puesta la cláusula

Se precisa asimismo que, en las sociedades de responsabilidad limitada, además de las llamadas mayorías objetivas o plutocráticas que, como analizamos, se refieren a un determinado porcentaje de votos favorables sobre el capital social, la Ley permite que los estatutos introduzcan mayorías complementarias de carácter subjetivo, que exigen el voto favorable de un determinado número de socios (cfr., 200.2 TRLSC; antes art. 53.3 LSRL)<sup>451</sup>. De la letra de la ley se desprende que la admisión de las mayorías subjetivas solamente es posible cuando aparezca combinada con mayorías objetivas; es decir, la ley no prevé la posibilidad de que los estatutos incluyan una cláusula que prevea únicamente una mayoría subjetiva para todos o parte de los asuntos.

Como es sabido, las mayorías subjetivas no son admitidas en las sociedades anónimas, mientras que el carácter naturalmente cerrado de las sociedades limitadas aconseja la posibilidad de introducir estatutariamente elementos personalistas complementarios en un esquema normativo esencialmente capitalista o patrimonialista. En la Exposición de Motivos de la LSRL 1995 se justifica esta posibilidad sobre la base de la autonomía de la voluntad de los socios, con la que pretende certificar y garantizar una efectiva libertad para que los socios puedan adecuar el régimen aplicable a su sociedad con las necesidades propias y específicas que la misma ostenta. Este beneficio legal corresponde, en verdad, a un refuerzo estatutario del carácter personalista de esta forma societaria. Al revés, en las sociedades anónimas el legislador pretende sobre todo proteger a los socios actuales y potenciales o futuros, así como a los terceros y, por ese motivo, restringe mucho más la autonomía de la voluntad de los socios.

El art. 53.3 LSRL excepcionaba de las mayorías estatutarias objetivas y subjetivas tanto el acuerdo de separación de los administradores como el acuerdo de ejercicio de una acción de responsabilidad contra los administradores (cfr., arts. 68 y 69 LSRL). Ahora, sin embargo, el art. 200 TRLSC no dice nada al respecto, sin embargo los arts. 223.2 y 238.1 TRLSC conservan la misma idea fijada anteriormente en la LSRL.

---

estatutaria que exija una mayoría más amplia: “toute clause exigeant une majorité plus élevée est réputée non écrite”.

<sup>451</sup> No será, obviamente, admisible la exigencia del voto favorable de todos los socios pues que tal exigencia sería contraria a la prohibición de la unanimidad de los votos.



#### 7.5.4. Ejercicio del derecho de voto - modalidades

Como hemos indicado en las líneas precedentes, los acuerdos sociales son constituidos por las manifestaciones de voluntad –votos– de los socios titulares del derecho de voto asistentes en persona o representados a la Junta General. No consideramos necesario analizar en profundidad la naturaleza jurídica del derecho de voto, pero siempre es importante señalar que se trata de un “*comportamiento expresivo del agente, un signo de comunicación del pensamiento cualquiera que sea la forma material utilizada*”<sup>452</sup>, una declaración de voluntad<sup>453</sup> que, junto con los restantes votos, es decir, con las otras declaraciones, contribuye a la formación del acuerdo social mediante una combinación entre las distintas declaraciones –votos– a través de la aplicación del principio mayoritario<sup>454</sup>. Así las cosas, el efecto jurídico de la deliberación es concretado mediante el acuerdo resultante de un determinado porcentaje de sufragios<sup>455</sup>.

El derecho de voto no es expresado de igual modo en todas las sociedades y la mayor diferencia reside en la aplicación del principio real o capitalista (plutocrático) o del principio personal o por cabezas (democrático). Efectivamente mientras la adopción del primero impone el voto por participación en el capital, el acogimiento del segundo implica el llamado voto por cabezas. Como es sabido, el principio capitalista es

---

<sup>452</sup> Según las palabras de LUCAS COELHO. En este mismo autor podemos igualmente leer que el derecho de voto se traduce en “uma evasão do pensamento de dentro de nós, uma objectivação, para se tornar expressão dotada de vida própria, comunicável e apreciável no mundo social”. Cfr. COELHO, Eduardo de Melo Lucas, *Direito de Voto dos Accionistas nas Assembleias Gerais das Sociedades Anónimas*, Rei dos Livros, 1987, p. 24.

<sup>453</sup> También la naturaleza jurídica de la declaración es discutible. Así, se cuestiona, por una parte, si se trata de una declaración de verdad o de ciencia o de una declaración de voluntad. Distintos criterios han sido enunciados en la tentativa de distinguir estas dos categorías. Uno de ellos remite para los efectos jurídicos que una y otra originan: “se o efeito da declaração consiste na representação ao destinatário de um facto determinado e os eventuais ulteriores efeitos derivam do facto declarado, haverá declaração de vontade; se a declaração se dirige não só a dar conhecimento do próprio conteúdo, escopo comum a qualquer declaração, mas a obter ainda efeitos vinculantes e autónomos, isto é, derivados da própria declaração e não do facto representado, haverá declaração de vontade”. COELHO, Eduardo de Melo Lucas, *Direito de Voto dos Accionistas nas Assembleias Gerais das Sociedades Anónimas*, Rei dos Livros, 1987, páginas 24 y 25. Sobre la naturaleza jurídica de la declaración de voto *vid.* SÁNCHEZ LINDE, Mario, «De nuevo, en torno a la emisión del voto del socio, como posible declaración de ciencia o declaración de voluntad en la junta de accionistas. BIB 2008/2068», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, num. 16/2008 (Artículo), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

<sup>454</sup> Los acuerdos sociales son formados de acuerdo con el principio mayoritario (cfr. art. 198 LSC para las sociedades de responsabilidad limitada y art. 201/1 LSC para las sociedades anónimas). Sobre esta materia *vd.* capítulo III, título II, punto 7.5.1., del presente estudio.

<sup>455</sup> Cfr. SENA, Giuseppe, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, Studi di diritto privato, IX, Università Di Milano, IX, Milano: Giuffrè, 1961, pág. 5 y ss.

típicamente utilizado en las sociedades anónimas y, al revés, el principio personal es característico de las sociedades regulares colectivas. Las sociedades de responsabilidad limitada son conocidas por representar un régimen híbrido que se basa fundamentalmente en el principio plutocrático o capitalista, aunque admite introducir estatutariamente el voto personalista o por cabezas con carácter complementario<sup>456</sup>. Por lo demás, es menester recordar que, al igual que las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada pueden, desde 2003, crear participaciones sociales sin derecho de voto, con arreglo a lo dispuesto en el art. 98 TRLSC (antiguo art. 42bis LSRL).

Sobre las formas de ejercicio del derecho de voto tenemos que estar al caso en concreto. Si se admite la formación de acuerdos por voto escrito, los socios votarán por escrito en la forma indicada anteriormente. Si solamente se admiten acuerdos formalizados en el ámbito de la Junta General, entonces el voto será personal (no necesariamente presencial) –ya que, como veremos más adelante, se admite el voto a distancia por medios telemáticos que no implica necesariamente una presencia física–, hecho por el propio socio o por un representante (cuyos trámites desarrollaremos en seguida).

Ante la posibilidad de que las sociedades –especialmente las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que son aquellas que más nos importan en este estudio– puedan adoptar acuerdos por escrito sin la necesidad de realización de una junta, que, tal como tuvimos ocasión de exponer, es admisible en distintos países pero no en España –con excepción para las sociedades regulares colectivas–, podemos

---

<sup>456</sup> Por este motivo y en la medida en que se pretende que esta sociedad exteriorice una convivencia y equilibrio entre elementos capitalistas y personalistas, la Propia Exposición de Motivos de la LSRL 1995 afirmaba que “*los estatutos pueden acentuar el grado de personalización, como, por ejemplo, completando el principio general de adopción de acuerdos por la mayoría de capital con la exigencia del voto favorable de un determinado número de socios*”. No obstante, no pretendió el legislador calificar las sociedades de responsabilidad limitada de sociedades personalistas, sino permitir una mayor libertad estatutaria. Acaso existiesen dudas sobre la naturaleza, personalista o capitalista, de las sociedades limitadas ellas se disiparon con la LSC donde el legislador asume expresamente, en la respectiva exposición de motivos, que “*en España las limitadas no son una anónima «por fuera» y una colectiva «por dentro». A pesar del sincretismo del régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, en el que se combinan elementos procedentes de muy distintos modelos legislativos, prevalece en ese régimen la adscripción a la matriz común de las sociedades de capital, con estructura corporativa relativamente rígida. El éxito en la práctica española de esa tradicional opción de política legislativa pone de manifiesto el acierto de los legisladores de 1953 y de 1995, siendo pocos los casos en los que, dentro del límite infranqueable representado por las normas imperativas y por los principios configuradores, la autonomía privada ha decidido añadir algún tinte personalista*”.

concluir que nada obsta a la utilización de los medios telemáticos en los términos que anteriormente afirmamos.

Ya en contexto de reunión podemos afirmar que existen distintos sistemas de votación. De entrada, tenemos la diferencia entre votación secreta y votación pública.

En la votación secreta los resultados solamente son conocidos al final de la votación y no se conoce el autor de cada uno de los votos, es decir, no se publica el sentido en que cada uno de los socios ha votado. A diferencia de lo que ocurre en la votación secreta, en la votación pública existe una exteriorización de la voluntad de cada uno de los socios que es conocida por todos los restantes. Es así posible, en la votación pública, identificar el voto de cada socio. Este sistema de votación pública comporta, en sí mismo, modalidades distintas desde que sea posible identificar el voto individual, como por ejemplo, la expresión del voto en viva voz o por llamamiento nominal; la votación a mano alzada o cualquier otro similar. Este sistema de votación pública en nada colisiona con la utilización de medios tecnológicos. Existe así la posibilidad de que los socios, algunos o incluso la totalidad de ellos, puedan votar a través de Internet, con o sin recurso a la videoconferencia o a otro sistema que permita la difusión de voz e imagen. Si los socios utilizan un sistema que permite difundir la voz, fácilmente pueden expresar su intención de voto de forma pública para los restantes socios. Si el sistema permite la difusión de imagen, más fácil aún se torna la publicidad de la votación. Incluso cuando el sistema solamente admita el envío de mensajes escritos es posible que la votación sea conocida por todos los socios, bastando que todos ellos tengan acceso al mensaje, el cual puede ser divulgado en una pantalla (de ordenador o de televisor) accesible por todos los socios presentes físicamente en la reunión de la Junta o incluso por los socios asistentes a distancia por medios telemáticos, que recibirían en su propia pantalla la información escrita relativa a la votación de los socios que votan mediante medios telemáticos.

A su vez, y como hemos adelantado, son votaciones secretas aquellas en que el resultado solamente es conocido al final del proceso de votación y no se produce una exteriorización del sentido del voto de cada uno de los socios. Normalmente las votaciones secretas son realizadas en papeletas en las cuáles el socio manifiesta el sentido de su voto sobre el acuerdo en causa. Respecto de este sistema de votación también es posible utilizar los medios telemáticos. Tanto en una Junta General con

todos los socios reunidos físicamente en el mismo espacio o en espacios contiguos como con juntas donde algunos o todos los socios asistan a través de medios telemáticos. Piénsese, por ejemplo, en la situación en que existe un ordenador servidor que contiene un sistema que almacena y contabiliza los votos enviados a distancia por los usuarios autorizados<sup>457</sup>. En estos casos, es indiferente el local físico desde donde los socios emiten sus votos. Se trata de la posibilidad de emitir de forma electrónica el voto. Creemos que este sistema de votación, más allá de permitir que los socios que asisten a las juntas a través de los medios telemáticos voten durante la celebración de la junta, es de gran utilidad en los casos en que la sociedad presente un gran número de votantes una vez que va permitir una contabilización de los votos de una forma muy más rápida y segura.

#### **7.5.4.1. El ejercicio del voto a distancia**

El legislador español no ha dedicado muchas palabras al derecho de voto en general ni, en particular, a los distintos modos de su ejercicio. Los preceptos jurídicos que se pronuncian sobre el voto lo hacen, casi exclusivamente, para reafirmar que se trata de un derecho fundamental de los socios y para admitir su delegación y, en algunas leyes, el ejercicio a distancia. Sin embargo, no hay legislación específica sobre los modos en que los socios pueden ejercitar su derecho de voto. Así sucedía en la Ley de responsabilidad limitada, en la Ley de sociedades anónimas, en la Ley del mercado de valores y, ahora, en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Se trata así de una materia que no ha sido tratada en las reglas por las que se rigen las sociedades mercantiles y que ha sido relegada al ámbito de los Códigos Éticos y de Buen gobierno de sociedades cotizadas. Sin embargo, puede decirse que también estos Códigos de práctica han prestado poca atención a la materia del derecho de voto. Así sucedió en 1998 con el Código Olivencia y, de igual modo, en 2003 con el Código Aldama. A su vez, el llamado Código Conthe, en 2006, dedicó algunas palabras al ejercicio del

---

<sup>457</sup> Pretendemos aquí utilizar la palabra servidor para designar el ordenador físico en el cuál funciona un tipo de software que realiza ciertas tareas en nombre de los usuarios. Así, este ordenador que, de forma no técnica ni precisa, nosotros llamamos servidor, tiene como función proveer datos de modo que otros ordenadores puedan tener acceso a ellos.

derecho de voto haciendo, por una parte, referencia a la limitación del poder de voto de un solo accionista y, por otra parte, incentivando a la votación separada de los asuntos que sean substancialmente independientes. Pero, como se puede verificar, ni una ni otra referencia se relaciona directamente con los modos de ejercitar el derecho de voto. Se trata, entonces, de una cuestión que queda bajo la total libertad de las sociedades y por lo tanto se encuentra relegada a su reglamentación interna, a saber, a lo que dispongan los estatutos sociales y, en su caso, los reglamentos de las juntas generales. Aun así, del análisis de algunos estatutos sociales y reglamentos de juntas generales puede observarse que las referencias que existen con relación al voto no están dirigidas a su modo de ejercicio sino a su respectiva contabilización, como veremos a continuación.

Nótese que en lo que concierne al ejercicio del derecho a distancia, el LSC es clara al afirmar, en el art. 189.2, que esto podrá ocurrir por correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, en la medida que así lo establezcan los estatutos. Así, el voto a distancia solamente podrá ocurrir en una determinada sociedad si los respectivos estatutos prevean su existencia.

Como es conocido, el voto a distancia puede ser ejercitado de distintos modos recurriendo o no a las nuevas tecnologías<sup>458</sup>. De todas las maneras, lo cierto es que la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito de las sociedades mercantiles puede tener una influencia decisiva en la temática del voto. Estamos hablando del voto a distancia vehiculado por las nuevas tecnologías de la información. Antes de centrarnos propiamente en el ejercicio telemático del voto, conviene apuntar, como se denota de las palabras que anteceden, que el voto a distancia no es una novedad ni ha surgido con la aplicación de los medios telemáticos en este ámbito. En verdad, hace muchos años que se admite el ejercicio del derecho a voto a distancia en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en lo que se refiere al menos a las sociedades anónimas. Con relación a las otras sociedades tal admisión ha sido más problemática y, efectivamente, menos aceptada en los ordenamientos, aunque puede ser introducida por los socios a través de los estatutos.

La posibilidad de que los socios emitan a distancia su voto ha cambiado el concepto de Junta General, que siempre había sido entendida como una reunión

---

<sup>458</sup> En extenso, cfr. WYMEERSCH, Eddy, «L'impatto della 'Information and Communication Technology' su alcuni aspetti della disciplina e della prassi societarie, in *Rivista della Società*, 2001, página 1374 a 1421 (traducción de Marco Ventoruzzo), en particular página 1410 y siguientes.

presencial de los socios o sus representantes con el objetivo de debatir y votar los puntos incluidos en el orden del día. La verdad es que la posibilidad de que los socios voten a distancia permite que socios ausentes de la reunión sean considerados presentes porque ejercerán el respectivo derecho de voto y, esta circunstancia, representa un real y efectivo cambio en el concepto de junta, que podrá incluso ser entendida -ahora más que nunca- más como una reunión de capital que como una reunión de personas. Este hecho venía siendo el mayor obstáculo a la introducción del voto a distancia. Sin embargo, las legislaciones que lo admiten lo consideran un incentivo a la participación de los socios y por lo tanto lo entienden como conveniente y ventajoso.

Repárese que, inicialmente, el voto a distancia tendría que ser emitido con antelación a la fecha de la sesión de la junta. En efecto, el voto solamente podría ser enviado por correspondencia postal, lo que obligaba a su recepción antes del inicio de la junta para que fuese posible verificar la legitimación de todos los votos. Serían pues las condiciones ahora apuntadas las que interferían directamente con la imagen tradicional de la junta. Lo que sucede actualmente es que, además de la posibilidad del voto por correspondencia postal, se admiten otros métodos para el ejercicio a distancia del voto. Así, es posible, desde luego, admitir que el voto por correspondencia sea emitido de forma electrónica, lo que va permitir una mayor facilidad logística y, por eso mismo, se podrá admitir la emisión y recepción de los votos en una fecha más próxima a la fecha de la junta, o incluso en el propio día de celebración de la junta. Fíjese que, es crucial que el voto pueda ser emitido lo más tarde posible, teniendo en cuenta que se podrán añadir nuevos puntos al orden del día hasta quince días antes de la fecha de la junta, a través del instrumento del complemento a la convocatoria que deberá publicarse, al menos, con quince días de antelación a la fecha fijada para la reunión de la junta (art. 172.1 TRLSC). Así, no podrán fijar los estatutos un plazo de recepción de los votos que impida el conocimiento del eventual complemento a convocatoria. Es decir, el voto a distancia, cuando recibido antes de la fecha de la celebración de la junta, deberá serlo siempre después de la fecha en que se puede conocer el complemento a convocatoria.

Pese a que el ejercicio del derecho de voto por correspondencia electrónica, emitido en una fecha anterior aquella en que la junta ocurra, pueda logísticamente, facilitar el proceso de votación, no elimina todos los óbices que apuntamos al ejercicio

del voto emitido antes de celebrada la sesión de junta. Desde luego, los socios que ejercen su derecho de voto en el dicho momento anterior no aprovecharán el debate para conformar el sentido de su voto (mismo que posteriormente asistan a celebración de la junta, por vía telemática y eventualmente cambien sus ideas relativamente al voto ya emitido) precisamente porque que el ejercicio del voto ocurrió en un momento anterior y por eso el debate no podrán naturalmente influir en el sentido de voto.

No intentamos, con las palabras que preceden, decir que la emisión del voto por correspondencia (electrónica o postal) no deberá ser permitida, al contrario. Efectivamente, tratase de una circunstancia que permitirá aquellos socios que no tendrán cualquier posibilidad de asistir al desarrollo de la junta (ni mismo de forma telemática) siguieren ejerciendo su derecho de voto. Además, existen actualmente instrumentos que pueden obviar un poco a los obstáculos creados por la emisión previa del voto. Ya hicimos aquí referencia al “foro electrónico de accionistas” introducido por el TRLSC que es, en este ámbito, de extrema importancia. En verdad, el art. 528.2 TRLSC prevé que las sociedades anónimas tengan una página web dedicada al ejercicio del derecho de información, por parte de los accionistas, adonde se habilitará un foro de accionistas que deberá cumplir, además, el objetivo de facilitar las comunicaciones entre accionistas y asociaciones voluntarias que eventualmente existan. En el foro podrán igualmente publicarse, entre otras materias, *“propuestas que pretendan presentarse como complemento del orden del día anunciado en la convocatoria”*. Así las cosas, el foro electrónico podrá permitir una mayor difusión del complemento del orden del día y consecuentemente un conocimiento más rápido y alargado de tales asuntos. En el foro se podrá igualmente discutir las propuestas lo que conducirá ciertamente a accionistas más esclarecidos y consecuentemente más envueltos en la vida societaria. El TRLSC prevé la figura del foro electrónico de accionistas con carácter obligatorio solamente para las sociedades cotizadas. Sin embargo, pensamos que se trata de una idea que podrá fácilmente ser adoptada por las demás sociedades (incluso las de responsabilidad limitada). Claro que el foro tendrá mayor interés si la sociedad en cuestión presentar un número significativo de socios. Aun así, seguimos pensado que todo quedará en las manos de cada sociedad, atendiendo a sus características y peculiaridades, decidir sobre estas cuestiones. La existencia del foro, podrá tener una influencia positiva en la discusión de las materias que van a ser decididas en sede de

Junta General y, por eso, presentarse como una mayor valía cuando el voto es emitido a distancia en un momento anterior al de la sesión de la junta. De hecho, los socios podrán intentar sacar más informaciones, más temprano, y así conformar su sentido de voto.

Adviértase todavía que existe otro problema asociado a la emisión del voto con anterioridad al desarrollo de la junta relacionado con la legitimidad para la recepción de los votos. Es decir, es necesario definir quién son las personas legitimadas para recibir los votos así emitidos. Se trata de una materia compleja, porque entender que se encuadra en el ámbito de la gestión de la sociedad será admitir que su tratamiento debe caer dentro de las competencias de los administradores<sup>459</sup>, lo cual puede traer algunos inconvenientes. En efecto, es necesario garantizar, por una parte, la imparcialidad y, por otra, que el sentido de los votos así recibidos se mantiene secreto hasta al momento de la votación.

Añade a lo anteriormente referido que existen algunas materias, aunque en número muy reducido, que pueden ser decididas durante la celebración de la Junta General sin constaren de la respectiva orden de trabajos: cese de los administradores (art. 223.1 TRLSC)<sup>460</sup>; acción social de responsabilidad (art. 238 TRLSC)<sup>461</sup>; separación de los liquidadores (art. 380 TRLSC)<sup>462</sup> y remoción del cargo de administrador (art. 449 TRLSC)<sup>463</sup>. Como se comprende, no podrán los socios emitentes de su voto a distancia, con antelación a celebración de la junta, pronunciarse en lo que atañe a las aludidas materias puesto que la respectiva discusión y votación será una decisión tomada en la propia sesión. Véase que, verificándose la situación anteriormente descrita, el capital correspondiente a los votos emitidos a distancia (que fue contabilizando en el quórum) tendrá que equivaler a abstenciones, con relación a los asuntos decididos y no incluidos

---

<sup>459</sup> De hecho, así parece deducirse de lo dispuesto en el art. 97.5 LSA (art. 182 TRLSC), que autoriza a definir estatariamente los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. El art. 113 LMV (art...TRLSC) permite que el reglamento de la junta trate también estos asuntos, pero con respeto a lo establecido en la ley en los estatutos.

<sup>460</sup> “Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día”.

<sup>461</sup> “La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día”.

<sup>462</sup> “La separación de los liquidadores no designados judicialmente podrá ser acordada por la junta general aun cuando no conste en el orden del día”.

<sup>463</sup> “La remoción del cargo de administrador requerirá acuerdo de la junta general, que podrá ser adoptado, aunque no figure en el orden del día de la reunión”.



en el orden del día. Otra posibilidad que se avienta para la contabilización del capital correspondiente a los votos emitidos a distancia es la de la sociedad permitir a estos socios que emitan su voto, respecto las materias que se decidieran y todavía no constaban del orden del día, después de concluida la sesión en un plazo máximo de, por ejemplo, 5 días.

De cualquier manera corresponde a las sociedades fijar estatutariamente las reglas aplicables al ejercicio del voto y al modo de su contabilización<sup>464</sup>.

Una vez más, no pretendemos decir que, por esta razón, el voto a distancia no deberá nunca ser emitido con anterioridad a celebración de la junta. Por lo demás, como se verifica, los asuntos que podrán ser votados sin constaren del orden del día son escasísimos y manifiestan se pocas veces y, por lo tanto, no podrían ser motivo para impedir el ejercicio del voto en un momento anterior al de la sesión de junta (que como ya diseñamos puede mostrarse muy útil al funcionamiento de las sociedades).

---

<sup>464</sup> Sobre este sentido de voto no se pronuncia la Ley española, pero creemos que será el que se presenta más adecuado. Por eso no será posible, en principio, que los votos emitidos a distancia afecten (que sean computados) a asuntos no definidos en el orden del día y, por lo tanto, desconocidos por los socios en el momento en que emiten -con antelación- su voto a distancia. De hecho, los socios no emitieran cualquier sentido de voto sobre los asuntos en causa y, por eso, imprimirles un sentido positivo o negativo podría tornarse una ofensa a su libertad en el ejercicio del derecho de voto.

Al revés, en el ordenamiento portugués, el legislador permite, en el art. 384/9 del *Código das Sociedades Comerciais*, que estos votos se contabilicen como votos en contra. Efectivamente, el legislador prevé que si los estatutos no prohíben el voto por correspondencia (electrónica o postal) -esta prohibición no es admisible en el ámbito de las sociedades cotizadas con relación a todas las materias- deben regular su ejercicio asegurando la autenticidad del voto y su confidencialidad hasta el momento de la votación y optar por una de dos posibilidades en relación con las propuestas presentadas después de la emisión del voto. La primera posibilidad planteada por el legislador consiste en considerar que los votos emitidos por correspondencia sean considerados votos en contra en relación a las propuestas avanzadas después de su emisión; y la segunda, más razonable a nuestro juicio, que se autorice la emisión de votos sobre tales propuestas después de la fecha de cierre de la junta y hasta un periodo máximo de 5 días. Siempre que los estatutos opten por la segunda vía, se deberán publicar los resultados definitivos de los acuerdos sociales en un plazo máximo de ocho días después de la fecha de la celebración de la junta. La alteración introducida por el *Decreto-Lei* n.º 49/2010, de 19 de mayo, al referido art. 384/9, veo añadir a esto precepto que si los estatutos nada fijaren al respecto, se aplicará la primera opción, es decir, los votos serán contabilizados como votos en contra. No nos parece acertada la primera opción (y menos aún la alteración legislativa que la considera el régimen supletorio ante el silencio estatutario) propuesta por el legislador portugués e relación con el voto a distancia, pues, además de atentar contra la libre voluntad del socio, puede originar situaciones verdaderamente taimadas que buscan en la contabilización negativa de los votos la concreción de intereses particulares. Ya con relación a segunda posibilidad admitida creemos que es una buena medida que puede perfectamente conciliar los derechos individuales de los socios con los intereses sociales. Esta orientación permite que los socios que efectivamente no tienen la posibilidad de asistir a la junta, ni físicamente ni telemáticamente, puedan ejercer su derecho de voto con relación a propuestas presentadas después de la emisión de los respectivos votos y no se queden preocupados con el hecho de que sus votos pudieran contar como negativos.

Fijemos entonces ideas. Entendemos que la emisión del voto a distancia, bien por medios tradicionales, bien por medios electrónicos, en un momento anterior al de la fecha de la realización de la junta, es una buena forma de permitir a los socios, que no tienen reales posibilidades de estar presentes en la junta, el ejercicio del derecho de voto. Presenta, con todo, algunas contrariedades, siendo la más visible la el hecho de los socios que ejercen así su voto solamente participaren en la voluntad social pero no pudieren contribuir para la discusión ni aprovechar el debate para definieren el sentido de voto. En este sentido, sigue asimismo la posición del legislador comunitario que apunta, en el art. 12, de la Directiva 2007/36/CE, que los estados miembros deberán permitir a los accionistas de las sociedades cotizadas la posibilidad de votaren por correo antes de la Junta General. Sigue, en el mismo precepto, afirmando que no se deberán levantar obstáculos jurídicos a emisión del voto a distancia ya sea por correo postal o por medios electrónicos.

Nótese que el voto a distancia emitido con antelación a fecha de la sesión de junta pretende abarcar sobre todo aquellos socios que no podrán asistir presencialmente a junta ni tampoco (aventamos nosotros) telemáticamente. Ahora bien, si el socio que votó a distancia en el supuesto que no podría asistir a junta acaba, no importa porqué, asistiendo a junta (presencialmente o, a su caso, telemáticamente) el voto anterior deberá ser revocado. Así el socio podrá votar *in loco* (o virtualmente) cogiendo los labores desarrollados en la junta. Creemos que esta solución es pacífica y no presentará dudas. Creemos igualmente que se deberá verificar la misma solución si el socio decide hacerse representar en la junta por medio de otra persona. De hecho, pensamos que también aquí el voto anteriormente emitido deberá ser revocado validándose solamente el voto emitido por el representante dentro, naturalmente, de los límites de la representación.

La problemática que se sigue es la de apurar si el socio que asiste telemáticamente a reunión podrá revocar el voto que anteriormente emitió a distancia emitido nuevo voto nuevamente a distancia, pero ahora en simultaneo con el decurso de la junta. Pensamos que sí. Tratase de una realidad posible técnicamente y no prohibida jurídicamente. Por lo demás volvemos a invocar aquí el principio de paridad del trato

entre los socios. Si los socios presenciales físicamente lo podrán hacer, no deslindamos razones jurídicas válidas para impedir a los socios telemáticos tal derecho.

Cuestión distinta y más controversia, pensamos, es la de apurar si el socio se podrá hacer representar a través de medios telemáticos. No hablamos naturalmente de la representación se conferir de forma telemática, es decir del instrumento de representación revestir forma electrónica, sino de la posibilidad del representante se encontrar a asistir telemática a junta y ejercer también telemáticamente los derechos inherentes a su representado. Volveremos a este punto a continuación, todavía estamos seguros que el legislador cuando habla en representación voluntaria (sea en el art. 183 TRLSO con relación a las sociedades de responsabilidad limitada, sea en el art. 184 TRLSO respecto a las sociedades anónimas) no tuvo nítidamente el intento de abarcar la posibilidad del representante asistir telemáticamente al decurso de la junta e incluso ejercer los derechos de que está incumbido de forma telemática. Tratase de una cuestión que no fue tampoco pensada. También por eso no resulta ninguna prohibición legislativa a su concretización. Así las cosas, nos inclinamos para entender válida la representación telemática desde que, naturalmente, se trata de una junta que permita la intervención en directo del representante y el ejercicio del derecho de voto. Admitiendo esta premisa, concluiremos también que aquello socio que emitió un voto con antelación a realización de la junta pero posteriormente optó por se hacer representar, a su caso telemáticamente, estará a revocar el voto anteriormente emitido.

#### **7.5.4.2. El caso particular de la emisión del voto a distancia durante el desarrollo de la sesión de la Junta General**

Por todo lo anteriormente expuesto, preguntamos se no existirá actualmente posibilidad, técnica y jurídica, del socio emitir su voto a distancia en simultaneo con la celebración de la junta. Es decir, el socio podría así ejercer su voto durante la celebración de la junta pese a que no se encontrase físicamente presente en la sesión. Significa esto que el socio tendría que estar conectado con la junta, asistiendo telemáticamente a los respectivos desarrollos. Así las cosas, cumple ahora verificar la

validad de la transmisión en directo de la junta desde un sitio web interactivo que permita intervenir y votar en la misma en riguroso directo. Antes de invocarnos los respectivos fundamentos podemos avanzar ya que creemos en la validez jurídica de una junta en los términos referidos. De hecho, no podríamos concluir otra cosa, después de tenernos concluido anteriormente que las ciberjuntas no contrariaban el régimen jurídico español. Veamos entonces cuales los argumentos jurídicos que no acompañan en esta reflexión.

De la Ley extraen se dos requisitos de validez para la admisión del voto a distancia. Por una parte, es imprescindible que se garantice debidamente la identidad del socio que ejerce el respectivo derecho de voto a distancia y, por otra parte, que los asuntos votados a distancia sean los comprendidos en el orden del día.

De la norma retirase, pues, que el legislador admite expresamente la emisión del voto a distancia por medios electrónicos, pero en principio lo restringe a una modalidad específica: la emisión del voto con anterioridad a la celebración de la junta, pensando de antemano en la falta de participación del socio en la misma. De hecho, solamente así se percibe el segundo requisito enunciado, es decir, que el voto verse únicamente sobre *“puntos comprendidos en el orden del día”*. Este requisito sería comprensible y efectivamente imprescindible si no se configurase la posibilidad de los socios votaren a distancia en simultaneo con la realización de la sesión. No obstante, el estado en que actualmente se encuentran los medios telemáticos lo permite. Efectivamente, el espectacular avance de las nuevas tecnologías en este ámbito va a permitir cambiar un poco más las condiciones de emisión de voto a distancia, favoreciendo a los socios que quieran ejercer así su derecho de voto y contribuyendo a la redefinición del concepto tradicional de junta, ciertamente con nuevos métodos pero con los mismos objetivos. Indudablemente, el actual estado de la técnica admite que los socios emitan sus votos a distancia a través de medios electrónicos con tal rapidez que es compatible con una votación en directo con la celebración de la junta. Es decir, los socios pueden no estar físicamente presentes en la junta pero pueden asistir e intervenir en ella, de acuerdo con las consideraciones hechas en el punto anterior, y asimismo votar. Los medios tecnológicos hoy disponibles en el mercado permiten que se haga de inmediato la legitimación de los socios, que se contabilicen los votos emitidos a distancia e incluso el sentido de los mismos. Significa esto que logística y técnicamente hablando es

perfectamente conjeturable que los socios emitan sus votos durante el curso de las juntas. Las consecuencias del hecho ahora mencionado son obvias: es posible que los socios que ejercen el voto a distancia estén presentes en la junta no solo en términos jurídicos, sino con la efectiva posibilidad de presenciaren todos los acaecimientos en ella desarrollados. Así podrán votar sobre los puntos del orden del día de forma más esclarecedora y estarán igualmente en condiciones de pronunciarse sobre aquellos asuntos que verificamos que pueden ser decididos en sede de Junta General sin constaren del orden del día. De todas las consideraciones anteriores podremos concluir que la emisión a distancia del voto vehiculada por los medios telemáticos tiene como principal ventaja la de permitir que socios físicamente y telemáticamente presentes se queden en igualdad de circunstancias en el momento de votar. Podremos otrosí concluir que se trata de una ventaja que no podrá ser alcanzada siempre que el voto a distancia deba ser emitido en el momento anterior al de la celebración de la junta.

Debemos plantear así si lo dispuesto en el art. 189.2 y 3 TRLSC (antes 105.4 y 5 LSA) supone una restricción a las posibilidades que en la actualidad otorga la tecnología, al restringir las posibilidades de voto a distancia por medios telemáticos a su emisión anticipada (vía email, sms, web o cualquier otra conocida o por conocer), o si, por el contrario, la Ley permite que los estatutos de cada sociedad puedan admitir otras formas o modalidades de ejercicio del voto a distancia por medios telemáticos durante la celebración de la junta. En este punto debe traerse a colación lo dispuesto en el art. 182 TRLSC (antes art. 97.5 LSA), que deja a la libertad estatutaria la posibilidad de prever la asistencia a la junta por medios telemáticos, debiendo esclarecer en la convocatoria los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas. De la interpretación de la norma, parece que competirá a las sociedades organizar de la mejor forma la asistencia telemática permitiéndoles una amplia libertad estatutaria para definieren las modalidades de asistencia telemática que pretenden facultar. Implica esto que si las sociedades fijaren en los respectivos estatutos que la asistencia telemática comprende asimismo la posibilidad de intervenciones en la junta y ejercicio del derecho de voto en simultáneo no estarán ciertamente a atentar contra la norma jurídica. De hecho, no se podrá tampoco pensar que el legislador pensó solamente en la asistencia (de forma completamente pacífica, unidireccional, sin cualquier intervención del socio asistente y mucho menos de voto) porque de la propia norma resulta expresamente que

el socio podrá intervenir directamente en la junta formulando preguntas, desde que los estatutos lo admitan. Justamente por esto no creemos que el ejercicio del derecho de voto a distancia en directo se quede prohibido por la letra de la ley. Bueno, siempre se podrá apuntar que es cierto que el legislador, en el art. 189, pensó solamente en el voto por anticipación. De todo el modo, no solo no lo dice expresamente como deja, de nuevo, en la libertad estatutaria la posibilidad de las sociedades previeren y regularen el voto a distancia exigiendo simplemente que verse sobre las materias que constan del orden del día y permita garantizar la identidad del sujeto. Así, con relación a las materias comprendidas en el orden del día y desde que se garantice la identidad del sujeto no encontramos cualquier impedimento legal a que el voto sea ejercido en simultáneo con la sesión de la Junta General. El problema se centraría en las pocas y determinadas materias que, como apuntamos, se pueden decidir en Junta General sin constaren del orden del día. Ahora sí tendremos que hacer una interpretación extensiva de la norma y adecúala a los tiempos modernos. La *ratio* subyacente a norma es evidente: el legislador, presuponiendo que el voto a distancia sería emitido con antelación a realización de la junta, comprende que los socios no podrán pronunciarse sobre los temas que no figuran en el orden del día y que por eso que todavía desconocían. Pero, como tuvimos ocasión de exponer, el voto emitido en directo presupone que el socio se encuentre conectado con la Junta General y, por eso, acompañe -y intervenga, si así lo desear-, los trabajos desarrollados en la junta. De esta manera, el socio tendrá pleno conocimiento de todos los acontecimientos y se quedará en condiciones de ejercer su derecho de voto respecto a todas las materias (mismo con relación aquellos asuntos que no figuran en el orden del día y que por ley pueden, aun así ser deliberados). El número 3 de la misma norma (189 TRLSC) no queda herido, al contrario. Apela precisamente el dicho número a una *fictio iuris* al computar en el quórum, a efectos de constitución de la junta, aquellos socios que votan a distancia con anticipación y que, en verdad, terminan por no asistir a junta (es decir, nunca estuvieran presentes en la junta). Si el socio emite su voto a distancia en directo, en el fondo, la *fictio iuris* queda desnecesaria porque, efectivamente, el socio asistió a celebración de la Junta General.

Por lo demás, no podemos olvidar lo expuesto en la Directiva 2007/36/CE que, como es sabido, debería ya estar incorporada en el derecho interno (lo que se podría

tener verificado, al menos en determinadas materias, con el TRLSC). Bueno, afirmamos pues que no podremos dejar en el tintero las imposiciones comunitarias respecto a las sociedades anónimas cotizadas. De hecho, en la documento comunitario, se consagra la voluntad de todos los Estados miembros, a breve trecho, permitieren la participación en la Junta General por medios electrónicos. Así lo dicta el art. 8 de la Directiva 2007/36/CE al afirmar que “los Estados miembros permitirán a las sociedades ofrecer a sus accionistas cualquier forma de participación en la Junta General por medios electrónicos”. El mismo precepto avanza que los Estados miembros deberán prever, algunas o todas “*las formas de participación siguientes: a) la transmisión en tiempo real de la junta general; b) la comunicación bidireccional en tiempo real para que los accionistas puedan dirigirse a la junta general desde un lugar distante; c) un mecanismo para emitir votos bien antes, bien durante la junta general sin necesidad de nombrar a un representante que esté físicamente presente en la junta*”. el legislador comunitarios es pues clarísimo al afirmar perentoriamente que el voto ejercido a distancia en simultaneo con el decurso de la sesión de la junta deberá ser una de las modalidades permitidas por las sociedades cotizadas. Afirma mismo que las restricciones al uso de los medios electrónicos no podrán ir más allá que las necesarias para “*garantizar la verificación de la identidad de los accionistas y la seguridad de las comunicaciones electrónicas y únicamente en la medida en que resulten proporcionados para alcanzar dichos objetivos*”. Pensamos que la interpretación que proponemos, es aquella que mejor permite conciliar la letra de la Ley interna (porque no colide con ella) con los intentos del derecho comunitario.

En la actualidad, un examen de los estatutos y reglamentos de juntas de algunas importantes sociedades anónimas, resulta que las grandes sociedades vienen admitiendo la emisión del voto a distancia tanto por correo postal como por correo electrónico, llegando a admitir en algunos casos el voto a distancia por medios telemáticos durante la celebración de la junta si la sociedad habilita un sistema que lo posibilite<sup>465</sup>.

---

<sup>465</sup> Es este sentido cfr. Artículo 33, del Reglamento de la Junta General de Accionistas de Iberdrola, según el cual “*los accionistas podrán emitir su voto sobre las propuestas relativas a puntos comprendidos en el orden del día por correo o mediante comunicación electrónica. En ambos casos, serán considerados como presentes a los efectos de la constitución de la Junta General*”; añadiendo que “*el voto mediante comunicación electrónica se emitirá bajo firma electrónica reconocida u otra clase de garantía que el Consejo de Administración estime idónea para asegurar la autenticidad y la identificación del accionista que ejercita el derecho de voto, a la que se acompañará copia en formato*

De entre los reglamentos analizados y, en particular, de los cuatro a que dedicamos más atención, tenemos que destacar el de Telefónica, pues es el que presenta una reglamentación más completa sobre el ejercicio a distancia del derecho de voto. Este Reglamento hace, desde luego, la diferenciación entre el voto a distancia ejercido por correspondencia - postal o electrónica – y entre el voto a distancia concretado por los medios telemáticos en directo durante la celebración de la junta. De conformidad con lo previsto en este Reglamento, los socios podrán emitir sus votos a distancia respecto a las propuestas comprendidas en los puntos definidos en el orden del día y con antelación en relación a fecha de la celebración de la junta. Además de la modalidad del voto a distancia ahora referida, permite asimismo el Reglamento de la Junta General de

---

*electrónico inalterable de la tarjeta de asistencia y voto*”. Asimismo, dispone el Reglamento de la Junta General de Bankinter, en su artículo 20.11, que “*el voto de las propuestas de acuerdos sobre puntos comprendidos en el orden del día podrá ejercitarse por el accionista, con antelación a la celebración de la Junta, a través de comunicación a distancia, como la correspondencia postal, la telefónica, el correo electrónico, el mensaje de telefonía móvil automática o cualquier otra técnica de comunicación electrónica o telemática admitida por la Sociedad a estos efectos. Con la misma limitación, el voto a distancia podrá ser también ejercitado por el accionista durante el acto de la Junta por medios telemáticos, si la Sociedad habilita un sistema que lo posibilite*”. A su vez, Telefónica prevé en el correspondiente Reglamento de Junta General que el voto a distancia sea ejercido en el momento en que se celebra la junta – artículo 17 bis – o en momento anterior – artículo 20 bis. Así, mientras la alinea c) del referido artículo 17 bis admite que “*el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de la sesión podrá emitirse a partir del momento en que la Presidencia de la Junta declare su válida constitución y realice una indicación en tal sentido, y hasta la hora señalada al efecto por la Presidencia. Por otra parte, el voto de las propuestas sobre asuntos no comprendidos en el orden del día deberá emitirse en el intervalo de tiempo que señale al efecto la Presidencia, una vez que se formule la propuesta y se estime que la misma ha de ser sometida a votación*”, el artículo 20 bis, párrafo 1, apunta que “*los accionistas con derecho de asistencia podrán emitir su voto sobre las propuestas relativas a los puntos comprendidos en el orden del día de cualquier Junta General mediante entrega o correspondencia postal o mediante comunicación electrónica*” y que “*los derechos de voto e información deberán ejercitarse a través de los medios electrónicos de comunicación a distancia considerados idóneos de conformidad con lo previsto en el artículo 20º bis de los Estatutos y en el artículo 20 bis de este Reglamento*; además refiere, en el párrafo 4, que “*para su validez, el voto emitido por cualquiera de los medios a distancia referidos en los apartados anteriores habrá de recibirse por la Sociedad antes de las veinticuatro horas del tercer día anterior al previsto para la celebración de la Junta en primera convocatoria. En el acuerdo de convocatoria de la Junta de que se trate, el Consejo de Administración podrá reducir esa antelación exigida, dándole la misma publicidad que se dé al anuncio de convocatoria*”. Finalmente, podemos leer en el artículo 8 del Reglamento de la Junta General del BBVA que “*para el ejercicio del derecho de voto mediante correspondencia electrónica se seguirán los procedimientos que establezca la Sociedad de acuerdo con la Ley y los desarrollos reglamentarios que se publiquen a estos efectos y con los medios técnicos con los que se cuente, de todo lo cual se hará la correspondiente difusión a través de su página web*”.



los accionistas de Telefónica la asistencia remota por medios electrónicos o telemáticos, incluyendo la posibilidad de que los socios ejerzan su derecho de voto durante la celebración de la junta. El reglamento hace referencia también a los modos de identificación y legitimación de los accionistas mencionando expresamente la utilización de la firma electrónica reconocida sin, no obstante, cerrar puertas a otros modos técnicos que aseguren la identificación y autenticidad de los accionistas y que el Consejo de Administración considere adecuados. La mayor diferencia entre este proceso de emisión del voto y aquél otro reside en el hecho de que en este se permite que el socio que participa a distancia emita su voto sobre todas las propuestas planteadas y deliberadas en la junta, independientemente de que las mismas se encontrasen o no definidas previamente en el orden del día. De estas palabras se depende que podrá ser necesaria la presencia telemática de los socios, pues solamente así podrán tener pleno conocimiento de todas las propuestas realizadas, incluidas las planteadas en el curso de la reunión.

En el mismo sentido sigue el Reglamento de la Junta General de Bankinter que, aun sin ser tan explícito y preciso como el de Telefónica, admite en términos más generales el ejercicio del derecho de voto durante el acto de la junta por cualquier medio electrónico desde que sea admitido por la Sociedad a tal efecto.

El análisis empírico acabado de referir basase en las sociedades anónimas cotizadas. Es, en efecto, sobre estas sociedades que recaen los instrumentos normativos comunitarios que imponen la utilización de los medios tecnológicos que faciliten el ejercicio del voto a distancia. Son sociedades que, por su naturaleza abierta, están sujetas a presentaren socios extranjeros lo que, sin duda, dificulta el ejercicio del derecho de voto de forma presencial. En este sentido, basta leerse lo dispuesto en la Directiva 2007/36/CE que, de forma muy clara, expresa que *“un porcentaje importante de las acciones de sociedades cotizadas obra en poder de accionistas que no residen en el Estado miembro en el que dichas sociedades tienen su domicilio social. Los accionistas no residentes deben poder ejercer sus derechos en relación con la junta general con la misma facilidad que los accionistas que residen en el Estado miembro en el que tiene su domicilio social la sociedad. A tal efecto, es necesario que se supriman los obstáculos que dificultan en la actualidad el acceso de los accionistas no residentes*

*a la información pertinente para la junta general y el ejercicio de los derechos de voto sin asistencia física a la junta general. La supresión de estos obstáculos también debe beneficiar a los accionistas residentes obstáculos también debe beneficiar a los accionistas residentes que no deseen o no puedan asistir a la junta general. Es importante que los accionistas, con independencia de su lugar de residencia, puedan votar con conocimiento de causa en la junta general, o antes de ella. Todos los accionistas deben tener tiempo suficiente para examinar los documentos que vayan a ser presentados en la junta general y determinar el sentido de su voto. A tal fin, es necesario que la junta general se anuncie de manera oportuna y que los accionistas reciban toda la información que se vaya a presentar a la junta general. Deben aprovecharse las posibilidades que ofrecen las tecnologías modernas para hacer que la información esté inmediatamente disponible”.*

Sin embargo, la emisión del voto a distancia en simultáneo con el decurso de la sesión de Junta General será, por ventura, aún más fácilmente viable en las pequeñas y medianas empresas (independientemente del tipo societario que revisten) puesto que presentan un número de socios menor y, por eso, eventualmente más compatible con el decurso telemático de los trabajos. Por eso, no podemos reportar el uso de las nuevas tecnologías tan solo a las grandes sociedades anónimas cotizadas, sino debemos reforzar que tendrá efectiva importancia y, quizá, mayor aprovechamiento en el ámbito de las pequeñas sociedades anónimas y asimismo en las sociedades de responsabilidad limitada. Cuanto a estas últimas, recuérdese, que, teniendo en cuenta la amplia libertad estatutaria, vamos admitiendo la posibilidad de la utilización de las nuevas tecnologías (desde que tal uso se encuentre positivado en los estatutos de la sociedad), no obstante el silencio legal que se verifica al propósito. Recordemos también, pese a lo dicho, que una aclaración legislativa al respecto sería bienvenida.

En conclusión, las sociedades que, como hemos dicho en repetidas ocasiones, responderán positivamente de forma generalizada a la introducción de las nuevas tecnologías en el seno de las juntas generales, tienen una libertad demasiado amplia para reglamentar los modos de utilización de los medios telemáticos. En efecto, la Ley poco más hace que admitir su existencia, dejando en las manos de los socios prever su utilización a través de los estatutos y en manos de los administradores todos los detalles de su implementación.

## **8. Acta de la Junta**

La aprobación de los acuerdos sociales debe ser debidamente documentada en el acta de la junta, que tendrá así como principal función recoger los hechos más importantes ocurridos durante la reunión. La importancia del acta descansa bien con relación a los procedimientos notariales y registrales de los acuerdos, bien en el hecho de consistir en un valioso instrumento jurídico del que los accionistas se pueden valer a la hora de impugnar acuerdos nulos o anulables.

Tanto la LSA 1989 como la LSRL 1995 contienen referencias normativas al acta de la Junta General (cfr., arts. 113 LSA y 54 LSRL). Actualmente, el art. 202 TRLSC ha unificado la redacción para ambos tipos sociales<sup>466</sup>, disponiendo que todos los acuerdos sociales deben –imperativamente- constar en acta, la cual deberá ser aprobada por la propia junta al final de la reunión o –como alternativa- por el Presidente de la Junta y por dos socios interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría, dentro del plazo de quince días después del final de la reunión. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de aprobación del acta en la que consten<sup>467</sup>.

Asimismo, la Ley dispone reglas específicas para el acta notarial, si bien establece alguna diferencia entre sociedades anónimas y limitadas. Así el contenido de los arts. 114 LSA y 55 LSRL se refunde ahora en el art. 203 TRLSC, según el cual los administradores sociales podrán requerir la presencia de Notario para que levante acta de la junta y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen al menos el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento del capital social si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos sociales sólo serán válidos y eficaces si constan en acta notarial. El acta notarial no necesita someterse a trámite de aprobación, teniendo pleno carácter de acta de la junta,

---

<sup>466</sup> En la nueva redacción se elimina la necesidad de que el acta incluya necesariamente la lista de asistentes en el caso de la sociedad limitada, como exigía antes el art. 54.2 LSRL. Ahora esa exigencia se contiene en el art. 192.3 TRLSC. Exigencia que quizás sobra, por cuanto su inclusión ya está prevista en el contenido del acta previsto en el art. 97,4º RRM.

<sup>467</sup> Sobre la aprobación de la Junta por el presidente *vd.* LUCCARDI TOMASSETTI, Arianna, «La aprobación del acta de la Junta por el Presidente y los Interventores: funciones del Presidente», en *Reflexiones sobre la Junta General de las sociedades de capital – Jornada Internacional*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 de abril de 2009.

siendo sus acuerdos plenamente ejecutables desde la fecha de su cierre por el Notario, cuyos honorarios correrán en todo caso a cargo de la sociedad.

El contenido del acta se ajustará a lo previsto en el art. 97 RRM para las actas de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles; a saber: la fecha y lugar de celebración de la junta; fecha y modo utilizado en la convocatoria ( siempre que se trata de una Junta General o especial de una sociedad anónima es necesario indicar en el acta el BORME y el diario en que se publicó la convocatoria ), excepto en caso de junta universal; el texto íntegro de la convocatoria (si se trata de una junta universal deben ser incluidos en el acta los puntos aprobados como orden del día); el número de socios que concurren a la junta, bien personalmente bien mediante representación, y el porcentaje de capital representada; el resumen del debate de cada uno de los puntos del orden del día bien como las intervenciones de aquellos que solicitaran constancia; el contenido de los acuerdos adoptados y la constancia de la oposición de aquellos que votaran en contra y que solicitan que se quede expresado en el acta su sentido de voto y finalmente la aprobación del acta.

Por lo anterior bien puede concluirse que la introducción de las nuevas tecnologías en la adopción de acuerdos sociales puede interferir con el tradicional contenido del acta pudiendo incluso ser necesario adecuarlo o modificarlo. También la propia forma de ejecución del acta puede sufrir algunas alteraciones a causa de la introducción de los medios electrónicos. Parece evidente, no obstante, que una vez admitida la utilización de tales medios en la vida societaria, la elaboración del acta no puede convertirse en un obstáculo, lo que obliga a una adaptación a los nuevos medios empleados en la convocatoria y celebración de la junta. En realidad, siendo el acta un documento al que se trasladan los acaecimientos de la junta, la propia utilización de los medios a distancia deberá constar en el acta.

Sobre la base del contenido obligatorio anteriormente mencionado, veamos ahora cuáles son las menciones que requieren especial atención en el acta en virtud de la utilización de las nuevas tecnologías.

Como vimos, una de las referencias necesarias en el acta es la de la fecha, la hora y el lugar de celebración de la junta. Estas indicaciones a pesar de no presentar dificultades tienen que ser adaptadas cuando se utilizan medios telemáticos. Sobre la fecha y hora de la junta no hay problemas ya que ella se realizará en un día (o días) y

hora determinados, independientemente de si algunos o todos los socios se encontrasen virtualmente presentes. Ante la eventualidad de que a la reunión asistan socio que se encuentren en localidades que presentan entre sí alguna diferencia horaria, debe ser considerada la fecha y hora del local que es entendido como el local de la reunión o, en su caso, del local desde donde se dirija la reunión virtual. De cualquier forma, por lo menos si la circunstancia referida fuere probable, es mejor que en la convocatoria se deje claro cuál será la referencia horaria para la celebración de la junta.

Más complejas pueden ser las referencias sobre el lugar de celebración de la junta. Claro que si existe un lugar físico para celebrar la reunión, descrito en la convocatoria, será ese el lugar de la junta, incluso aunque no todos los socios se encuentren reunidos presencialmente; así, en el acta deberá constar que el lugar de la celebración de la junta es únicamente el local indicando en la convocatoria. Es igualmente posible que la junta se reúna en dos o más locales, por ejemplo, a través de la utilización de sistemas de videoconferencia preparados y controlados por la propia sociedad, en cuyo caso deberán constar en el acta todos los locales que estarán conectados entre sí y que, además, ya fueron previamente indicados en la convocatoria. Lo mismo no acontecerá, en nuestra opinión, en las situaciones de asistencia o participación mediante medios electrónicos a través de Internet. Situación diferente de la anterior porque aquí no es la sociedad la que controla el medio utilizado (incluso aunque sea también a través de videoconferencia), sino que simplemente permite a los socios que, conectados a través de la Red desde cualquier parte del mundo, asistan y/o participen en la junta simultáneamente con el decurso de esta en uno o más locales físicos. En esta situación no será necesario hacer ninguna referencia a los locales en los cuales se encuentran los socios que están participando en la junta de forma virtual. Primeramente porque se hará referencia a quién está conectado a través de los medios electrónicos cuando se recoja la lista de asistentes, y después porque no sería practicable siempre que un elevado número de socios decidiese participar de esa forma y en locales distintos; ni fiable, pues los socios siempre podrían mentir sobre la ubicación en que se encontraban; finalmente – y más importante – porque se trata de una información que es completamente dispensable para la buena celebración de la junta, ya que no acarrea ninguna información relevante para la adopción de los acuerdos o para su impugnación.

Otra situación que también se puede dar es la de una junta puramente virtual, en las circunstancias previamente analizadas<sup>468</sup>. En esta situación, ya que la junta no tiene lugar en ningún local físico, creemos que es suficiente que en el acta figure la mención de que la junta se realizó de forma virtual en el ciberespacio; es decir, el local es el propio ciberespacio que no obstante no ser un espacio físico y palpable es una dimensión indisociable del espacio material, pudiendo sin embargo, naturalmente, hacerse referencia al sitio web desde el que se realizará la conexión y transmisión<sup>469</sup>. Sobre la base de lo dicho, es natural que nuestra opinión sea diferente de la de MUÑOZ PAREDES cuando refiere que *“cuando la junta es únicamente «virtual», lo que hemos admitido para las universales, y no existe, por tanto, reunión física, ni figura – por no haberla – lugar en la convocatoria, caben en mi opinión dos opciones. La una, prescindir de la mención del lugar, que no es inexcusable en estos casos, y reemplazarla simplemente por el modo de reunión. Y la otra, más sencilla, que los estatutos, o el reglamento del órgano de que se trate, den solución a este tema, previendo que, en esos casos, se les tendrá por reunidos en el domicilio social u otro”*. Si se trata de una junta totalmente virtual no comprendemos, sobre todo, la segunda opción del autor, que crea una ficción jurídica, en nuestro juicio innecesaria e inútil que puede incluso generar algunas dudas hermenéuticas. De hecho, bastará (especialmente ahora que los estatutos podrán libremente exponer otro local para la realización de la junta que no el del domicilio de la sociedad) que, de acuerdo con los estatutos, se mencione que se trata de una junta puramente virtual que, por eso, se desarrolló en el

---

<sup>468</sup> Vd. Capítulo III, título II, punto 7.2., del presente estudio.

<sup>469</sup> En las palabras de CÉLIA DUQUE CAVALEIRO “nesta perspectiva, o ciberespaço não pode ser considerado como um espaço alternativo ao espaço real, mas sim como uma das suas dimensões. Do ponto de vista geográfico, existe uma indissociabilidade entre espaço real e ciberespaço, já que a interação entre os dois espaços acontece no quotidiano. Apesar de não ser um espaço onde se possa viver, o ciberespaço é o espaço dos fluxos de informação, em que as comunidades se encontram ligadas pela comunicação e não pela sua proximidade geográfica. Os indivíduos ligados em redes interagem com outros, através de trocas de informação, no mesmo espaço geográfico e/ou entre espaços geográficos diferentes. No entanto, a territorialidade dos indivíduos não desaparece, pois o ponto de partida dos fluxos de informação, que unem os indivíduos, encontra-se localizado espacialmente; as infra-estruturas que permitem a existência dos referidos fluxos também têm um traçado espacial e, por último, a interação referida produz alterações no modo de ser, de estar e de apreender a realidade, o que se traduz em alterações concretas no espaço geográfico. Cfr. CAVALEIRO, Célia Duque, «Cidade-Região Real vs Cidades/Regiões Digitais – Complementaridades Funcionais», en *Colóquio Ibérico de Geografia*, Setembro de 2005.

espacio virtual, designado, cuanto mucho, el enderezo electrónico donde se transmitió la junta (si es que esto llegó a existir).

Pese a que del art. 202 TRLSC no resulte nada al propósito, refiere el art. 192.3 TRLSC que la lista de asistentes deberá necesariamente ser incluida en las actas de las juntas de las sociedades de responsabilidad limitada<sup>470</sup>.

Además de lo dicho, y teniendo especialmente en cuenta la nueva realidad técnica y jurídica que permite la asistencia a la junta a distancia por medios telemáticos, entendemos que debe constar igualmente en el acta la información relativa a la participación a distancia de los socios<sup>471</sup>. Esta información es particularmente relevante en las sociedades anónimas puesto que los socios que participan a distancia son tenidos como presentes en la junta de la sociedad anónima y consecuentemente deberán ser contabilizados a efectos de su constitución (cfr., art. 105.5 LSA; ahora art. 189.3 TRLSC). Es así perfectamente comprensible que sea necesario incluir en el acta la indicación de cuáles son los socios que están físicamente presentes, los que están representados y los que participan mediante medios telemáticos y, en la eventualidad de que no todos los que participan a distancia utilizasen los mismos medios, es necesario referenciar las distintas formas de participación a distancia. Además, creemos que también debe constar en el acta la información de interrupciones que en su caso hubieran ocurrido durante la celebración de la junta con ocasión de fallos en los medios de comunicación a distancia. Efectivamente, si, especialmente para efectos de quórum y mayorías, es importante referir en el acta que algunos de los socios se ausentaron de la sala durante la junta también lo será, ciertamente, hacer referencia a eventuales fallos en la comunicación que impidan que los socios, que participan a través de los medios a distancia, sigan conectados con la sala y consecuentemente continúen participando en la junta, sobre todo a la hora del voto y cómputo de mayorías necesarias para aprobar acuerdos. No obstante la especial relevancia en las sociedades anónimas, entendemos que, lo ahora dicho, se aplica igualmente a las sociedades de responsabilidad limitada que, en nuestra opinión, como tuvimos ocasión de exponer anteriormente, admiten

---

<sup>470</sup> Sobre la lista de asistentes, *vd.* capítulo III, título II, punto 6.2., del presente estudio.

<sup>471</sup> Sobre la asistencia telemática *vd.* capítulo III, título II, punto 7.1, del presente estudio.

también que sus socios participen en las juntas generales y universales a través de los medios telemáticos<sup>472</sup>.

Si se trata de una junta universal debe igualmente figurar en el acta cuáles son los socios que se encuentran presentes físicamente, los que lo hacen por intermedio de representante y aquellos que optan por utilizar los medios telemáticos. Creemos que es asimismo importante que se refleje claramente en el acta que todos los socios estuvieron de acuerdo con la celebración de la junta y en discutir y deliberar sobre los puntos que pasarán a constar en el orden del día.

Toda vez que el acta debe reflejar lo acaecido en la junta, es natural que del respectivo contenido resulte, más allá del tenor de los acuerdos adoptados, al menos un resumen del debate producido con relación a cada uno de los asuntos. Asimismo, deben figurar en el acta las intervenciones de los socios que así lo hayan solicitado, independientemente de la forma utilizada para intervenir en la junta. Efectivamente, al admitir la posibilidad de que los socios intervengan en la junta a través de medios telemáticos, tenemos igualmente que aceptar que tienen los mismos derechos que son concedidos a los socios que se encuentran presentes físicamente en la junta. Así, es indiferente que el socio intervenga en la junta de viva voz – mediada o no por los medios telemáticos – o mediante una comunicación escrita enviada directamente para la junta, durante su celebración, a través de un cualquier medio electrónico (por ejemplo correo electrónico o una aplicación informática como es el *messenger*). Lo verdaderamente importante es que el acta refleje las intervenciones de los socios y el contenido de las mismas.

Otra referencia del cuerpo del acta es la indicación de los resultados de las votaciones. Debe así figurar en el acta la mayoría conseguida con relación a cada uno de las propuestas debatidas y votadas. A la par, y de indiscutible importancia para la eventual impugnación de acuerdos sociales, debe incluirse en el acta la identificación del socio o socios que votaron en contra, siempre que así se haya solicitado. Existe aquí una particularidad con referencia a los socios que emiten sus votos a distancia, sobre todo si lo hacen mediante correspondencia (electrónica o postal) u otro medio en el que exista una previa confirmación de la identidad y legitimidad del votante. En efecto, en estas situaciones es asimismo indispensable que se identifique al votante y que se

---

<sup>472</sup> *Vd.* Capítulo III, título II, punto 7.1, del presente estudio.



indique el respectivo sentido de su voto, pues es esa la única forma en que el socio que así emitió su voto pueda comprobar que el mismo fue debidamente computado.

Por fin, tenemos que hacer referencia a la aprobación del acta que, con salvedad del caso del acta notarial que no necesita aprobación de la junta, puede ser aprobada al final de la junta por votación. En esta votación deben participar los socios físicamente presentes y aquellos que asistan y participen en la junta en directo por medios a distancia. Aquellos socios que emitieran su voto con anterioridad a la celebración de la junta no pueden, en principio, votar en la aprobación del acta. Y decimos en principio porque entendemos que existe una posibilidad de admitir la votación del acta por estos socios, que votaran con anterioridad a la celebración de la junta, siempre que ellos hubieran asistido a la celebración de la junta de forma telemática que no permitiese el ejercicio del voto en directo. Precítese que la presencia física y la participación telemática que permita el ejercicio del derecho de voto, en simultáneo con la reunión, derogarán la emisión del voto a distancia emitido con anterioridad.

Dediquemos ahora algunas palabras en particular a las actas notariales de las juntas generales. A ellas hace referencia, además, el artículo 101 RRM. Según el apartado 1, compete al Notario verificar si la convocatoria fue realizada conforme a los requisitos legales y estatutarios, salvo si se trata de una junta universal. Hasta aquí no existen particularidades para el caso de que se hubieran utilizado medios electrónicos. En efecto, incluso aunque en la convocatoria se hubieran utilizado tales medios, el Notario simplemente tendrá que confirmar que fueron utilizados de acuerdo con lo previsto en la ley y en los estatutos de la sociedad.

Ya en su apartado 2, se afirma que el “*Notario se personará en el lugar, fecha y hora indicados en el anuncio, y procederá a asegurarse de la identidad y de los cargos de Presidente y Secretario de la reunión*”. Así la ley, la cuestión que se impone es la siguiente: ¿la exigencia reglamentaria de que el “*Notario se personará en el lugar*”, obliga a la presencia física del Notario en el lugar indicado en el anuncio? ¿Podrá tal presencia ser meramente virtual si fuera posible al Notario *asegurarse de la identidad y de los cargos de Presidente y Secretario de la reunión*”? De acuerdo con el Diccionario de la lengua española personarse significa “*presentarse personalmente en una parte; dicho de una persona: reunirse con otra para tratar algo*”. Es evidente que el sistema

en que pensaba el legislador a la fecha de la elaboración del precepto legal sería una presencia física. No obstante, como ya hemos indicado anteriormente, esa presencia física puede actualmente ser sustituida por una presencia virtual. Por eso, creemos que, según las circunstancias, el Notario no tendrá por qué estar físicamente presente en el lugar de la celebración de la junta. El mismo razonamiento que hicimos para la presencia de los socios, lo hacemos ahora extensivo para la presencia del Notario. La mayor contrariedad en la opción de una presencia meramente virtual del Notario es, en nuestra opinión, la obligación reglamentaria que recae sobre el Notario de asegurarse “*de la identidad y de los cargos de Presidente y Secretario de la reunión*”. Sin embargo, entendemos que sobre la legitimidad de los cargos de Presidente y Secretario de la junta no es necesaria una confirmación física, siendo suficiente la exhibición del documento del nombramiento para tales cargos y la verificación de su identidad. Resta así verificar si es posible o no hacer la confirmación de las identidades del Presidente y del Secretario mediante la utilización de medios telemáticos. Creemos, efectivamente, que no será una tarea muy fácil. En verdad, incluso aunque sea posible, por ejemplo a través del envío del documento nacional de identidad o de una copia certificada de cada uno, no va conferir a los socios la seguridad que desean al existir una presencia notarial. Es decir, en nuestra opinión, no es propiamente la Ley la que impide de forma expresa y directa la presencia virtual del Notario en las juntas generales, sino la dificultad o imposibilidad de cumplir la obligación reglamentaria de confirmar las referidas identidades. En todo caso, pensamos que en caso de que se pruebe que tal obligación puede ser cumplida con las debidas garantías con la utilización de los medios telemáticos, no deberían plantearse excesivos obstáculos a la presencia virtual del Notario.

Existe aún otra contrariedad para admitir la presencia virtual del Notario: los socios pueden solicitar que el acta sea redactada por el Notario con el objetivo de conceder al documento una mayor solemnidad y seguridad jurídica, que podría no producirse con una presencia virtual del Notario (independientemente del efectivo grado de seguridad de las nuevas tecnologías, sabemos que para muchas cosas sigue siendo una herramienta insegura)<sup>473</sup>. En el artículo 102 RRM se hace referencia al contenido

---

<sup>473</sup> No somos tan rígidos y exigentes como FLEISCHHAUER, cuando indica que no es posible de ninguna forma que la presencia del Notario sea meramente virtual. Cfr. FLEISCHHAUER, Jens, «Der Notar in

específico del acta notarial. Al Notario compete dar fe, además de la identidad del Presidente y del secretario, de algunos hechos: fundamentalmente, de la declaración del Presidente sobre la válida constitución de la junta y sobre la lista de socios que concurren, personalmente o mediante representación, con derecho de voto a junta, así como de la especificación de la participación de cada uno de estos socios en el capital social. Ahora bien, resulta claro que no se exige que el Notario proceda a la identificación de cada uno de los socios presentes, ni averigüe si el instrumento de representación es conforme jurídicamente, ni tampoco indague sobre la legitimación de la presencia del socio. Estas exigencias no serían efectivamente posibles en las grandes sociedades, precisamente aquellas que más recurren a las actas notariales, ya que normalmente la junta se constituirá con un elevado número de socios. Esta circunstancia facilita al Notario la tarea del levantamiento del acta ante la concurrencia de socios que participen a distancia en la junta. La legitimación de los socios se queda a cargo de la sociedad y el Notario solamente dará fe de la declaración del Presidente sobre su existencia. Resulta, por lo tanto, claro, que la elaboración de la lista de los asistentes no compete al Notario que, como vimos, tampoco tiene que dar fe de ella; sin embargo debe ser anexada al acta. El Notario así, recogerá y dará fe bien de las declaraciones del Presidente bien de las reservas o protestas de los socios frente a tales declaraciones.

Del mismo modo, es posible concluir de la lectura del aludido artículo 102 RRM que la votación no tiene que ser controlada por el Notario. En efecto, refiere el punto 6, del párrafo 1, que *“de las propuestas sometidas a votación y de los acuerdos adoptados, con transcripción literal de unas y otros, así como de la declaración del Presidente de la Junta sobre los resultados de las votaciones, con indicación de las manifestaciones relativas al mismo cuya constancia en acta se hubiere solicitado”*. Así, compete al Notario dar fe de los textos sometidos a aprobación y aprobados, transcribiéndolos, y, por otra parte, sobre la votación, tiene la obligación de dar fe de la declaración del Presidente de la Junta relativa a los resultados apurados. El encargo de verificar que los mecanismos permitidos legal y estatutariamente en la votación funcionan correctamente y que los socios los utilizaron debidamente recae sobre la sociedad y no sobre el Notario. Una vez más, la ley no exige nada que impida la utilización de los medios

---

der virtuellen Hauptversammlung», en *Die Virtuelle Hauptversammlung*, bajo coordinación de Dirk Zetzsche, Berlin, 2002.

telemáticos en el ejercicio del derecho de voto de los socios, siempre que así lo permitan los estatutos.

Por fin, refiere el punto 8, del párrafo 1, del artículo 102, que el Notario debe dar fe de las manifestaciones hechas por los socios en contra de los acuerdos así como de cualesquiera otras intervenciones siempre que sea solicitado por los socios. En su caso debe el Notario consignar *“el hecho de la manifestación, la identificación del autor y el sentido general de aquélla o su tenor literal si se entregase al Notario texto escrito, que quedará unido a la matriz”*. Una vez más, entendemos que el hecho de que los socios participen a distancia en las juntas no impide que el Notario concrete este comando legal. En verdad, si el socio tiene la posibilidad de intervenir en la junta a distancia durante la respectiva celebración, es porque se encuentra conectado a través de medios que permiten hacerse oír y, por lo tanto, el Notario podrá oír sus declaraciones y dar fe de ellas.

Por todo lo dicho anteriormente, somos de la opinión de que la utilización de los medios telemáticos en las juntas generales no impide el levantamiento del acta Notarial, con salvedad de las reservas que demostramos respecto a la celebración de juntas puramente virtuales con la presencia, igualmente virtual, del Notario.

## **9. Impugnación de acuerdos sociales por los socios que asisten telemáticamente a reunión de la Junta General**

Réstanos finalmente tejer algunas consideraciones sobre la impugnación de los acuerdos sociales. Tratase de una materia que podría incluso servir para hacer otro estudio y, por eso, no es nuestra intención profundízala. Solamente nos importa analizar la influencia de la participación telemática de un determinado socio en la legitimación para impugnar acuerdos sociales heridos de anulabilidad.

Antes que nada, dígase que el TRLSC sigue manteniendo la naturaleza común del régimen de impugnación de acuerdos sociales a las sociedades de capitales. De hecho, los acuerdos de las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas (y también de las comanditarias por acciones - que raramente hablamos en este estudio, pero no

olvidamos su naturaleza de sociedades de capital) podrán ser impugnables de acuerdo con lo que dispongan los arts. 204 a 208 TRLSC (y bien así los preceptos aplicables de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Reglamento del Registro Mercantil)<sup>474</sup>.

Actualmente, dispone el art. 204 TRLSC que son causas de impugnación los acuerdos sociales que “*sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*”. Cabiendo, como sanción, la nulidad a los primeros (los contrarios a la ley) y la anulabilidad a los restantes. No nos vamos a detener en análisis sobre las causas de impugnación de los acuerdos sociales y sus fundamentos, puesto que nos alejaríamos del tema central de nuestro trabajo.

No ofrece dudas el art. 206 TRLSC sobre la legitimación activa para la impugnación de los acuerdos nulos, párrafo 1 del precepto, y anulables, párrafo 2 de la misma norma. Así, para impugnar los acuerdos heridos de nulidad están legitimados “*todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo*” (ejemplo respecto a estos últimos, serán los obligacionistas, en el usufructuario, entre otros<sup>475</sup>). A su vez, como se infiere de la simple lectura del párrafo segundo, “*para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores*”<sup>476</sup>.

Es respecto a los acuerdos meramente anulables que el legislador condiciona la respectiva impugnación a verificación de determinados requisitos formales que importa, al presente estudio, confirmar si se verificarán asimismo –o en qué medida se verificarán- cuando el socio participa telemáticamente en reunión de la junta.

Dispone, pues, el art. 206.2 que están legitimados para impugnar los acuerdos anulables “*los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo*”. Consideramos anteriormente que los socios pueden, hoy día,

---

<sup>474</sup> En extenso vd. CABALLOL ANGELATS, Lluís *Comentario al artículo 139 LSA*, en ARROYO Ignacio, EMBID José Miguel y GÓRRIZ Carlos, “Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, págs.. 1171-1194.

<sup>475</sup> Tendrá un interés legítimo “*aquel que pueda ser afectado por las consecuencias de la cosa juzgada, cuando se plantee la cuestión ante los órganos jurisdiccionales, aunque no le ocasione de manera inmediata un beneficio o perjuicio*”. (STS de 9 de Octubre de 1993).

<sup>476</sup> PÉREZ DAUDÍ, Vincente, *Comentario al artículo 139 LSA*, en ARROYO Ignacio, EMBID José Miguel y GÓRRIZ Carlos, “Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, págs.. 1201-1240.

asistir telemáticamente al desarrollo de la junta. Además, apuntamos distintas modalidades de participación a distancia. Por ello, cumple ahora analizar si el socio asistente telemáticamente, independientemente de la modalidad por la que asiste a junta, solamente podrá impugnar los acuerdos sociales si hiciere constar en su oposición al acuerdo tomado. Bueno, teniendo en cuenta todo lo referido respecto a las distintas modalidades de participar a distancia en las juntas generales creemos que, a estos efectos, solamente podrá ser considerado socio asistente aquello socio que pueda, telemáticamente, manifestar su oposición al acuerdo tomado y hacerla constar del acta. Así las cosas, aquel socio que simplemente asiste a retransmisión de la junta pero no puede, de ninguna forma, comunicar con ella y hacerle llegar su oposición al acuerdo tomado no podrá, a estos efectos, ser tenido como asistente a junta y, por eso, tendrá la oportunidad de impugnar el acuerdo social como si fuere ausente.

Al revés, aquellos socios cuya participación en la junta ocurre de forma telemática con posibilidad de efectivamente intervinieren en la junta, ejerciendo, entre otros, el derecho de voz, solamente ganarán legitimación para impugnar un acuerdo si tuvieren hecho constar en acta su oposición a la respectiva adopción.

## **CAPÍTULO IV**

### **APLICACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN EL FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN**

#### **I. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN – CONSIDERACIONES INICIALES**

Es una evidencia que es en la aplicación de las nuevas tecnologías al funcionamiento de la Junta General que reside el epicentro del presente estudio. Es por ello que le dedicamos la mayor parte de las palabras aquí proferidas. Todavía creemos que el estudio no se quedaría completo si no hiciésemos asimismo algunas observaciones relacionadas con la aplicación de los medios telemáticos al funcionamiento del órgano de administración. Es precisamente esta la tarea que se sigue. Como el objetivo que ahora se busca reside básicamente en saber se hay o no posibilidad de se aplicaren los dichos medios electrónicos al funcionamiento del órgano de administración no nos vamos a detener demasadamente en concretizar los conceptos relativos al órgano ni tampoco tejer largas consideraciones sobre eventuales querellas doctrinales.

La verdad es que actualmente la novedad ya no la encontramos en la introducción de estos medios en el funcionamiento de este órgano, ya que, desde hace varios años, esta circunstancia se viene produciendo sin especiales obstáculos jurídicos. Al igual que en el caso anterior, pese a las diferencias inherentes a las características del órgano ahora en estudio, las cuestiones que se plantean en la utilización de las nuevas tecnologías al órgano de administración son las mismas que vimos en relación con la Junta General, con salvedad de algunas -pocas- especificidades.

Así pues, como dicho, no es nuestra intención realizar en este capítulo un estudio exhaustivo ni tampoco un tratamiento pormenorizado de los problemas que abarcan el Consejo de Administración. Nuestro interés en torno a la aplicación de los medios telemáticos al funcionamiento del Consejo de Administración se centra fundamentalmente en examinar los problemas que se plantean específicamente en este

escenario, dejando de lado las cuestiones comunes a la Junta General y que hemos analizado en el capítulo anterior. En estos términos, el análisis que vamos a realizar a continuación se traducirá en consideraciones más bien breves y sintéticas, en comparación con las que proferimos en el capítulo precedente.

Al hilo del tema que ahora nos ocupa, es necesario tejer algunas consideraciones generales. En primer lugar, es necesario resaltar que la aplicación de los medios telemáticos al funcionamiento de este órgano no comparte los mismos intereses de política jurídica que impulsan tal aplicación al funcionamiento de la Junta General. Analizamos anteriormente que, a la vista del panorama en relación con el profundo absentismo de los socios en la participación en las juntas generales, las reformas legislativas del ordenamiento jurídico español y asimismo de los restantes ordenamientos estudiados incentivan al uso de las nuevas tecnologías convencidos de que así se conseguirá incrementar la participación de los socios en la vida societaria. Esta preocupación no concurre cuando nos centramos en el estudio de la aplicación de los medios telemáticos al desarrollo de las funciones del órgano de administración. En efecto, esa utilización solamente tendrá como único objetivo el de facilitar el *modus operandi* del Consejo de Administración. A la par con el hecho acabado de referir, es preciso partir de que el Consejo de Administración se beneficia de una política de amplia autonomía estatutaria y reglamentaria del propio consejo: los ordenamientos jurídicos en general, y asimismo en particular el español, se limitan a fijar las reglas básicas y mínimas de funcionamiento del consejo, dejando un amplio conjunto de materias bajo la libertad estatutaria o del propio órgano. Por ello, puede decirse que las nuevas tecnologías han ido aplicándose paulatinamente al funcionamiento de los consejos de administración sin plantearen relevantes dudas jurídicas. Hasta cierto punto, están aquí las razones que subyacen a la circunstancia de que buena parte de los ordenamientos jurídicos más relevantes no se pronuncien directamente sobre esta cuestión y que aquellos que lo hacen le dediquen pocas palabras, como veremos en su momento.

Efectuada esta reflexión inicial, consideramos necesario realizar algunas consideraciones generales sobre la génesis, características y funcionamiento del órgano



de administración, gestión y representación de las sociedades<sup>477</sup>. Como es sabido, existen actualmente dos principales tipos de estructuras orgánicas para la administración de las sociedades mercantiles: el denominado sistema monista y el llamado sistema dual<sup>478</sup>. La principal diferencia entre ambos reside en el hecho de, en el primero, se confían a uno solo órgano los poderes de administración y control de la sociedad y, en el segundo, tales poderes se reparten entre dos órganos diferentes. El sistema monista predomina en la mayoría de los países europeos, España incluida. A su vez, el sistema dual es característico de pocos países, entre ellos, Alemania, Dinamarca y Holanda. Existen ciertos países europeos que, desde hace algunos años, prevén la existencia de ambos sistemas y permiten la opción por uno u otro<sup>479</sup>. De acuerdo con el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), los Estados miembros tendrá que permitir la opción por una u otra estructura del órgano. En efecto, según el artículo 38 del mencionado Reglamento la Sociedad Anónima Europea constará de una Junta General y “*bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista), según la opción que se haya adoptado en los estatutos*”. En consonancia con las orientaciones del Reglamento referido, la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, añadió el capítulo XXII a la Ley de las sociedades anónimas, introduciendo la reglamentación atinente a las Sociedades Anónimas Europeas, actualmente reguladas en el Título XIII del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (arts. 455-494).

---

<sup>477</sup> En extenso, *vd.* EDUARDO POLO, «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», tomo VI del *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por RODRIGO URÍA, AURELIO MENENDEZ Y MANUEL OLIVENCIA, Editorial Civitas, Madrid, 1992; URQUIJO Y DE LA PUENTE, José Luis y CRESPO DE LA MATA, Antonio, *El consejo de administración. El gobierno de las sociedades cotizadas. El silencio de los consejos*. Edición Deusto, Bilbao, 2004; SANCHEZ CALERO, FERNANDO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, 2005, páginas 460 y siguientes; GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto, «El consejo de Administración: concepto y estructura», en *Órganos de la Sociedad de Capital, tomo II, Consejo de Administración, auditores y liquidadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs 1353 a 1355.

<sup>478</sup> *Vd.* MARTÍN VIDALES, Mónica y LÓPEZ-JORRÍN, Álvaro, «El consejo de administración de las sociedades cotizadas», en *La Sociedad Cotizada*, VVAA, Fernando Vives y Javier Pérez-Ardá (coordinación), Marcial Pons, Madrid, 2006, páginas 261 a 306, aquí 268-269. Sobre el ordenamiento jurídico italiano *vd.* SANTOSUOSSO, Daniele U., «I sistemi di amministrazione e controllo nel nuovo diritto societario», *Vita Notarile* n. 2, Maggio-Agosto, 2003, pág. 622 a 648.

<sup>479</sup> Así se produce, por ejemplo, en Francia y Bélgica. *Cfr.* WYMEERSCH, Eddy, *A status report on corporate governance rules and practices in some continental european states*, en K. J. HOPT/H. KANDA/M. J. ROE/E. WYMEERSCH/S. PRIGGE, *Comparative corporate governance – The state of art and emerging research*, Oxford University Press, 1998, pág. 1078 y siguientes.

En el art. 476 TRLSC se admite que la sociedad anónima europea, sedeada en España, elija para su sistema de administración el monista o el dual, y lo hará constar en los respectivos. Este sistema no es el común en las sociedades anónimas (no europeas) pues que en España el sistema de administración aceptado con carácter general para las sociedades anónimas es el monista, admitiéndose ahora con carácter opcional el sistema dual aunque repítase solamente para las sociedades anónimas europeas domiciliadas en España.

Portugal e Italia admiten, desde hace mucho tiempo, que sus sociedades anónimas (europeas o no) opten por el sistema monista o dual. Más recientemente, con la entrada en vigor de la reforma del *Código das Sociedades* en 2006, el ordenamiento jurídico portugués admite, además de los mencionados sistemas monista o dual, un tercer sistema, el llamado sistema anglo-sajónico (cfr. art. 278 *Código das Sociedades*).

La particularidad de los sistemas admitidos en estos países originó algunas críticas referidas a su denominación, particularmente en Portugal. La mayor parte de la doctrina los calificaba, en la senda del nombramiento dado a los sistemas que regían en otros países europeos, de sistema monista y dual. Sin embargo, surgieron muchas críticas asociadas a la elección del nombre de los sistemas admitidos. De una parte, el sistema denominado monista contenía en verdad dos órganos (Consejo de Administración y consejo fiscal o fiscal único) y, por lo tanto, sería más fidedigno denominarlo de dual, aunque esa denominación era privativa de otro sistema que presentaba matices diferentes de este y, por eso, no era adecuado. De otra parte, el denominado sistema dual es efectivamente muy cercano al modelo germánico, sin embargo presenta tres órganos y no dos. Así las cosas, algunos autores criticaron la opción escogida por los legisladores para denominar los sistemas de administración disponibles e incluso propusieron alternativas; en particular, el sistema tradicional (para calificar el monista), como sucedía en Italia, y el sistema de tipo germánico (para referirse al dual)<sup>480</sup>. Estos dos países, Portugal e Italia, continuaron siguiendo el mismo camino con relación a los sistemas de administración. De hecho, las sociedades anónimas reglamentadas por el régimen jurídico italiano pueden ahora, tras la reforma

---

<sup>480</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, volume II – *Das sociedades*, Coimbra, 2002, página 57 y siguientes.

del derecho societario de 2003, elegir entre tres sistemas de administración<sup>481</sup>: el régimen tradicional<sup>482</sup>, el régimen dualístico<sup>483</sup> y el régimen monista<sup>484</sup>. A su vez el legislador portugués reformó de manera importante el derecho societario en 2006 y, entre otros asuntos, dedicó especial atención al órgano de administración, pasando a admitir, al igual que el régimen italiano, tres sistemas. Así, en el derecho portugués las sociedades podrán optar por el sistema tradicional, que puede abarcar tres órganos, por el sistema de tipo germánico, donde la antigua dirección fue sustituida por el Consejo de Administración ejecutivo y el viejo consejo general se llama ahora consejo general y de supervisión, o por el sistema monista o anglosajón, como también es denominado, que integra el Consejo de Administración con la respectiva comisión de auditoría y el revisor oficial de cuentas<sup>485</sup>.

No es posible afirmar que uno de los sistemas sea mejor que el otro, ya que cada uno presenta ventajas y desventajas propias que les atribuyen puntos positivos y negativos simultáneamente. Lo único cierto es que en los últimos años se viene asistiendo a una flexibilización en la manera de estructurar y organizar la administración societaria. El sistema monista, inicialmente centrado en el esquema de gobernación de tipo *managerial model*, donde compete únicamente al Consejo de Administración la gestión de los negocios sociales, se presenta actualmente más próximo al *monitoring model*, que combina un modelo de gestión asentado sobre administradores ejecutivos controlados por un consejo formado mayoritariamente por miembros no ejecutivos; este

---

<sup>481</sup> Cfr. SANDULLI, Michele/SANTORO, Vittorio (a cura di), *La riforma delle società*, tomo I, Giappichelli, Torino, 2003, página 388 y siguientes.

<sup>482</sup> *Consiglio di amministrazione o amministratore unico/collegio sindacal.*

<sup>483</sup> *Consiglio di gestione/consiglio di sorveglianza.*

<sup>484</sup> *Consiglio di amministrazione que abarca un comitato per il controllo sulla gestione.*

<sup>485</sup> Cfr. De acuerdo con el artículo 278º del *Código das Sociedades Comerciais* “1. A administração e a fiscalização da sociedade podem ser estruturadas segundo uma de três modalidades: a) conselho de administração e conselho fiscal; b) conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria, e revisor oficial de contas; c) conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas. 2. Nos casos previstos na lei, em vez de conselho de administração ou de conselho de administração executivo haver um só administrador e em vez de conselho fiscal pode haver um fiscal único. 3. Nas sociedades que se estruturarem segundo a alínea a) do n.º 1, é obrigatória, nos casos previstos na lei, a existência de um revisor oficial de contas que não seja membro do conselho fiscal. 3. Nas sociedades que se estruturarem segundo a alínea c) do n.º 1, é obrigatória, nos casos previstos na lei, a existência no conselho geral e de supervisão de uma comissão para as matérias financeiras”.

Véase que el último sistema referido es calificado como sistema monista porque, no obstante estar compuesto por tres órganos, se aproxima al sistema que tradicionalmente se conoce como sistema monista. Algunos autores denominan este sistema como anglosajón, pero no es la denominación más apropiada ya que, desde hace muchos años, el sistema monista rige plenamente en la Europa Continental.

último modelo origina la creación de diferentes comisiones con funciones distintas en el seno del consejo, lo que posibilita un mayor control de los negocios sociales. Por su parte, en el sistema dual se viene asistiendo a una mayor flexibilización en el Consejo de Administración para facilitar informaciones al órgano de fiscalización y a una mayor cooperación entre ambos órganos.

El caso es que hoy día, en el seno de las sociedades anónimas, el poder de decisión sobre los asuntos sociales se concentra en el órgano de administración. Esta tendencia al control de los administradores (*managers revolution*) surgió como consecuencia del desarrollo de los mercados que, como sabemos, ocasionó una fuerte entrada de capitales dispersos en las sociedades anónimas. Además las propias políticas capitalistas, que se instalaron en la mayor parte de los llamados países desarrollados, han incentivado dicha concentración de poderes en el órgano de administración. A ello se suma el hecho de que los cambios y los avances tecnológicos y administrativos exigen que la administración sea firme, estable y especializada. Estas circunstancias motivaron que los distintos legisladores concedieran mayor libertad al órgano ejecutivo en detrimento del órgano deliberativo en el seno de las grandes sociedades anónimas. Este fenómeno provocó una progresiva retirada de poder a los socios, especialmente a los minoritarios, evitando cuestiones incómodas sobre las políticas empresariales y los negocios sociales. Con ello se consumó la atribución del papel principal en la vida societaria al órgano de administración y la efectiva relegación a un segundo plano a la Junta General.

Esta tendencia a concentrar el poder en el órgano de administración, originó algunos problemas de control interno del órgano, tal como ya anunciamos en el capítulo anterior. Son conocidos los escándalos financieros motivados por tal ausencia de control interno. Hoy en día se siguen trayendo a colación, cuando se habla de este tema, los famosos escándalos financieros de Parmalat y Enron. Estos y otros escándalos han infundido en el mercado, sobre todo en el mercado de capitales, una sensación de desconfianza por parte de los inversores, lo que ha provocado a su vez impactos negativos para las sociedades cotizadas y para la economía en general. Estas circunstancias motivaron la promulgación de códigos de buen gobierno de sociedades cotizadas, tendentes a emitir recomendaciones para mejorar el control interno del

órgano ejecutivo y una participación más activa de los socios minoritarios en la Junta General. Se trata, naturalmente, de una nueva dimensión de la vieja distinción entre función de dirección y función de control.

Lo cierto es que en la actualidad asistimos a una pluralidad de sistemas de gobierno corporativo distintos, en función del país donde la sociedad tiene su domicilio. Tamaña diversidad comporta naturalmente diferentes conceptos y organizaciones de la estructura de dirección y control y conduce asimismo a concepciones diferentes del mercado de capitales y de otras nociones y estructuras relacionadas. Asimismo estas circunstancias han provocado reformas legislativas en los distintos ordenamientos jurídicos, que tienen como principal objetivo articular las funciones de gestión y de vigilancia en los distintos sistemas jurídicos. No existe un sistema perfecto, ya que cada sistema presenta, como es normal, ventajas e inconvenientes.

Examinos ahora muy rápidamente algunos pormenores del sistema de administración y control de las sociedades anónimas en el régimen jurídico español. Como se mencionó antes, en el Derecho Español las sociedades anónimas tienen a su disposición un solo sistema legal de administración: el sistema monista tradicional. Veamos entonces cuáles son los trazos generales que caracterizan este sistema.

De acuerdo con el art. 209 TRLSC, corresponde a los administradores de la sociedad (en cuanto titulares del órgano de administración) la gestión y la representación de la sociedad (SA y SRL). Sin embargo, no existe en nuestro ordenamiento una norma legal que haga referencia a las funciones concretas del órgano de administración. Con carácter general, los administradores tienen competencias para administrar la sociedad y representarla frente a los socios y frente a terceros, realizando todos los actos necesarios para la consecución del objeto social. El modelo consagrado en el ordenamiento jurídico español es bastante flexible, pues permite a los estatutos y, en su caso, al propio Consejo de Administración diseñar el régimen que se considere más conveniente para organizar la gestión social.

En el vigente TRLSC se uniformizaran, en el respectivo art. 210 TRLSC, las disposiciones básicas sobre la organización de la administración tanto de las sociedades anónimas como de las sociedades de responsabilidad limitada. Resulta, pues, del párrafo 1 del dicho art. Que la administración de estas sociedades podrá ser confiada bien a un administrador único bien a un Consejo de Administración.

A su vez, el párrafo 2 dedicase en exclusivo a las sociedades anónimas afirmando que *“cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, éstos actuarán de forma mancomunada y, cuando se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración”*.

El párrafo 3, aún del mismo precepto, apunta que *“en la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria”*.

Del contenido arriba mencionado, resalta la existencia de distintas formas de estructura en el órgano de administración de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada. Diferencias que, además, se importaran de las respectivas leyes (LSA y LSRL) que, antes de la vigencia del TRLSC, regulaban estas materias.

Una primera nota sobre los regímenes de administración de las sociedades anónimas centrarse en la flexibilidad legal que ostentan. Tamaña flexibilidad presenta las ventajas y las desventajas inherentes a los regímenes que dejan en manos de la propia sociedad, e incluso en manos del propio órgano de administración (en el caso de que se opten por estructura en forma de Consejo de Administración; cfr. art. 141 LSA; arts. 245 y 249 TRLSC) la fijación de las reglas basílicas de la política empresarial. Una de las críticas apuntadas por la doctrina, con la cual estamos completamente de acuerdo, es que *“es deficitario nuestro ordenamiento a la hora de facilitar a la jurisprudencia y a la doctrina la delimitación del poder-deber de vigilancia-intervención de los administradores sin cargo especial, ya que en todo caso el modelo legal vigente parte de que en el supuesto de delegación del CdA conserva competencia sobre lo delegado (el poder de avocación de lo delegado), el poder de dar instrucciones y el poder de intervenir en caso de que lo estime necesario. El problema es que pese a tanto poder legal en el colegio como tal, en la práctica se dé una concentración del poder en órganos unipersonales o restringidos y que en los momentos de crisis, de la entrada en juego de la responsabilidad, se encuentren operadores del tráfico y profesionales del derecho y en especial los tribunales con una normativa inadecuada por someter*

*formalmente al mismo patrón de responsabilidad funciones en la práctica diferentes*<sup>486</sup>.

La amplia libertad de organización estatutaria e incluso del propio órgano de administración, se ha visto mitigada con la mayor precisión del régimen de deberes y responsabilidad de los administradores. La Ley 26/2003, de transparencia, conformó los intentos de la jurisprudencia y la doctrina al imponer a todos los administradores de sociedades anónimas una serie de deberes fiduciarios, extremando el tradicional (e insuficiente) deber de diligencia en la administración; a saber, deber de diligente información, deber de fidelidad al interés social, deber de lealtad y deber de secreto. EL TRLSC ha dado un paso significativo en este campo, organizando mejor y extendiendo los deberes fiduciarios también a los administradores de sociedades de responsabilidad limitada (cfr., arts. 225-232). El incumplimiento de estos deberes podrá desembocar en posibles acciones de responsabilidad contra los administradores, sean acciones sociales o acciones individuales de responsabilidad (arts. 133-135 LSA; art. 69 LSRL; y ahora arts. 236-241 TRLSC).

Las sociedades cotizadas merecen una especial atención en la materia que ahora abordamos. Es preciso resaltar la innovación introducida por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, remodelada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre y, más recientemente, por la Ley 12/2010 de 30 de junio, que constituyó el deber legal de las sociedades cotizadas de constituir un comité de auditoría dentro del Consejo de Administración (cfr. disposición adicional decimoctava). Este comité tiene como principales funciones la de supervisión del Consejo de Administración y la de contribuir a un mejor desempeño de las respectivas competencias<sup>487</sup>.

---

<sup>486</sup> Cfr. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado», en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, II, 10.º aniversario de Revista de Derecho de Sociedades, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, páginas 727 a 768, en particular página 752.

<sup>487</sup> Cfr. Disposición Adicional Decimoctava de la LMV que refiere que “1. Las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores deberán tener un Comité de Auditoría. 2. Los miembros del Comité de Auditoría serán al menos en su mayoría consejeros no ejecutivos del Consejo de Administración o, en el caso de órgano equivalente al anterior, miembros del mismo que no posean funciones directivas o ejecutivas en la entidad, ni mantengan relación contractual distinta de la condición por la que se les nombre. Serán nombrados, en todo caso, por el Consejo de Administración u órgano equivalente, de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad. Al menos uno de los miembros del comité de auditoría será independiente y será designado teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o en ambas. 3. El presidente del Comité de Auditoría será designado de entre los consejeros no ejecutivos o miembros que no posean funciones directivas o ejecutivas en la entidad, ni mantengan relación contractual distinta de la

En las sociedades cotizadas debemos asimismo recordar otra particularidad incorporada, en este caso, por la Ley de transparencia 2003: la exigencia de aprobar un reglamento de funcionamiento del Consejo de Administración. Esta exigencia legal parte del principio de que todas las sociedades cotizadas deben adoptar un Consejo de Administración, aunque no exista ninguna norma jurídica que así lo imponga. Dicho reglamento tiene como misión fijar las normas de régimen interno y funcionamiento del Consejo de Administración. Se trata de un reglamento que es aprobado por el propio Consejo de Administración y sobre el cual la Junta General deberá emitir un informe. Será, posteriormente, comunicado a la CNMV y registrado en el Registro Mercantil. Con arreglo al artículo 115 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, introducido por la mencionada Ley de transparencia de 2003, el reglamento del Consejo de Administración dictará las “*normas de régimen interno y funcionamiento del propio consejo, de acuerdo con la Ley y los estatutos*” y “*contendrá las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad*” (cfr., arts. 516 y 517 TRLSC). Asume asimismo importancia la obligación estipulada en el artículo 116

---

*condición por la que se le nombre. El presidente deberá ser sustituido cada cuatro años, pudiendo ser reelegido una vez transcurrido un plazo de un año desde su cese. El número de miembros, las competencias y las normas de funcionamiento de dicho Comité se fijará estatutariamente o, en su caso, por las normas que rijan la entidad, y deberá favorecer la independencia de su funcionamiento. Entre sus competencias estarán, como mínimo, las siguientes: Informar a la Junta General, Asamblea General u órgano equivalente de la entidad de acuerdo con su naturaleza jurídica sobre las cuestiones que se planteen en su seno en materia de su competencia; Supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna, en su caso, y los sistemas de gestión de riesgos, así como discutir con los auditores de cuentas o sociedades de auditoría las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría; Supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera regulada.; Proponer al órgano de administración para su sometimiento a la Junta General de Accionistas u órganos equivalentes de la entidad, de acuerdo con su naturaleza jurídica, al que corresponda, el nombramiento de los auditores de cuentas o sociedades de auditoría, de acuerdo con la normativa aplicable a la entidad; Establecer las oportunas relaciones con los auditores de cuentas o sociedades de auditoría para recibir información sobre aquellas cuestiones que puedan poner en riesgo la independencia de éstos, para su examen por el Comité, y cualesquiera otras relacionadas con el proceso de desarrollo de la auditoría de cuentas, así como aquellas otras comunicaciones previstas en la legislación de auditoría de cuentas y en las normas de auditoría. En todo caso, deberán recibir anualmente de los auditores de cuentas o sociedades de auditoría la confirmación escrita de su independencia frente a la entidad o entidades vinculadas a ésta directa o indirectamente, así como la información de los servicios adicionales de cualquier clase prestados a estas entidades por los citados auditores o sociedades, o por las personas o entidades vinculados a éstos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas; Emitir anualmente, con carácter previo a la emisión del informe de auditoría de cuentas, un informe en el que se expresará una opinión sobre la independencia de los auditores de cuentas o sociedades de auditoría. Este informe deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la prestación de los servicios adicionales a que hace referencia el apartado anterior. 5. En las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, las funciones del Comité de Auditoría podrán ser asumidas por la Comisión de Control”.*



LMV, añadido también por la Ley de transparencia, de que las sociedades cotizadas hagan “*público con carácter anual un informe de gobierno corporativo*”<sup>488</sup>. Este informe deberá tener el contenido especificado en el propio artículo 116 (particularmente las exigencias del apartado 4) y en el artículo 116 bis, añadido más recientemente por la Ley 6/2007. Con la vigencia del TRLSC, el informe de gobierno corporativo deberá obligatoriamente constar, en una sección separada, del informe de gestión (cfr. art. 526 TRLSC). Tratase de una exigencia legal que refleje los intentos legislativos de conferir más importancia y visibilidad al informe de gobierno corporativo.

Además de las reglas legales introducidas en los últimos años en materia de administración societaria, es fundamental para completar el panorama tener muy presentes las recomendaciones de buen gobierno. Desde el Informe Olivencia al Código Unificado de 2006, se han venido pronunciado importantes recomendaciones sobre las funciones del Consejo de Administración. Efectivamente, una de las mayores preocupaciones del buen gobierno se centra en el Consejo de Administración de las sociedades anónimas cotizadas. Esta realidad se verifica en el sistema jurídico español y asimismo en los demás ordenamientos jurídicos que se preocupan de la materia del buen gobierno. En este sentido, es de notar que en los Informes de las Comisiones se redefinieran las funciones del Consejo de Administración en las sociedades que se valgan del mecanismo de la delegación de competencias. Como bien apunta ESTEBAN VELASCO “*a estos efectos fue particularmente claro y contundente el Informe Olivencia sobre la identificación del papel en la práctica como un órgano no de gestión sino de supervisión y al recomendar que se reserven al Consejo, superando el marco limitado de las materias indelegables ex lege del art. 141 LSA, las facultades-deberes de clara incidencia gestora de: a) aprobación de las estrategias generales de la sociedad; b) nombramiento, retribución y, en su caso, revocación de los más altos directivos de la sociedad; c) control de la actividad de gestión y evaluación de los directivos; d) identificación de los principales riesgos de la sociedad e implementación de los sistemas de control interno y de información adecuados; e) determinación de las*

---

<sup>488</sup> Desarrollado por Orden ECO/3722/2003 de 26 de diciembre y complementado por la Circular 1/2004 de 17 de marzo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

*políticas de información y comunicación con los accionistas, los mercados y la opinión pública*". Es por lo tanto visible que el Informe Olivencia concedió al consejo una función de supervisión de los administradores ejecutivos en forma de consejeros delegados o comisiones ejecutivos. Sin embargo, el Informe Aldama no se preocupó especialmente de este aspecto, probablemente porque aceptó el planteamiento ya realizado en el Informe Olivencia. Aún así, podemos verificar que el Informe Aldama sigue de acuerdo con la opción por el sistema monista como único sistema de administración de las sociedades cotizadas en España. Efectivamente se encuentra bien patente en dicho informe que la opción por el sistema monista se corresponde con *"las pautas de gobierno corporativo idóneas para el fomento de la seguridad y la transparencia en las sociedades y el mercado"*. El Código Unificado de Buen Gobierno dedica la mayor parte de su contenido al Consejo de Administración y sigue en la misma dirección que los informes que lo preceden. Efectivamente se puede leer en el Código que *"no se pretende promover un modelo concreto [de organización y actuación de los Consejos], pero sí prevenir que, por una excesiva delegación, el Consejo no cumpla su función más esencial e irrenunciable, a saber, la denominada «función general de supervisión», integrada por tres responsabilidades fundamentales: orientar e impulsar la política de la compañía (responsabilidad estratégica), controlar las instancias de gestión (responsabilidad de vigilancia) y servir de enlace con los accionistas (responsabilidad de comunicación)"*. En resumen refiere el Código que se *"trata de definir aquellas facultades que conforman el núcleo básico de esa función general de supervisión y que, en consecuencia, no deben ser objeto de delegación"*. Con el fin de alcanzar los objetivos que profetiza, el Código recomienda que el *"Consejo asuma, como núcleo de su misión, aprobar la estrategia de la compañía y la organización precisa para su puesta en práctica, así como supervisar y controlar que la Dirección cumple los objetivos marcados y respeta el objeto e interés social de la compañía"*. Después sigue con el elenco de las materias que deben quedar en el ámbito de competencia del consejo.

El Código manifiesta asimismo la importancia de la participación activa de los consejeros en los debates del consejo. Por eso, refuerza que todos los consejeros deben recibir con la antelación adecuada las informaciones necesarias para el buen desarrollo de las sesiones del consejo. Además, apoya que los consejeros sean libres en la

adopción de posiciones y participen siempre amparados por la libertad de expresión y de opinión. La exigencia de independencia e imparcialidad en el gobierno de la sociedad es visible al largo de todo el Código. En la recomendación 17, el Código reafirma su opción por dicha independencia al señalar que *“cuando el Presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día”*<sup>489</sup>.

Sobre las reuniones del Consejo, el Código manifiesta la posición de que todos los consejeros deberán estar presentes con salvedad de las situaciones efectivamente imposibles y que, en tales situaciones, la representación del consejero ausente sea acompañada de las respectivas instrucciones.

El correcto y eficaz ejercicio de las funciones de consejero exige, como dijimos anteriormente, que todos se encuentren informados sobre las materias a tratar en la reunión. El asesoramiento adecuado a los consejeros para ayudar en el ejercicio de sus funciones es asimismo importante y, por eso, se encuentra recomendado en el Código. Como es sabido, en las grandes sociedades anónimas los consejeros tienen normalmente dificultades añadidas porque, entre otros condicionantes, no conocen a fondo las entrañas de la vida social lo suficiente para hacer valer su opinión en el consejo. Así, el Código recomienda que se proporcione un conocimiento rápido y suficiente de la vida social a los nuevos consejeros y que incluso se transmitan las reglas de gobierno corporativo. Esta recomendación se ha visto notablemente reforzada al incluir la Ley de Transparencia de 2003 el deber de diligente información en el art. 127.2 LSA (ahora, art. 225.2 TRLSC), el cual -en buena lógica- debería reducir considerablemente las posibilidades de exoneración de responsabilidad de los consejeros ante posibles acciones de responsabilidad dirigidas contra ellos (cfr., art. 133.4 LSA; ahora art. 237 TRLSC).

---

<sup>489</sup> La incorporación de las reglas corporativas en las sociedades cotizadas españolas es una realidad. Véase, por ejemplo, el Regalmento del Consejo de Administración de “Iberdrola” que en su artículo 18, párrafo 3, estipula que *“en el caso de que el Presidente del Consejo sea también Consejero Delegado de la Sociedad, el Consejo de Administración facultará a un Consejero independiente, a propuesta de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, para que pueda solicitar al Presidente la convocatoria del Consejo de Administración cuando lo estime conveniente, y coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los Consejeros externos”*.

Es ahora tiempo de centrarnos en la discusión de los problemas que se relacionan directamente con la utilización de las nuevas tecnologías en el funcionamiento del órgano de administración; en particular cuando éste adopta la forma o estructura de Consejo de Administración, ya que es en este caso cuando tiene sentido la utilización de las tecnologías de la información para facilitar las reuniones y adopción de acuerdos. En verdad, y conceptos aparte, el Consejo de Administración acarrea la responsabilidad de definir la estrategia de la compañía. Se trata, sin duda, de una misión de alta importancia y, por lo tanto, debe ser asumida con los medios necesarios para su mejor desarrollo. Estos medios incluyen hoy día la utilización de las nuevas tecnologías de la información.

## **II. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN**

### **1. Tratamiento (silencio) legal del problema**

Cuando hablamos de la utilización de las nuevas tecnologías en el seno del órgano de administración es natural que solamente dediquemos nuestra atención al Consejo de Administración. Efectivamente si el órgano de administración se encomienda a un administrador único todas las cuestiones relacionadas con la aplicación de las nuevas tecnologías en el funcionamiento del órgano de administración quedan vacías de contenido. Las nuevas tecnologías aportan utilidad en el funcionamiento del Consejo de Administración, como órgano pluripersonal colegiado que actúa, a semejanza de la Junta General, mediante la celebración de reuniones periódicas destinadas a debatir los asuntos que forman parte de la gestión ordinaria de la entidad. No obstante, las nuevas tecnologías también podrían resultar útiles para permitir la reunión a distancia entre ausentes con la finalidad de debatir y adoptar

acuerdos, en el caso de que la administración se confíe a varios administradores solidarios o mancomunados que, eventualmente, por la razón que fuese, no pueden reunirse físicamente para discutir y adoptar decisiones sobre los asuntos de su competencia.

La utilización de las nuevas tecnologías con el objetivo de facilitar el funcionamiento del Consejo de Administración no es reciente y creció, naturalmente, con la, cada vez mayor, presencia de consejeros de distintas nacionalidades residentes lejos del domicilio social. Esta evidencia fue creciendo a medida que se ha ido incrementando el proceso de internacionalización de las empresas y concomitantemente de los miembros de los consejos de administración. Actualmente puede decirse que es relativamente habitual la presencia de las nuevas tecnologías en las reuniones de los consejos de administración de sociedades mercantiles. Las causas del recurso a las tecnologías de la información son las mismas de siempre: permitir a los consejeros ahorrar costes y tiempo sin perder la oportunidad de ejercer su derecho y deber de participaren en las reuniones del órgano obteniendo, como les compete, el máximo conocimiento de la vida de la sociedad y contribuyendo a la gestión del ente.

Las nuevas tecnologías tienen la capacidad de aproximar las personas y de permitir su contacto directo a pesar de la distancia física. La verdad es que, a semejanza de lo adelantando en relación con las reuniones de las juntas generales, creemos que la presencia de los consejeros en las respectivas reuniones puede perfecta y legalmente consistir en una presencia virtual y no en una presencia física. El término “presencia” no puede, en el actual contexto técnico, ser equiparado a presencia física, ya que, tal como vimos anteriormente, es mucho más amplio y abarca otras posibles formas de presencia o asistencia. Por lo tanto, una visión reductora del concepto “presencia” no es, de forma alguna, la forma más correcta de abordar esta materia.

Nuestra ley no presenta obstáculos a la utilización de las nuevas tecnologías en las reuniones de los consejos de administración. En efecto, tanto la LSA como la LSRL y ahora el TRLSC simplemente estipulan que los consejeros tienen que estar presentes o representados en las reuniones de los respectivos consejos. Estos preceptos no exigen expresamente la presencia física, de modo que, interpretando el concepto de presencia de forma amplia, nada impide que los consejeros asistan y se encuentren presentes en las reuniones mediante la utilización de medios de comunicación a distancia. La

presencia a distancia no encuentra, pues, a priori, obstáculos legales. Llegamos a esta conclusión incluso aunque los estatutos y/o los reglamentos de los consejos de administración omitan cualquier referencia a la utilización de nuevas tecnologías en las reuniones del consejo. Es sabido que la organización de la estructura y funcionamiento del Consejo de Administración, en cuanto órgano de gestión y administración, queda a cargo de la sociedad dentro de un ambiente de gran autonomía estatutaria e incluso de libertad organizativa del propio consejo. Por eso, podrán las sociedades, *ab initio*, estipular en sus estatutos o en los reglamentos de los respectivos consejos de administración la admisibilidad de la utilización de los medios telemáticos. Sin embargo, la admisibilidad de la utilización de esos medios en las reuniones de los consejos no depende en todo caso, creemos, de su estipulación en los estatutos o en los reglamentos de los consejos de administración. Lo normal será que los estatutos o, en su caso, el propio Consejo de Administración en su reglamento de organización y funcionamiento, contemplen la posibilidad de utilizar tecnologías de la información para las reuniones del consejo y la forma concreta de hacerlo. Pero, si no incurrimos en error, tal utilización será siempre válida siempre que los estatutos no lo prohíban expresamente (ya que la Ley no pone ningún obstáculo a su utilización); eso sí, siempre que la sociedad disponga de medios suficientes para hacer posible la participación telemática de sus consejeros. Así, consideramos que es perfectamente posible que el presidente del consejo admita la participación mediante videoconferencia de alguno, algunos o todos los consejeros, incluso aunque los estatutos y/o el reglamento del consejo no se pronuncien sobre la admisibilidad de tal utilización, siempre que se garanticen debidamente la identidad de los consejeros y la seguridad de las comunicaciones. Ante la manifestación de desagrado de algún o algunos consejero(s) sobre la decisión del presidente del consejo admitir la participación telemática de algún o algunos miembros pensamos que la decisión final deberá ser tomada por mayoría de los consejeros que pretenden asistir a reunión, sea físicamente sea telemáticamente.

Lo relevante es permitir que los consejos puedan comunicarse entre sí, independientemente de los medios que utilicen. Para eso, es importante que se consiga alcanzar una comunicación simultánea entre todos los participantes y que todos puedan intervenir y tener conocimiento de todas las intervenciones realizadas, así como votar sobre los asuntos incluidos en el orden del día. Teniendo en cuenta las funciones que

subyacen a la calidad de miembro del Consejo de Administración, entendemos que todos los consejeros presentes, física o telemáticamente, tienen que tener iguales posibilidades de intervenir en la discusión de las materias. Así, al contrario de lo dicho en relación a la participación de los socios en las reuniones de la Junta General, no pensamos que pueda ser válida la mera posibilidad de que el consejero asista virtualmente a la reunión del consejo sin poder participar activamente en la misma, con salvedad de una situación en concreto: aquella en que el consejero nombra un representante que participa en la reunión y el consejero solamente asiste al desarrollo de la reunión de forma telemática para poder impartir las instrucciones a su representante de forma más esclarecida y consonante con su voluntad<sup>490</sup>. No existen razones técnicas ni tampoco razones de orden logístico ni jurídico que impidan a los consejeros asistir telemáticamente a las reuniones del consejo para participar activamente en las mismas, deliberando y votando sobre los asuntos incluidos en el orden del día de la reunión.

Efectivamente el mayor problema para admitir la participación virtual en el ámbito de las reuniones de las juntas generales no se verifica en el contexto de los consejos de administración, pues en estos la existencia de un reducido número de miembros permite la plena funcionalidad de la videoconferencia u otra herramienta semejante sin excesivos problemas. Hablamos de la videoconferencia porque es el medio que, de forma más completa, permite la comunicación entre todos los participantes, admitiendo simultáneamente la difusión de sonido e imagen. Sin embargo, no es necesario en todo caso que la imagen sea difundida. Efectivamente, en estas reuniones creemos que lo más importante es la posibilidad de oír y ser oído. Así las cosas, ante la legislación que actualmente vigente en el derecho español, las reuniones de los consejos de administración de las sociedades anónimas pueden ser realizadas con la utilización de distintos medios telemáticos entre ellos la videoconferencia, el teléfono, el chat o cualquier otro mecanismo que permita la comunicación, en tiempo real, entre todos los intervinientes y que, naturalmente, permita asegurar la identificación de cada uno de ellos. La imagen puede o no ser difundida. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina más autorizada que, desde hace algún tiempo, admite la legalidad de la utilización de los medios telemáticos al

---

<sup>490</sup> Nótese que las instrucciones deberán ser impartidas por escrito, lo que no resultará difícil si el consejero envía, por ejemplo, en email al representante.

funcionamiento del consejo de administración<sup>491</sup>. Será importante en todo caso, que en el acta de la reunión se refleje debidamente el medio de comunicación empleado por cada consejero para manifestar su opinión y, en su caso, su voto<sup>492</sup>. Y sería impotante también disponer de mecanismos de grabación de las comunicaciones para permitir la comprobación de las opiniones y votos emitidos a distancia por los consejeros.

Es igualmente admisible, a la luz de la ley (o de su omisión), la celebración de reuniones del consejo completamente virtuales, es decir, con la participación virtual de todos los consejeros. Como veremos mejor, la ley no se pronuncia sobre esta posibilidad pero tampoco lo impide y, por eso, no es necesario la existencia de regla estatutaria o reglamentaria para que se admita la reunión completamente virtual del Consejo de Administración, pudiendo partir de una decisión *ad hoc* del propio consejo. Sin embargo, para evitar problemas de seguridad jurídica y conflictos entre los consejeros, lo correcto y habitual será que la utilización de medios de comunicación a distancia en las reuniones del consejo esté prevista de antemano en los estatutos de la sociedad o en el reglamento del Consejo de Administración; incluso aunque luego se deje su efectiva utilización a la decisión del propio consejo o de su presidente al realizar la convocatoria. No obstante, si nada dijeran los estatutos o el reglamento del consejo, creemos que debería contarse con el consentimiento previo de todos los consejeros -expresado por cualquier medio que deje constancia- para llevar a cabo una reunión completamente virtual, evitando así posibles impugnaciones de los acuerdos del consejo alegando que el consejero impugnante fue impedido de participar en la reunión del consejo.

Las consideraciones anteriores son aplicables tanto para la sociedad anónima como para la sociedad de responsabilidad limitada, al no existir pronunciamiento legal alguno que impida su utilización.

Veamos a continuación más detenidamente cada uno de los problemas arriba suscitados.

---

<sup>491</sup> Cfr. SALELLES CLIMENT, José Ramón, *El funcionamiento del consejo de administración*, Madrid, 1995, páginas 127 y siguientes; FERNÁNDEZ DEL POZO, Luís, e VINCENT CHULIÁ, Francisco, «Internet y Derecho de Sociedades. Una primera aproximación», *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, n.º 237 (julio-septiembre, 2000), 915-1002, aquí página 967.

<sup>492</sup> Cfr. Art. 250 LSC, sobre el acta del consejo de administración, que dispone que “*las discusiones y acuerdos del consejo de administración se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el presidente y el secretario*”.



## **2. Algunas soluciones de Derecho Comparado**

En pos de la seguridad jurídica, algunos ordenamientos jurídicos han optado por hacer referencia expresa a la posibilidad de las sociedades mercantiles de recurrir a las nuevas tecnologías en pro de un más eficiente desempeño del Consejo de Administración.

Es el caso del ordenamiento jurídico portugués que, en 2006, ha introducido dicha posibilidad en el “*Código das Sociedades Comerciais*”. Efectivamente, con arreglo al artículo 410 apartado 8 del mencionado Código, las reuniones del Consejo de Administración de las sociedades anónimas podrán ser realizadas a través de la utilización de medios telemáticos. Sin embargo es necesario que se reúnan dos requisitos. Por una parte, los estatutos no podrán prohibir la utilización de los medios a distancia en las reuniones del consejo (no es necesario que lo admitan, solamente no podrán prohibirlos expresamente). Por otra parte, la sociedad deberá garantizar la autenticidad de las declaraciones y de las comunicaciones. Por lo demás, es también necesario que la sociedad realice un registro del contenido de las comunicaciones e identifique a los consejeros que participaron a distancia en la sesión del consejo<sup>493</sup>. Contrariamente, con relación a las sociedades de responsabilidad limitada no hay ninguna norma específicamente dirigida al funcionamiento del respectivo órgano de administración y representación. Así las cosas, dado que tampoco se prohíbe expresamente, compete a las sociedades limitadas definir, en su caso, las formas y procedimientos de organización y funcionamiento del consejo, incluyendo, en su caso, el uso de tecnologías de la información. No apreciamos, por tanto, ningún impedimento a la utilización de medios electrónicos en las sociedades de responsabilidad limitada en el régimen jurídico portugués. A su vez, el órgano de fiscalización de las sociedades de responsabilidad limitada, de existir, puede también recurrir a las nuevas tecnologías ya que, según el “*Código das Sociedades Comerciais*”, será aplicado el mismo régimen que se encuentra previsto para el órgano de fiscalización de las sociedades anónimas (artículo 262, párrafo 1 CSC). De las palabras precedentes extraemos como

---

<sup>493</sup> Este precepto legal es asimismo aplicado, por remisión del artículo 423 del “*Código das Sociedades Comerciais*”, a las reuniones y deliberaciones del órgano fiscalizador (el llamado “*conselho fiscal*”) y a los restantes órganos colegiados que la sociedad pueda contemplar. Cfr. Artículos 423, 433, 445 del referido “*Código das Sociedades Comerciais*”.

conclusiones principales del régimen jurídico portugués que: 1) por una parte, el legislador portugués formalizó en la ley la posibilidad de que los órganos de administración (y asimismo el órgano de fiscalización que es independiente de aquel) de las sociedades anónimas utilicen medios telemáticos para la celebración y adopción de acuerdos del Consejo de Administración; 2) por otra parte, que esa previsión legal no abarca las sociedades de responsabilidad limitada, pero que, a pesar de dicha omisión, es posible ante el silencio legal admitir también aquí la licitud de la utilización de los medios a distancia, aplicando el mismo razonamiento que anteriormente avanzamos para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada constituidas bajo la égida del régimen societario español.

Hablar de la introducción de las nuevas tecnologías en el seno de las sociedades mercantiles implica necesariamente hablar de la legislación norteamericana, en particular de la *Delaware General Corporation Law* que, como es sabido, ha sido pionera en la regulación de estas materias. No es, por lo tanto, sorprendente que dicha ley admita expresamente la participación en las reuniones del Consejo de Administración a través de videoconferencia, teléfono u otros medios de comunicación a distancia que permitan la comunicación bilateral entre todos los presentes física y telemáticamente<sup>494</sup>. La presencia a distancia será equiparada, a todos los efectos, a la presencia física. El mismo precepto admite, no obstante, que esta posibilidad sea rechazada por los estatutos.

A su vez, el legislador francés también optó por expresar la posibilidad de que el órgano de administración de las sociedades anónimas puedan contar con el auxilio de los medios electrónicos. Es efectivamente lo que resulta de la lectura del artículo L225-37 del “Code de Commerce”<sup>495</sup>. Dicho artículo estipula, antes que nada, la necesidad de

---

<sup>494</sup> Cfr. Artículo 141, párrafo i), de la “Delaware General Corporation Law” que menciona que “*Unless otherwise restricted by the certificate of incorporation or bylaws, members of the board of directors of any corporation, or any committee designated by the board, may participate in a meeting of such board, or committee by means of conference telephone or other communications equipment by means of which all persons participating in the meeting can hear each other, and participation in a meeting pursuant to this subsection shall constitute presence in person at the meeting*”.

<sup>495</sup> El artículo L225-37 del “Code de Commerce”, modificado por el artículo 7 de la Ordonnance n.º 2009-80 du 22 janvier, refiere, además que “*le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents. Toute clause contraire est réputée non écrite. A moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés. Sauf lorsque le conseil est réuni pour procéder aux opérations visées aux articles L. 232-1 et L. 233-16 et sauf disposition contraire des statuts, le règlement intérieur peut prévoir que sont réputés présents, pour le calcul du quorum et de la majorité, les administrateurs qui participent*

un quórum de asistencia compuesto por la presencia en las reuniones de al menos la mitad de los consejeros. Más adelante, fija la misma norma legal que el reglamento del Consejo de Administración puede prever que se consideren presentes, a efectos del quórum y de las mayorías necesarias para la aprobación de las materias, aquellos consejeros que participen en la reunión a través del sistema de videoconferencia o de otro que permita la identificación del consejero y que garantice su efectiva participación en la reunión. De la lectura del precepto podemos concluir que son, desde luego, necesarios dos requisitos, dependientes de la voluntad de la sociedad, para admitir la utilización de los medios telemáticos en el seno del desarrollo de las sesiones del consejo. Uno, negativo, consiste en el hecho de que los estatutos no impidan que esos medios sean utilizados. Otro, positivo, se subsume en la exigencia de que el reglamento interno del consejo contemple expresamente la utilización de los medios telemáticos en la adopción de los acuerdos del órgano de administración. Pero es igualmente necesario que se verifiquen otras circunstancias. Así, la utilización de medios de comunicación a distancia no es legalmente admisible, incluso aunque el reglamento del respectivo órgano de administración lo admita, siempre que el orden del día incluya determinadas materias, como es el caso del informe de cuentas anuales y de la evaluación del desempeño del propio órgano (censura de la gestión social). A lo dicho se añade la posibilidad de que el propio reglamento defina qué materias no pueden ser deliberadas con la presencia a distancia de algún/algunos de los consejeros. Por fin, y como ya dejamos entrever arriba, es asimismo necesario que los medios utilizados sean aptos para cumplir las exigencias legales relativas a la identificación del consejero reunido a distancia y para permitir su participación real. En conclusión, la admisibilidad de la aplicación de los medios telemáticos al funcionamiento de los consejos de administración de las sociedades anónimas francesas, depende de la verificación de distintos requisitos que solamente se podrán examinar en cada caso concreto.

---

*à la réunion par des moyens de visioconférence ou de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective, dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. Les statuts peuvent limiter la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue dans ces conditions et prévoir un droit d'opposition au profit d'un nombre déterminé d'administrateurs”.*

### **3. El tratamiento de la utilización de las nuevas tecnologías en el funcionamiento del Órgano de Administración en los Códigos de Buen Gobierno**

Además del necesario examen de derecho comparado, acabado de referir, es necesario traer nuevamente a colación en este capítulo las recomendaciones al respecto en los Códigos de Buen Gobierno de sociedades comerciales.

El Código Unificado de Buen Gobierno es esclarecedor al afirmar la importancia de la regularidad de las reuniones y asimismo de la presencia de los consejeros. En efecto, se puede leer en el mencionado texto que *“un consejo que no se reúna con cierta frecuencia y caiga en el absentismo no podrá mantener una presencia constante en la vida de la compañía y ejercer con eficacia su función de supervisión y control del equipo de dirección y de la Comisión Delegada. Algo parecido cabe afirmar del consejero que no asista con frecuencia a las sesiones del Consejo o que cuando lo haga por razones imperiosas no delegue su voto en otro consejero con instrucciones precisas sobre los asuntos del orden del día”*. Teniendo en cuenta esta evidencia recomienda el mismo Código que el Consejo se reúna con frecuencia y que *“las inasistencias de los consejeros se reduzcan a casos indispensables y se cuantifiquen en el Informe Anual de Gobierno Corporativo. Y que si la representación fuera imprescindible, se confiera con instrucciones”*<sup>496</sup>. De las recomendaciones precedentes se desprende que las reglas de buen gobierno incentivan la asistencia regular de los consejeros a las reuniones del consejo, preferentemente en persona y sólo excepcionalmente mediante representación. El referido Código no hace sin embargo ninguna mención a la utilización de los medios telemáticos en el funcionamiento y desarrollo de las sesiones del consejo; aunque pensamos que alguna recomendación en este sentido hubiera sido conveniente, no es sin embargo necesaria. En efecto, la utilización de estos medios es ya una praxis societaria que viene conquistando cada vez más adeptos y nadie duda de su admisibilidad legal. Por eso, no es imprescindible su mención expresa. Es bastante, pensamos, que el Código refuerce la importancia de la regularidad de las reuniones y sobre todo la importancia de la presencia de todos los consejeros. Por lo demás, la forma como tal

---

<sup>496</sup> Cfr. Recomendaciones 19 y 20 del Código Unificado de Buen Gobierno.

presencia se materializa es indiferente al Código. Lo que queremos frisar es que la utilización de las nuevas tecnologías en el desarrollo de las sesiones del Consejo de Administración puede ser una herramienta esencial en la concreción de las recomendaciones de buen gobierno, pues permite combatir la ausencia de los consejeros dándoles la oportunidad de encontrarse presentes aunque físicamente distantes. Nótese igualmente que una mayor regularidad en las reuniones del consejo, como recomienda el Código, implica más costes y “pérdidas” de tiempo a los consejeros, lo que inevitablemente resultará en un incremento del absentismo de los consejeros en las reuniones. En este contexto, las nuevas tecnologías podrán ser verdaderamente fundamentales, pues van permitir, como referimos anteriormente, que los consejeros ejerzan el derecho/deber de asistir a las reuniones sin pérdidas desmesuradas de dinero y tiempo, cumpliendo sus obligaciones de seguir los asuntos sociales y de participar activamente en la adopción de decisiones estratégicas de gestión y de administración de la empresa.

En el mismo sentido siguen las buenas reglas de gobierno corporativo que orientan las sociedades domiciliadas en Inglaterra y que se encuentran fijadas, actualmente, en el “*UK Corporate Governance Code*”, de junio de 2010<sup>497</sup>. Véase en particular lo indicado en la respectiva sección A (“*leadership*”) que refiere que “*the board should meet sufficiently regularly to discharge its duties effectively*”<sup>498</sup>. Exactamente las mismas palabras se pueden leer en la recomendación 2.8 del Código de Buen Gobierno Belga y muy semejantes en el Código de buen gobierno de Luxemburgo<sup>499</sup>. Sin embargo, no se pronuncian sobre la organización del desarrollo de las sesiones. Es comprensible que así sea ya que la organización del funcionamiento del consejo deberá ser adaptada a las necesidades y calidades del propio consejo y por eso, como venimos afirmando, quedarán dentro de la libertad estatutaria de las sociedades de capital. Se trata de un concepto que se encuentra incluso materializado en algunos

---

<sup>497</sup> Disponible en <http://www.frc.org.uk/corporate/ukcgcode.cfm>. La primera versión del Código de Buen Gobierno inglés fue producida en 1992 por el “*Cadbury Committee*”. Posteriormente, fue revisto en los años 2005 y 2007 y actualmente está vigente, desde junio de 2010, el nuevo Código.

<sup>498</sup> Cfr. Recomendación A.1.1. de la dicha sección A del *UK Corporate Governance Code*.

<sup>499</sup> Cfr. Recomendación 2.2. que refiere que “*le conseil d’administration est organisé de manière à permettre l’exécution efficace de ses tâches. Ligne de conduite Le conseil d’administration se réunit autant de fois que nécessaire pour remplir efficacement ses obligations. Pour suivre le développement des activités de la société, une fréquence au moins trimestrielle des réunions du conseil d’administration est appropriée*”.

códigos de buen gobierno como sucede, por ejemplo con relación a las sociedades cotizadas francesas, en el “*Code de Gouvernement d’Entreprise des Sociétés Cotées*”, de diciembre de 2008, donde se puede leer que la organización y el modo de funcionamiento del consejo compete a cada una de las sociedades y que no es deseable imponer un régimen rígido e igual a todos los consejos de administración<sup>500</sup>.

También en el respectivo Código Portugués se denota el trazo de la autonomía en el funcionamiento del órgano de gestión cuando apunta que “*os órgãos de administração e fiscalização devem ter regulamentos de funcionamento os quais devem ser divulgados no sítio na Internet da sociedade*”<sup>501</sup>.

Aun en el mismo sentido se pronuncia el Código Alemán de Buen Gobierno afirmando la necesidad de la existencia de un reglamento interno que regule el funcionamiento del órgano de gestión y administración<sup>502</sup>.

Podemos pues concluir que del análisis no exhaustivo de los códigos de buen gobierno arriba referidos, no apreciamos la existencia de reglas que obligatoriamente se deban imponer al funcionamiento del Consejo de Administración. Por el contrario, los códigos analizados son unánimes en afirmar que la organización del desarrollo de las sesiones del órgano de administración corresponde a cada una de las sociedades, pues solamente así se podrán adecuar a las efectivas necesidades y contribuir al mejor funcionamiento tanto del órgano como de la propia sociedad. A pesar de lo dicho, son igualmente unánimes en afirmar que el órgano de gestión debe reunirse con la frecuencia necesaria para que pueda delinear convenientemente las estrategias indispensables para el buen gobierno de la sociedad que representa. Por eso, si las reuniones deben ser frecuentes es natural que se tomen medidas para que, preferencialmente, todos los consejeros consigan estar presentes, ya que todos ellos

---

<sup>500</sup> Cfr. Punto 1.3 del “*Code de Gouvernement d’Entreprise des Sociétés Cotées*” que apunta que “*il n’est pas souhaitable, étant donné la grande diversité des sociétés cotées, d’imposer des modes d’organisation et de fonctionnement formalisés et identiques à tous les conseils d’administration. L’organisation des travaux du conseil comme sa composition doivent être appropriées à la composition de l’actionnariat, à la dimension et à la nature de l’activité de chaque entreprise comme aux circonstances particulières qu’elle traverse. Chaque conseil en est le meilleur juge et sa première responsabilité est d’adopter le mode d’organisation et de fonctionnement qui lui permet d’accomplir au mieux sa mission*”. Disponible en [http://www.recylex.fr/pdf/fr/207\\_Code\\_de\\_gouvernement\\_d\\_entreprise\\_AFEP\\_MEDEF\\_decembre\\_2008\\_.pdf](http://www.recylex.fr/pdf/fr/207_Code_de_gouvernement_d_entreprise_AFEP_MEDEF_decembre_2008_.pdf).

<sup>501</sup> Cfr. Punto II.1.2.10 “*Código de Governo das Sociedades*”, en su última versión de enero de 2010. Disponible en [www.cmvm.pt](http://www.cmvm.pt)

<sup>502</sup> Cfr. Punto 4.2.1 del dicho Código. Disponible la versión de junio de 2009, en Inglés, en [http://www.bayer.com/en/E\\_CorGov\\_Final\\_Version\\_June\\_2009.pdf](http://www.bayer.com/en/E_CorGov_Final_Version_June_2009.pdf).

tienen una misión importante en la gestión de la sociedad. Los medios tecnológicos son una herramienta fundamental en la concreción de este objetivo preferente, pues contribuyen en la reducción de las posibles ausencias de los consejeros en las sesiones e, igualmente importante, en la difusión de la información necesaria para acudir a la reunión.

Efectivamente el buen gobierno depende de estas condicionantes. El control de los accionistas sobre el órgano de administración es importante para mantener la seriedad y prudencia de la gestión, pero sigue siendo insuficiente y, por eso, el punto neurálgico para la buena gestión de las sociedades es garantizar la existencia de un Consejo de Administración participativo, garantizando la presencia de sus consejeros y sobre todo que estos contribuyan a la estrategia comercial de la entidad de forma constructiva, informada y diligente. Así las cosas y teniendo en cuenta que la organización del funcionamiento de las sesiones del Consejo de Administración queda al cargo de las propias sociedades en sus estatutos y reglamentos, veamos lo que refieren estos instrumentos respecto del desarrollo de las reuniones del consejo en general y, en particular, si es costumbre hacer referencias específicas a la utilización de los medios de comunicación a distancia.

Una vez más recurriremos a las reglas internas de los consejos de administración de las sociedades “Iberdrola”, “Telefónica” y “Bankinter”, que hemos tomado como muestra en este estudio. En todos ellos verificamos una preocupación de que el consejo se reúna con frecuencia y de que los consejeros comparezcan en las reuniones. Por lo demás, en todos se admite expresamente que el desarrollo de las sesiones del consejo se efectúe a través de la utilización de los medios telemáticos.

“Iberdrola” especifica que *“el Consejo de Administración podrá celebrarse asimismo en varios lugares conectados por sistemas de multiconferencia (...) que permitan el reconocimiento e identificación de los asistentes, la permanente comunicación entre los concurrentes independientemente del lugar en que se encuentren”*<sup>503</sup>. En el artículo 28 del mismo Reglamento se incentiva a la presencia

---

<sup>503</sup> El Reglamento del Consejo de Administración de “Iberdrola” refiere en su artículo 26 que *“se reunirá con la frecuencia que estime conveniente, pero, cuando menos, una vez al mes, salvo que por el Presidente se estime la conveniencia, libremente a su juicio apreciada, de suspender alguna de dichas sesiones”*; y en el artículo 27 que *“las reuniones del Consejo de Administración se celebrarán en el domicilio social de la Compañía o lugar, dentro de España o en el extranjero, que se señale en la convocatoria”*; y más adelante aún en la misma regla que *“el Consejo de Administración podrá*

personal de los consejeros, relegando la representación para situaciones meramente excepcionales. Nótese también que el Reglamento comprende la expresión “presencia personal” como la posibilidad de acudir a la reunión mediante la utilización de cualquier medio equiparado a la presencia física<sup>504</sup>.

También “Telefónica” incentiva que los consejeros asistan personalmente a las reuniones del Consejo de Administración y avanza la posibilidad de que el consejo se celebre “*en varias salas simultáneamente, siempre y cuando se asegure por medios audiovisuales o telefónicos la interactividad o intercomunicación entre ellas en tiempo real y, por tanto, la unidad de acto*”<sup>505</sup>.

Al fin, en el Reglamento del Consejo de Administración de “Bankinter” se afirma expresamente que no es necesario que los consejeros concurren físicamente a las sesiones del consejo siendo bastante su presencia mediante videoconferencia u otra técnica de comunicación a distancia<sup>506</sup>.

Concluimos por tanto que la utilización de los medios tecnológicos en el seno del Consejo de Administración es ya una realidad que viene sido aplicada por las sociedades (fundamentalmente las grandes sociedades anónimas) desde hace algún

---

*celebrarse asimismo en varios lugares conectados por sistemas de multiconferencia (incluyendo, para evitar dudas, sistemas de videoconferencia o telepresencia o cualesquiera otros sistemas similares) que permitan el reconocimiento e identificación de los asistentes, la permanente comunicación entre los concurrentes independientemente del lugar en que se encuentren, así como la intervención y emisión del voto, todo ello en tiempo real. Los asistentes a cualquiera de los lugares se considerarán, a todos los efectos relativos al Consejo de Administración, como asistentes a la misma y única reunión. La reunión se entenderá celebrada en donde se encuentre la mayoría de los Consejeros y, a igualdad de número, en donde se encuentre el Consejero que presida la sesión”. Exactamente lo mismo resulta del artículo 39 de los Estatutos de “Iberdrola”.*

<sup>504</sup> Cfr. Artículo 28 del Reglamento del Consejo de Administración de “Iberdrola” que estipula que “*los Consejeros harán todo lo posible para acudir a las sesiones del Consejo y, cuando no puedan hacerlo personalmente, procurarán delegar su representación a favor de otro Consejero, al que deberán dar las instrucciones oportunas*”.

<sup>505</sup> Cfr. Artículo 18 del Reglamento de “Telefónica” que, además, estipula que “*los Consejeros deberán asistir personalmente a las sesiones del Consejo y, cuando excepcionalmente no puedan hacerlo, procurarán que la representación que confieran a favor de otro miembro del Consejo incluya, en la medida de lo posible, las oportunas instrucciones*” y que “*El Consejo podrá celebrarse en varias salas simultáneamente, siempre y cuando se asegure por medios audiovisuales o telefónicos la interactividad o intercomunicación entre ellas en tiempo real y, por tanto, la unidad de acto, dando fe el Secretario del Consejo de la identidad de los asistentes*”.

<sup>506</sup> El artículo 29, párrafo 7, del Reglamento del Consejo de Administración de “Bankinter” es efectivamente claro al afirmar que “*las sesiones del Consejo de Administración y de sus Comisiones podrán celebrarse válidamente, sin necesidad de concurrencia física de los Consejeros, a través de videoconferencia, teleconferencia, intercambio de correo electrónico y otras técnicas de comunicación a distancia, quedando registrados los informes, intervenciones, votaciones y la adopción de los acuerdos por escrito en el acta de la reunión o por grabación, registro informático o cualquier otro medio o soporte electrónico válido, de acuerdo con los Estatutos Sociales*”.



tiempo y que facilita el buen desarrollo de las sesiones, promoviendo la presencia de los consejeros en las reuniones y contribuyendo para que, más sencillamente, los consejeros tengan conocimiento de los asuntos que competen al órgano de administración y participen activamente en la adopción de decisiones del consejo. Es importante igualmente resaltar que todos los reglamentos del consejo prestan especial atención a la necesidad de garantizar la seguridad de las comunicaciones y la identificación de los intervinientes. También ya tuvimos oportunidad de hablar en sede de Junta General de los problemas que asolan la seguridad y autenticidad de las comunicaciones y, repetimos aquí, que es un aspecto esencial el hecho de garantizar en las comunicaciones a distancia la identidad, confidencialidad y autenticidad de la comunicación.

### **III. LA UTILIZACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS DISTINTOS MOMENTOS DEL FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN**

Una vez concluida esta introducción y afirmada la posibilidad de utilizar medios de comunicación a distancia en el funcionamiento de los consejos de administración, corresponde ahora analizar cada uno de los aspectos fundamentales de la organización y funcionamiento del órgano y estudiar, a la luz de la legislación española, las posibilidades que otorgan las nuevas tecnologías de la información en cada uno de ellos.

#### **1. Convocatoria**

Como es sabido, el Consejo de Administración es un órgano pluripersonal colegiado que requiere la celebración de reuniones periódicas de sus miembros. No

sorprende por lo tanto que tales reuniones tengan que ir precedidas de una convocatoria. Así lo dispone además el art. 140 LSA al afirmar que compete al Presidente, o al que haga sus veces, convocar las reuniones del consejo (cfr., art. 246 TRLSC). Sobre este precepto legal podemos decir primeramente que tiene carácter imperativo, pues no se limita a atribuir una facultad al Presidente del consejo sino que le impone un verdadero deber legal de convocar las reuniones del Consejo de Administración. Es una atribución exclusiva del Presidente convocar el consejo, pese al hecho de, en caso de ausencia o incapacidad sobrevenida por cualquier causa, sea transmitida a quien haga sus veces. Para averiguar quién es competente para efectuar la convocatoria en ausencia del presidente del consejo, es necesario analizar lo estipulado en los estatutos o, en su caso, en el reglamento del consejo, y verificar quién es designado para sustituir el presidente, y que puede ser un copresidente, un vicepresidente, un consejero delegado o el consejero más antiguo o de mayor edad, por ejemplo<sup>507</sup>. Pero el caso es que la norma atribuye la competencia únicamente al Presidente, y solamente en caso de ausencia de éste por cualquier causa será delegada dicha competencia a quien se haya designado para sustituirle. No se trata, por lo tanto, una competencia compartida, alternativa o simultánea, sino meramente subsidiaria o supletoria<sup>508</sup>.

Se entiende así que la iniciativa para la convocatoria corresponde asimismo al Presidente, aunque la Ley no hace ninguna referencia al respecto. De cualquier forma, los estatutos deberían contemplar el derecho de petición de la convocatoria por los consejeros. Se trata de un derecho con especial relevancia, pues permite obviar una eventual actitud pasiva o no independiente, una actitud de obstaculización, por parte del Presidente del consejo. En conformidad con esta orientación, que es defendida por la doctrina más autorizada, el Código Unificado de Buen Gobierno recomendó, como decimos arriba, que “*cuando el Presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo*

---

<sup>507</sup> Por ejemplo en el párrafo 2 del artículo 14 Reglamento del Consejo de Administración de “Telefónica” está definido que “*la sustitución del Presidente por uno de los Vicepresidentes tendrá lugar por el que, en su caso, tuviere encomendadas funciones ejecutivas en la Compañía y, en su defecto, por el Vicepresidente de mayor antigüedad en el cargo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad*”.

<sup>508</sup> Cfr. GARCÍA GARCÍA, Enrique, «El consejo de Administración: funcionamiento», en *Órganos de la Sociedad de Capital, tomo II, Consejo de Administración, auditores y liquidadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs 1335 a 1376, aquí en particular 1344 y siguientes; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 32ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, septiembre 2009; MARTÍNEZ SANZ Fernando y NAVARRO MÁÑEZ Miguel, *Comentario al artículo 139 LSA*, en ARROYO Ignacio, EMBID José Miguel y GÓRRIZ Carlos, “Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.

*de la sociedad, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día*". Si los estatutos no dijeran nada al respecto, puede estudiarse la posibilidad de aplicar por analogía los preceptos que la Ley dedica a la convocatoria judicial de la Junta General (cfr., arts. 101 LSA y arts. 169-170 TRLSC).

En las sociedades de responsabilidad limitada, siempre que la administración y representación de la sociedad se confía al Consejo de Administración, rige lo dispuesto en el artículo 57 LSRL, según el cual, "...los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del Consejo que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría" (cfr., art. 245.1 TRLSC).

Por tanto, en la sociedad de responsabilidad limitada habrá que estar en todo caso a lo que dispongan los estatutos en relación con la competencia para realizar la convocatoria del consejo de administración. Lo lógico es que sea el Presidente o quien haga sus veces el que realice la convocatoria, sin embargo no es raro encontrar en estatutos de sociedades limitadas la atribución compartida de esta competencia al Presidente y al consejero delegado o, incluso, a cualquiera de los consejeros, pensando precisamente en evitar abusos de poder y obstaculización del funcionamiento del consejo por parte del Presidente. Otra posibilidad es prever en estatutos la solicitud de convocatoria al Presidente por cualquier consejero y, si no lleva a cabo la convocatoria en un plazo previsto de antemano, la atribución directa de esa competencia al consejero solicitante o a cualquier otro. Finalmente, en caso de que los estatutos atribuyan la competencia para convocar exclusivamente al Presidente o al consejero delegado y éste no convoque el consejo, aun siendo solicitada dicha convocatoria por algún consejero, se puede pensar una vez más en la aplicación analógica de las normas sobre convocatoria judicial de la Junta General (cfr., art. 45.3 II LSRL y arts. 169-170 TRLSC).

Por lo que se refiere al procedimiento para convocar y al contenido de lo convocatoria, ante el silencio legal al respecto, tanto en la sociedad anónima como en la sociedad de responsabilidad limitada habrá que estar a lo dispuesto en los estatutos sociales. Efectivamente la libertad estatutaria es evidente en relación a casi todos los aspectos relacionados con la convocatoria del Consejo de Administración. La ausencia

de requisitos imperativos en la ley se debe al carácter reducido del consejo, como órgano pluripersonal colegiado, y a la clara voluntad del legislador por permitir la regulación estatutaria del mismo o incluso la autorregulación. Es, por eso, perfectamente razonable, que los requisitos de convocatoria no sean demasiado formales y, sobre todo, que se adecuen a las necesidades del órgano y en particular de sus miembros.

Así, tratándose normalmente de un número reducido de administradores miembros del Consejo, será fácil arbitrar mecanismos que garanticen una rápida y adecuada comunicación de la convocatoria del Consejo para su reunión en una determinada fecha, hora y local, incluyendo los puntos a tratar e, incluso, la información necesaria y útil para el estudio y debate de los mismos, sin que sea necesario cumplir excesivos formalismos que, por lo general, sólo tienen sentido si se tiene en cuenta el elevado número de destinatarios y el desconocimiento de sus identidades y/o domicilios.

Dicho esto, lo que nos interesa resaltar es que la ley no impide que se utilicen cualesquiera medios o procedimientos para el envío o comunicación de la convocatoria a los miembros del Consejo. Por lo demás, la doctrina admite desde hace mucho tiempo que las reuniones del consejo pueden ser convocadas a través de cualquier medio<sup>509</sup>. Así, ante el silencio legal, deberá admitirse la previsión estatutaria o por el propio consejo de cualquier medio de comunicación personal de la convocatoria del Consejo, aunque. Dicho esto, es posible afirmar que el consejo podrá ser convocado por carta, fax, email o mensaje telefónico, entre otros medios.

¿Podría admitirse asimismo la convocatoria oral?<sup>510</sup> La Ley no lo impide, sin embargo entendemos que -a pesar de la amplia libertad estatutaria conferida por el legislador en esta materia- un consejo convocado de forma oral será un consejo no convocado, con salvedad de las situaciones en que en la reunión están presentes todos

---

<sup>509</sup> Cfr. POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», tomo VI del *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por RODRIGO URÍA, AURELIO MENENDEZ Y MANUEL OLIVENCIA, Editorial Civitas, Madrid, 1992, página 446; SALELLES CLIMENT, José Ramón, *El funcionamiento del consejo de administración*, Madrid, 1995, página 132.

<sup>510</sup> Para MUÑOZ PAREDES, «ante el silencio legal, hay que concluir que la convocatoria puede realizarse empleando cualquier medio de comunicación personal, tanto escrito como oral, dirigido a sus miembros». Cfr. MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, cit., página 238.

los miembros y todos ellos se encuentren de acuerdo en adoptar determinado(s) acuerdos (sería una especie de consejo universal tomando por referencia los requisitos aplicables a las juntas universales). Pensamos que se trata de una solución que solamente se podrá aplicar en situaciones puntuales justificadas por la urgencia en la adopción de determinados acuerdos<sup>511</sup>.

Sea como fuere, el caso es que, de lo expuesto resulta claro que la utilización de las nuevas tecnologías es aceptable y legalmente admisible en este ámbito. Urge preguntarse, no obstante, si será posible obligar a los consejeros a utilizar las nuevas tecnologías; es decir, imponer la utilización de estos métodos en la convocatoria del Consejo de Administración. Hacemos este apunte principalmente porque anteriormente resaltamos que no era prudente ni legalmente admisible la imposición de la utilización de las nuevas tecnologías en la convocatoria de las juntas generales. Pero, cuando defendemos que la utilización de las nuevas tecnologías no podría ser impuesta a los socios, resaltamos sobre todo la razón subyacente a su utilización y el efecto perverso en que se podría traducir la misma. Dicho de otra forma, el objetivo de la utilización de los medios electrónicos en el ámbito de las juntas generales de las sociedades mercantiles consiste, fundamentalmente, en facilitar el ejercicio de los derechos de socio y de proporcionar informaciones importantes, y, con ello, que las reuniones del órgano sean más eficientes, más participadas y menos costosas. Por todo esto no sería lógico que la utilización de tales medios se tradujese en un elemento de alejamiento de los socios de la vida social, por lo que el recurso a las tecnologías de la información deberá adecuarse a las características y necesidades de cada sociedad.

Creemos, sin embargo, que ese riesgo no existe en el seno del Consejo de Administración. Por eso, entendemos que no existen razones para impedir que los estatutos sociales o el reglamento del consejo exijan a los consejeros que proporcionen una dirección de correo electrónico o el número de teléfono para recibir las convocatorias del consejo e información anexa. Se supone que, en la actualidad, la mayor parte de los consejeros de los consejos de administración de las sociedades deben tener conocimientos suficientes sobre el manejo de estos medios de comunicación que

---

<sup>511</sup> Por ejemplo, en el párrafo 3 del artículo 17 del Reglamento del Consejo de Administración de “Telefónica” se estipula la posibilidad del presidente convocar la reunión del consejo por teléfono. Refiere el dicho precepto que “cuando las circunstancias del caso así lo requieran, el Presidente podrá convocar por teléfono”.

hoy tienen un carácter básico y universal. En conclusión no creemos que la imposición de la utilización de las nuevas tecnologías a los consejeros, sea equivalente a una eventual exclusión del consejero de las actividades del órgano.

Es asimismo pertinente cuestionarse si podría convocarse a los consejeros a través de una forma pública de convocatoria. Decíamos antes que cualquier medio de comunicación privado sería admisible, pero debemos preguntarnos ahora si será igualmente admisible convocar a los consejeros a través de la publicación de la convocatoria del consejo en un periódico o en la página web de la sociedad. Aparentemente no fue esta la intención del legislador. En efecto, las comunicaciones públicas son utilizadas cuando la ley lo demanda y ante su silencio es natural que se utilicen las formas privadas de comunicación. Además parece desajustada la utilización de tal medio, desde luego porque la labor del Consejo incluye informaciones que si se hacen públicas pueden perjudicar el interés de la sociedad (no olvidemos el deber de secreto de los administradores).

Así, estamos de acuerdo con MUÑOZ PAREDES cuando excluye la posibilidad de “acudir a un sistema de anuncios, aunque sea en la página web, salvo que fuera precedido de un aviso individual”<sup>512</sup>.

En cualquier caso, entendemos que la publicación complementaria de la convocatoria de la reunión del consejo en la página web de la sociedad puede ser un procedimiento útil, porque puede permitir que los socios, los inversores y terceros en general (acreedores, trabajadores) tengan conocimiento de la regularidad con que son efectuadas las reuniones del consejo, comprobar si se reúnen cuando se plantean situaciones importantes para el interés social y, en general, vigilar la atención que los consejeros dedican a los asuntos sociales. Sería una nota de transparencia.

Se traduciría asimismo en un requisito de transparencia la publicidad de los acuerdos tomados por el órgano de administración en el dicho sitio web que, ahora, podría ser de acceso privado a los socios. Esta medida facilitaría incluso la impugnación de acuerdos del Consejo por parte de los socios (cuyo plazo de caducidad es de un año, cfr. art. 251 TRLSC)<sup>513</sup>.

---

<sup>512</sup>Cfr. MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, cit., pág. 238.

<sup>513</sup> De acuerdo con el art. 251 LSC la impugnación de acuerdos del consejo de administración compete a los administradores que “podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del consejo de administración

Sobre el contenido de la convocatoria es evidente que, además de la hora, fecha y local de la reunión (o, su caso, el sitio en línea donde los consejeros deberán conectarse en caso de reuniones exclusivamente virtuales), debe incluirse, en principio, el orden del día con los asuntos que serán objeto de discusión y deliberación en la reunión y, en su caso, informaciones complementarias para un mejor conocimiento y seguimiento de dichos asuntos.

En este sentido, la mayor parte de la doctrina afirma que el hecho de no enviar el orden del día en la convocatoria del consejero no implica la nulidad de la reunión y de los acuerdos adoptados. Efectivamente no encontramos en ningún precepto legal la necesidad de que la convocatoria del consejo incluya el orden del día y, por tanto, que su omisión determine la nulidad de la sesión y de los acuerdos adoptados. Así, no podemos decir que el envío del orden del día sea un requisito indispensable para la válida constitución del consejo, aunque se puede decir que forma parte de los usos mercantiles en la práctica societaria. De hecho, solamente con el envío del orden del día será posible que los consejeros se preparen debidamente para discutir y votar sobre los asuntos que serán tratados. A pesar de que la ley calla sobre el asunto, la verdad es que el orden del día es una información preciosa para que los consejeros puedan participar convenientemente en la reunión. Claro que siempre podrán existir determinados asuntos urgentes o de mero trámite para los que no será indispensable su introducción previa en el orden del día para que el consejo delibere, como veremos a continuación.

El consejo podrá reunirse para discutir y votar cualquier asunto que se encuentre bajo su competencia. Ahora bien, como es sabido al consejo compete deliberar sobre los asuntos relacionados con la marcha de la sociedad, por lo que podrá debatir y adoptar acuerdos sobre cualquier asunto que entre dentro de sus competencias como órgano de gestión y representación aunque no estuviera incluido en el orden del día de la sesión. Los acuerdos adoptados sobre tales asuntos no estarían viciados de nulidad por el hecho de no incluirse en el orden del día, en tanto en cuanto los consejeros tienen el deber (y no sólo el derecho o facultad) de asistir a las reuniones del consejo, de modo que si no

---

*o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción” y a los socios “que representen un cinco por ciento del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieron conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción”.*

acuden o, en su lugar, no designan representante, se deberá únicamente a su negligencia en el ejercicio del cargo. Ahora bien, admitiendo que forma parte de los usos societarios la inclusión del orden del día en la convocatoria del consejo para permitir con ello una deliberación responsable de los asuntos que competen al órgano de gestión y representación, lo lógico es admitir que la discusión y debate sobre asuntos no incluidos en el orden del día deba limitarse, como se dijo antes, a asuntos urgentes o de mero trámite.

Del mismo modo, deberá ser incluida en el aviso de convocatoria todas las informaciones necesarias para la adopción de los acuerdos incluidos en el orden del día. Dicho de otra forma, los consejeros solamente podrán decidir y votar de forma adecuada si conocieren bien la materia en discusión. Es claro que, no raras veces, conocer los asuntos en debate implica poseer y estudiar determinadas informaciones. Así las cosas, es natural que siempre que existen informaciones relativas a las materias a tratar deberá el Presidente proceder a su comunicación o envío a todos los consejeros o, al menos, indicar que existen tales informaciones y dónde pueden localizarse. En esta situación creemos que el Presidente violaría los deberes que le corresponden por su condición, relacionados con la organización del consejo y la promoción de la participación de todos los consejeros en la adopción de acuerdos, si no comunicara por cualquier medio antes de la reunión las informaciones relevantes que deben ser consultadas por los consejeros para participar de forma responsable en el Consejo. La ocultación de informaciones relevantes por el Presidente puede considerarse una violación del deber de diligencia, más acentuado en su caso que en el resto de los consejeros, por tener -se entiende- conocimiento directo de todos los asuntos sociales. En este sentido, incluso más grave que no enviar la información a todos los consejeros, será el envío de tales informaciones únicamente a algunos de los consejeros excluyendo a otros. En todo caso, no puede olvidarse que todo administrador tiene el deber legal de información diligente sobre la marcha de la sociedad (cfr., art. 225.2 TRLSC; antes art. 127.2 LSA, que lo hace extensivo a los administradores de sociedades de responsabilidad limitada), por lo que el incumplimiento del deber de diligencia del Presidente no es óbice para, en su caso, exonerar de responsabilidad al consejero que eludió por completo su deber de diligente información, salvo que demuestre (cfr., art. 237 TRLSC; anterior art. 134.3



LSA) que desconocía por completo la información relevante o que no tuvo oportunidad de conocerla sin comunicación directa por parte del Presidente del Consejo.

Lo que nos importa en este punto es que las informaciones necesarias para la preparación de los aspectos a tratar en la reunión del Consejo de Administración pueden ser enviadas a los consejeros a través de cualquier medio de comunicación, incluyendo por tanto el fax, el correo electrónico o los mensajes SMS. El Presidente (aunque a nuestro juicio podría dificultar sin razón la tarea de los consejeros) puede optar por indicar el lugar donde pueden localizarse tales informaciones (por ejemplo, en el domicilio social o en un determinado sitio web), sin embargo entendemos que siempre que los consejeros soliciten el envío de las informaciones estas deben ser enviadas, salvo aquellas que no convenga su comunicación por algún motivo relacionado con los intereses de la sociedad (información secreta de tipo contable, industrial, etc.). De cualquier forma, incluso en esta última situación creemos que el Presidente debería promover el conocimiento de las informaciones, enviando por ejemplo un resumen de los hechos. Una posibilidad de comunicación de informaciones a los consejeros es su inclusión en una página interior del sitio web de la sociedad, comunicando a los consejeros el sitio en línea exacto donde pueden encontrarse. Incluso es posible habilitar un sitio en línea reservado y restringir el acceso con códigos de acceso exclusivos de los consejeros.

En conclusión, las nuevas tecnologías son, en este ámbito, una ayuda preciosa, ya que tanto el envío de la convocatoria como, en su caso, de informaciones sobre los asuntos a tratar a los consejeros, podrán realizarse de forma mucho más rápida, cómoda, barata y -en línea con la actualidad socioeconómica- hasta ecológica. Efectivamente, podrán los consejeros recibir las informaciones a través de su correo electrónico y después podrán decidir si pretenden imprimir tales informaciones o, al contrario, si prefieren leerlas en la pantalla.

Finalmente conviene recordar que los acuerdos tomados por el consejo estarán viciados de nulidad si se verifican defectos en la convocatoria o de los requisitos previamente fijados para su comunicación a los consejeros, de acuerdo con lo previsto en los estatutos o, en su caso, por el propio Consejo de Administración en su reglamento interno. De todo modo, la eventual nulidad de los acuerdos del consejo que tengan como causa vicios que afecten la convocatoria, será sanada siempre que se encuentren

presentes o representados todos los miembros del consejo. Estaríamos así ante un Consejo de Administración Universal, semejante a la Junta Universal de socios. La similitud entre ambos permite recurrir a una aplicación analógica de las normas sobre la Junta Universal al Consejo de Administración Universal (cfr., art. 178 TRLSC; anteriores arts. 99 LSA, 48 LSRL). Significa esto que además de la presencia necesaria de todos los socios es igualmente necesario el acuerdo unánime de que sea celebrada la reunión y que sean discutidos y votados los asuntos indicados en el orden del día, tal y como se recoja en el acta de la sesión. Solamente la reunión de estos tres requisitos cumulativos permitirá sanar la nulidad del consejo y los consecuentes acuerdos causada por el defecto de la convocatoria o de los procedimientos previstos para su comunicación a los consejeros.

Atentos a la praxis empresarial mediante un recorrido por los estatutos sociales y por los reglamentos de los consejos de administración de algunas sociedades, tal y como venimos haciendo para otras materias, podemos comprobar que los procedimientos y el contenido de la convocatoria del consejo están definidos en las reglas internas de las sociedades. Podemos concluir así de tal análisis en que las reglas de las sociedades comparadas fijan que la convocatoria puede ser enviada mediante cualquier medio y que debe incluir el orden del día y la información necesaria para la adopción de los acuerdos<sup>514</sup>.

---

<sup>514</sup> En tal sentido véanse los estatutos sociales de “Iberbrola”, cuyo artículo 39, párrafo primero, parte final refiere que la convocatoria debe indicar el local de la reunión del consejo y en el párrafo segundo estipula que “*la convocatoria de las sesiones del Consejo de Administración se realizará mediante carta, fax, telegrama, correo electrónico o por cualquier otro medio, y estará autorizada con la firma del Presidente, o la del Secretario o Vicesecretario, por orden del Presidente. La convocatoria se cursará con la antelación necesaria para que los Consejeros la reciban no más tarde del tercer día anterior a la fecha de la sesión, salvo en el caso de sesiones de carácter urgente. Quedan a salvo los supuestos en que el Reglamento del Consejo de Administración exija un plazo de convocatoria específico. La convocatoria incluirá siempre, salvo causa justificada, el orden del día de la sesión y se acompañará, en su caso, de la información que se juzgue necesaria*”; y en el párrafo 3 hace referencia al consejo universal afirmando que “*sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Administración se entenderá válidamente constituido sin necesidad de convocatoria si, presentes o representados todos los Consejeros, aceptasen por unanimidad la celebración de la reunión como universal y los puntos del orden del día a tratar en la misma*”. El Reglamento del Consejo de Administración de “Iberdrola” sigue con las mismas orientaciones que las referidas en los estatutos sociales. A su vez, el Reglamento del Consejo de Administración de “Telefónica” estipula prácticamente las mismas orientaciones, pero concede un poco de más libertad al presidente del consejo para convocar reuniones sin la antelación “regla” de los tres días ni es tan rígido con el envío del orden del día. Efectivamente, estipula en artículo 17, párrafos 2 y 3, del Reglamento del Consejo de Administración que “*la convocatoria formal de las sesiones ordinarias se efectuará por carta, fax, telegrama o correo electrónico, y estará autorizada con la firma del Presidente o la del Secretario o Vicesecretario por orden del Presidente. La convocatoria se cursará con una antelación mínima de tres días a la fecha prevista para su celebración. La convocatoria incluirá un avance sobre el*

## **2. Lugar de celebración de las reuniones del Consejo – posibilidad de reuniones puramente virtuales**

Sobre el lugar de la celebración de las reuniones del Consejo de Administración no hay referencia alguna en la Ley española. La Ley prevé expresamente que la organización y el funcionamiento del Consejo de Administración de sociedades anónimas y limitadas se regule en los estatutos de cada sociedad o, en su defecto, en el caso de las sociedades anónimas, que sea establecido por el propio consejo. Al propósito véase lo que dispone el art. 245 TRLSC cuyo primero párrafo se dedica a las sociedades de responsabilidad limitada y el segundo a las sociedades anónimas. Así, dicta la norma, sobre las limitadas que serán los estatutos que *“establecerán el régimen de organización y funcionamiento del Consejo de Administración, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría”* (antiguamente era el art. 57.2 LSRL que regulaba esta materia). Ya respecto las anónimas, menciona la misma norma, en su párrafo segundo, que *“en la sociedad anónima cuando los estatutos no dispusieran otra cosa, el Consejo de Administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros”* (materia anteriormente regulada en el art. 141.1 LSA).

La determinación del lugar donde deba producirse la celebración de las reuniones del consejo no constituye excepción a la regla de la autonomía estatutaria y corporativa concedida en este ámbito y, por eso, el órgano de administración se reunirá en el local definido o en los estatutos o, en su caso, por el propio consejo. Significa esto que el local de la reunión puede ser cualquiera, es decir no tiene que ser el del domicilio social o el de las sucursales de la sociedad, ni tiene tampoco que ser un local físico

---

*previsible Orden del Día de la sesión y se acompañará de la información escrita que proceda y se encuentre disponible. En todo caso, el Presidente gozará siempre de la facultad de someter al Consejo de Administración aquellos asuntos que estime conveniente, con independencia de que figuren o no en el Orden del Día de la sesión” y que “cuando las circunstancias del caso así lo requieran, el Presidente podrá convocar por teléfono, por fax, o por correo electrónico, y con carácter extraordinario, al Consejo de Administración, sin respetar el plazo de antelación ni los demás requisitos que se indican en el apartado anterior”.*

como mejor veremos adelante. Parece asimismo que no hay inconveniente legal para que las reuniones se celebren en el extranjero.

En conclusión, podemos afirmar que en defecto de otra estipulación legal es perfectamente admisible que las reuniones del consejo ocurran en el extranjero y que el lugar exacto de la reunión sea fijado en los estatutos (obligatoriamente en caso de las limitadas) o por el propio consejo en el caso de la sociedad anónima que, como vimos, tiene una amplia libertad regulatoria en este ámbito (y, claro, en la ausencia de previsiones estatutarias).

Creemos, sin embargo, que esta amplia libertad no puede perjudicar a los miembros del consejo impidiéndoles o dificultándoles su asistencia a la reunión. En verdad, sería necesario prevenir situaciones en que se fijara un local para la celebración de la reunión demasiado lejano del domicilio social, ya que podría dificultar la presencia de determinados consejeros. Cuando tal decisión fuera tomada con el objetivo claro de dificultar la presencia de uno o varios consejeros, debería ser entendida como la violación del derecho (deber) del consejero a estar presente en la reunión. Para obviar esta situación la mejor estrategia es definir *ab initio*, el local elegido para la celebración de las reuniones. Esta definición puede aparecer directamente en los estatutos o ser fruto de una decisión del propio consejo, en el caso de las sociedades anónimas. Sin embargo, pensamos también que si el legislador pretendió dotar a este órgano de una amplia autonomía organizativa, no tiene sentido que la definición del local de celebración de las reuniones del consejo sea rígida e inalterable. El mejor método es aquel que permita elegir el local más apropiado en cada uno de los momentos en que el consejo tenga que reunirse. Así las cosas, la convocatoria tendrá un papel absolutamente fundamental en este ámbito, ya que deberá informar a los consejeros sobre el lugar y el local exacto donde vaya a producirse la reunión. Es también por eso que la convocatoria deberá producirse con la antelación suficiente para permitir a los consejeros organizar sus agendas de forma que puedan estar presentes en el lugar indicado.

Ahora bien, la libertad legal que reina en esta sede permítenos afirmar que las reuniones del Consejo de Administración pueden incluso tener curso en un espacio virtual con el apoyo, naturalmente, de las nuevas tecnologías. Lo dicho, pretende repercutirse a la posibilidad del Consejo de Administración reunir de forma puramente virtual, es decir, con la participación telemática de todos los consejeros. Tratase de una

modalidad de reunión que resulta bastante útil, desde luego, porque facilita que los consejeros ocurran a la reunión, promoviéndose consecuentemente reuniones más participativas.

### **3. Quórum**

En el punto anterior, cuando hablamos de la posibilidad de representación de los consejeros, transcribimos los dos párrafos que componen el art. 247 TRLSC y que, además, hacen referencia al quórum exigido para la válida constitución del Consejo de Administración<sup>515</sup>.

Se trata, como es visible, de un quórum legal que tiene como finalidad garantizar que el número de asistencias a las reuniones del consejo sea superior al número de ausencias, ya que se trata de un órgano de importancia suprema en la marcha de la sociedad y, por eso, es conveniente que todos los intervinientes en la gestión social tomen conocimiento de los asuntos deliberados<sup>516</sup>. La exigencia de este quórum no se traducirá en un obstáculo a las reuniones del consejo y consecuentemente a la adopción de decisiones fundamentales para que la sociedad siga su rumbo, porque ante la imposibilidad de la presencia de algún consejero siempre es admisible su representación en los términos expresados anteriormente, que naturalmente será contabilizada a efectos del quórum legalmente exigido.

En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, la Ley otorga prioridad a lo dispuesto en los estatutos. El art. 57 LSRL indicaba que los estatutos sociales establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo, que deberá comprender –entre otros aspectos- las reglas de constitución del órgano. Ahora, el art.

---

<sup>515</sup> Un breve apunte sobre el cambio que se verifica existir en la redacción del antiguo art. 139 LSA y del actual 247/2 LSC. De hecho decía aquel que “*el Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes*” y dispone este que “*en la sociedad anónima, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales*”. Aunque ha variado la redacción, entendemos que el significado es el mismo, pues al hablar de mayoría se refiere a la mitad más uno de los componentes del consejo. Todavía siempre queda la duda si no será posible que el legislador se refiera a los consejeros que ostenten el cargo de vocal, dejando aparte el Presidente, el secretario y los consejeros delegados.

<sup>516</sup> RODRÍGUEZ-PORRERO, Marta Llaveró, *El Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, monografía mercantil n.º 3, Paloma Pérez de León (directora), Valencia, 1999, páginas 57 y siguientes.

247.1 TRLSC 2010 dispone literalmente que: “*en la sociedad de responsabilidad limitada el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales*”. De tal forma, el nuevo TRLSC confirma la prioridad estatutaria en la fijación de las reglas de constitución del consejo en las sociedades limitadas, pero, para evitar que una minoría de control pueda controlar el consejo, establece que el número de consejeros previsto estatutariamente debe alcanzar, como mínimo, la mayoría de los vocales del consejo; con lo cual, los estatutos podrán exigir un número de consejeros superior a la mayoría absoluta (la mitad más uno), pero en ningún caso inferior a la misma.

En relación con las sociedades anónimas y, no obstante, del art. 247.2 TRLSC (y antes el art. 139 LSA) no resultar claramente la posibilidad de estas sociedades aumentaren el quórum legal, creemos que la norma reviste naturaleza relativamente imperativa. Ello quiere decir que, por una parte, impide que el quórum legal sea disminuido por debajo del mínimo estipulado en la norma y que, por otra parte, no impida la exigencia de un número superior de consejeros en los estatutos. La admisión del quórum estatutario es ampliamente aceptada doctrinalmente, fundándose en el principio de autonomía de la voluntad previsto con carácter general para las sociedades de capital, y que permite la inclusión de cualesquiera pactos estatutarios siempre que contradigan las leyes o los principios configuradores de las sociedades de capital.

Uno de los problemas más discutidos del quórum legal o estatutariamente exigido en la constitución de los consejos de administración se relaciona con el momento en que debe constatarse su concurrencia. Dicho de otra forma, la cuestión que se plantea es la de saber si es suficiente que se verifique la asistencia (o representación) de la mayoría legal o estatutaria de consejeros en el momento de constitución del consejo, es decir, antes de iniciarse la reunión, o si es igualmente necesario que ese número de presencias (y representaciones) se mantenga a lo largo de toda la reunión. Básicamente, el fondo del problema se traduce en saber si la exigencia legal fijada en el precepto se cumple con la verificación del quórum en el momento mismo de iniciarse la sesión -y en su consecuencia se declara que el consejo se encuentra válidamente constituido- o si, al contrario, cada uno de los acuerdos exige la presencia en ese momento de la mayoría de los miembros del Consejo de Administración. Una cosa

parece cierta: el Consejo de Administración no se podrá constituir sin la presencia de, al menos, la mitad más uno de los consejeros o, en su caso, el número superior que fijen los estatutos de las sociedades, so pena de invalidez de los acuerdos en su caso adoptados. Entonces, el problema reside solamente en saber si esa exigencia se mantiene o si, después de considerar válidamente constituido el consejo, los consejeros podrán abandonar la reunión y que ello no afecte de invalidez los acuerdos en su caso adoptados. Esto significaría que la ley exigiría la presencia de ese número en el momento menos importante –el de la mera constitución del consejo– y lo dispensaría en los momentos verdaderamente relevantes, es decir, en la efectiva discusión y votación de los asuntos que condicionan todo el gobierno de la sociedad. Pese a que la doctrina se inclina más por exigir la presencia de la mayoría legal o estatutaria de consejeros sólo en el momento de constitución, por nuestra parte pensamos que será más acertado exigir la manutención del quórum al largo de toda la sesión, pues solamente de esta forma se podrá decir que los acuerdos han sido tomados teniendo en cuenta la opinión de la mayoría de los consejeros legal o estatutariamente exigida<sup>517</sup>. No puede obviarse, finalmente, la posible responsabilidad en que podrían incurrir los consejeros que, de forma consciente y voluntaria, pretendan impedir la adopción de acuerdos del consejo y bloquear así el funcionamiento ordinario de la entidad, ya que con ese comportamiento estarían contrariando los deberes básicos de diligencia y lealtad (cfr., arts. 133 y 134 LSA; art. 69 LSRL; arts. 225 y 226, 236 y 238 TRLSC).

Apuntamos anteriormente la posibilidad de la existencia de reuniones del Consejo de Administración puramente virtuales constituida, por tanto, por la presencia telemática de todos los consejeros intervinientes en esa reunión.

Sentamos ahora la exigencia legal de un quórum para constituir validez a constitución del Consejo de Administración.

El mencionado quórum tendrá, evidentemente, de verificarse independientemente del Consejo reunir en lugar físico o en el espacio virtual.

La pregunta que urge plantear es la de saber si, ante la realización de una reunión con presencias físicas y simultáneamente telemáticas, la dicha participación telemática deberá ser contabilizada a los efectos del quórum o, al envés, deberá ser

---

<sup>517</sup> La comunicación bidireccional puede resultar difícil cuando hayan muchos participantes. Lo que no sucederá en el caso del Consejo de Administración. será, por lo tanto, esta una cuestión bien más académica que real.

desconsiderada valiéndose solamente los físicamente presentes. En nuestro entender, resulta claro que las participaciones telemáticas deberán ser contabilizadas en el quórum desde que ellas permitan una efectiva participación en la reunión, es decir, desde que sean vehiculadas por medios técnicos que permitan concretizar una comunicación bidireccional y, por eso, el consejero pueda ejercer todos los derechos y competencias al igual que se encuentra físicamente presente en la reunión. Subentendiese de lo dicho que los consejeros que asisten telemáticamente a reunión pero no pueden, de hecho, participar en ella no deberán contabilizarse a efectos de quórum (excepto, claro, si se encontraren debidamente representados en la reunión).

También los consejeros representados, sea físicamente sea telemáticamente (con comunicación bidireccional, entiéndase) representados serán contabilizados a estos efectos.

#### **4. Participación y representación en la reunión del Consejo de Administración (físicas y telemáticas)**

A los consejeros compete, entre otros, el deber de participar en las reuniones del Consejo de Administración. Sin nos detenernos demasiado sobre la amplitud del aludido deber, díjase que la participación del consejero podrá ser personal o realizada por interpuesta persona, el representante. Díjase igualmente que, la participación personal podrá, hoy día, plantearse de una de dos formas: o bien el consejo consta físicamente en la reunión (cuando ella no se realiza completamente en un espacio virtual); o bien el consejero hace uso de las nuevas tecnologías y participa telemáticamente en las reuniones. La utilización de los medios telemáticos se queda amparada por la libertad legal que se experimenta en este ámbito, como ya explanamos cuando hablamos del silencio legal respecto esta materia. Es de resaltar nuevamente que cuando hablamos de participación telemática en la reunión del Consejo de Administración estamos a referirnos aquella participación que permite al consejero ejercer participar verdaderamente en las labores de la reunión.



Ya sobre la figura de la representación, el actual art. 247.2 TRLSC es muy claro al afirmar que, tanto en las sociedades de responsabilidad limitada como en las anónimas, se admite tal figura jurídica en las reuniones del Consejo de Administración.

De hecho, el párrafo primero, de la dicha norma, respecto a la sociedad de responsabilidad limitada, menciona que *“el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales”* (materia antes regulada en el art. 57.1 LSRL). A su vez, el párrafo segundo, dedicado a las sociedades anónimas, señala que *“el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales”* (antes art. 139 LSA). Pese al hecho de presentaren una formulación muy semejante contiene, los dos párrafos, una diferencia significativa: el párrafo primero, en la senda de lo referido en el art. 57.1 LSRL, otorga plena libertad estatutaria para la fijación de reglas de constitución del Consejo.

Lo cierto es que, ambos los párrafos hacen referencia a exigencia de un determinado quórum legal o estatutario (en la sociedad de responsabilidad limitada) de asistencia de consejeros, que tendrá que estar constituido, como mínimo, por la mitad más uno de los componentes o titulares del órgano, los cuales podrán estar presentes en nombre propio o representados. Es pues visible que el artículo admite el instituto de la representación en la constitución del consejo. La *ratio* subyacente a esta regla no es nueva y reside en la necesidad de garantizar y motivar la asistencia del mayor número posible de consejeros y de dotar el órgano de administración de la fuerza adecuada para el desarrollo de su misión. Efectivamente la adopción de acuerdos con la presencia de un reducido número de miembros restaría credibilidad al órgano de gestión y representación del ente.

Resulta claro, así, que la regla legal ahora en análisis admite la representación de los consejeros en las reuniones del órgano de administración como método para facilitar la constitución del mismo cuando los consejeros, por algún motivo (justificado o injustificado), no puedan estar presentes en la reunión. Por lo demás, las normas en análisis no disponen ninguna regla específica en relación con el ejercicio del derecho de representación. Ni en la LSA, ni en la LSRL ni el TRLSC se encuentra referencia alguna a la forma y ejercicio del derecho de representación de los consejeros, por lo

que, a semejanza de la mayor parte de los asuntos relacionados con el Consejo de Administración, habrá que estar, en su caso, a lo fijado en los estatutos sociales o -en el caso de la SA- por el propio consejo.

Ahora bien, la reglamentación estatutaria o por el propio consejo del instituto de representación debe respetar la índole y naturaleza del cargo en cuestión. Por lo tanto, deberán tenerse en cuenta las características personales que delinean el cargo de consejero. Se trata de un cargo que depende mucho de la confianza que la sociedad deposita en las personas que lo ejercen y esa característica, decisiva a la hora de nombrar los consejeros, no puede ser olvidada al tiempo de nombrar representantes, so pena de permitir que personas extrañas a sociedad y que no merecen su confianza adquieran un papel protagonista en la adopción de acuerdos importantes para la gestión de la sociedad.

Realmente, la representación en el consejo se prevé -aun tácitamente- como una regla excepcional para situaciones muy puntuales, pues en esencia contradice el carácter personal (basado en la confianza) del cargo de administrador y el deber que pesa sobre los consejeros de comparecer personalmente a las reuniones<sup>518</sup>. En todo caso, los estatutos o el propio consejo pueden restringirla al máximo (más dudoso es que puedan prohibirla por completo); y además la representación deberá otorgarse por escrito y con carácter específico para cada sesión del consejo.

Es más, de la normativa reglamentaria se infiere que la representación solamente podrá ser conferida a favor de otros miembros del mismo Consejo de Administración. En este sentido se expresa el artículo 97.4 II RRM, el cual, haciendo alusión al contenido del acta de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles, señala que *“en caso de órganos colegiados de administración, se expresará el nombre de los miembros concurrentes, con indicación de los que asisten personalmente y de quienes lo hacen representados por otro miembro”*. De la lectura del mencionado precepto se percibe que el miembro del Consejo de Administración solamente podrá ser

---

<sup>518</sup> Cfr., MARTÍNEZ SANZ Fernando y NAVARRO MÁÑEZ Miguel, *Comentario al artículo 139 LSA*, en ARROYO Ignacio, EMBID José Miguel y GÓRRIZ Carlos, “Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, pg. 1614.

representado por otro miembro del dicho consejo, con lo cual el RRM estaría limitando las posibilidades de representación conferidas por la Ley<sup>519</sup>.

La mayor parte de los estatutos y/o de los reglamentos de los consejos de administración llevan incluidas reglas específicas sobre el funcionamiento y forma de la representación de los consejeros. Es, de hecho, importante que las sociedades regulen esta temática porque, repetimos, la ley no lo hace convenientemente y no parece nada adecuado recurrir a la aplicación analógica de la representación de los accionistas en las juntas generales, pues la representación de los accionistas y la representación de los consejeros son dos realidades bien distintas. Desde luego, la primera es más bien una regla que una excepción en la práctica de -al menos- las grandes sociedades cotizadas, mientras la segunda se utiliza en situaciones meramente excepcionales. Además, si en la primera el representante puede no tener la misma calidad del representado, es decir, puede no ser socio (y esta afirmación vale tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades de responsabilidad limitada), la segunda exige que el representante sea un consejero tal como el representado. También por eso no hay, en la representación de los consejeros, solicitud de representaciones como sucede en la representación de los accionistas. Son, indudablemente realidades bien distintas y por lo tanto no pueden recibir el mismo tratamiento legal. De todo modo, ante el silencio legal y estatutario, no será contradictorio aplicar las formalidades indicadas en los arts. 183, 184 y 185 TRLSC, en particular la necesidad de la representación ser conferida por escrito o a través de los medios de comunicación a distancia y ser especial para cada reunión (materia anteriormente regulada en los arts. 106 LSA y 49 LSRL).

Sobre las formalidades de la representación es importante apuntar que los estatutos o en su caso el propio consejo pueden establecer aquellas que entiendan más convenientes, aunque la doctrina es prácticamente unánime en exigir la forma escrita. Forma escrita que, como resulta claro de lo apuntado anteriormente, podrá

---

<sup>519</sup> Esta es además la orientación práctica, al menos en las grandes sociedades anónimas. “Telefónica” refiere en el artículo 18, párrafo 1, del Reglamento del Consejo de Administración que “*los Consejeros deberán asistir personalmente a las sesiones del Consejo y, cuando excepcionalmente no puedan hacerlo, procurarán que la representación que confieran a favor de otro miembro del Consejo incluya, en la medida de lo posible, las oportunas instrucciones*”. A su vez y en sentido muy semejante refiere el Reglamento del Consejo de Administración de “Iberdrola”, en su artículo 28, párrafo 2, que “*los Consejeros harán todo lo posible para acudir a las sesiones del Consejo y, cuando no puedan hacerlo personalmente, procurarán delegar su representación a favor de otro Consejero, al que deberán dar las instrucciones oportunas*”.

cumplimentarse en el el tradicional formato papel o bien a través de un soporte electrónico. Así pues, las nuevas tecnologías podrán intervenir en el instituto de la representación ante el consejo y mostrarse una vez más útiles para el buen funcionamiento de los órganos sociales.

A nuestro juicio, la utilización de las nuevas tecnologías en este ámbito no depende de una previsión específica estatutaria o en el reglamento del Consejo de Administración. Justamente si el punto de partida es admitir la forma escrita para otorgar la representación, no existen razones para que no se pueda concretar por soportes informáticos sean cuales sean –correo electrónico, fax, mensaje telefónico–, siempre que, obviamente, permitan identificar con seguridad el emisor del mensaje y la integridad de su contenido. No obstante, para mayor seguridad jurídica, los estatutos o el reglamento del consejo podrán especificar la admisión de estos y otros medios de comunicación de la representación<sup>520</sup>.

Sin perjuicio de lo afirmado en los párrafos precedentes, tal vez no sea totalmente irrazonable preguntarnos si no existirá alguna situación en que pueda admitirse que la representación sea conferida por vía oral. Creemos que podría tratarse de una situación admisible y razonable siempre que el consejero estuviera presente en una parte de la reunión pero se tuviera que ausentar antes de la votación de determinados acuerdos. En esta situación, y siempre que los estatutos o el reglamento del consejo lo admita, no parece que haya necesidad de que el miembro que abandona la reunión antes de finalizar la sesión tenga que conferir su representación por escrito<sup>521</sup>. En cualquier caso, se entiende que esa representación verbal y sus circunstancias (incluyendo, en su caso, instrucciones de voto), deberán hacerse constar con carácter expreso en el acta del consejo por el secretario.

---

<sup>520</sup> Así, “Telefónica S.A.” afirma en el artículo 18, párrafo 1, del Reglamento del Consejo de Administración que las delegaciones de la representación de los consejeros “*podrán conferirse por carta o por cualquier otro medio que asegure la certeza y validez de la representación, a juicio del Presidente*”. “Iberdrola S.A.” es aún más concreta, al permitir, con arreglo al artículo 28, párrafo 2, del respectivo Reglamento del Consejo de Administración que “*la representación se otorgará con carácter especial para la reunión del Consejo de Administración a que se refiera, y podrá ser comunicada por cualquiera de los medios prevenidos en el artículo 26.4 anterior para la remisión de las convocatorias*”. El referido artículo 26, párrafo 4, indica como medios admisibles la “*carta, fax, telegrama, correo electrónico o por cualquier otro medio*”.

<sup>521</sup> En este sentido *vd.* MUÑOZ PAREDES, José María, Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración, Thomson – Civitas, 2005, Cizur Menor, página 241.

Por lo demás, tan importante como las formalidades que deberán ser cumplidas para otorgar válidamente la representación de un miembro del Consejo de Administración es, sin duda, el contenido del poder de representación. El contenido de la representación es de suma importancia, ya que traducirá las instrucciones –de voz y voto– que el representante debe seguir durante el curso de la sesión del consejo. Las hipótesis que caben son distintas: o el representado determina concretamente cuáles son las orientaciones generales y/o específicas que el representante debe seguir con relación a cada uno de los asuntos incluidos en el orden del día de la convocatoria, o bien confiere la llamada delegación en blanco, cuyo contenido queda, naturalmente, al libre arbitrio del consejero representante<sup>522</sup>.

Ciertamente, el contenido de la representación deberá seguir las mismas formalidades exigidas para que sea conferida. Significa esto que, de acuerdo con las palabras que preceden, también el contenido de la representación tendrá que observar la forma escrita, independientemente del soporte en que sea materializada. Nótese finalmente que este razonamiento tendrá validez tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades de responsabilidad limitada.

En la senda de los raciocinios que hemos desarrollado al largo del presente estudio, es natural que defendamos que el consejero puede ser representado por otra persona que participe en la reunión a través de la utilización de los medios telemáticos. Es decir, el representante participa telemáticamente en la reunión y, de esa forma, ejercerá el mandato conferido por el representado. Para tanto, será naturalmente necesario que la participación telemática del representante consubstancie una comunicación bidireccional que le permita oír, ser oído, recibir informaciones (por ejemplo documentos) para que las analice y, finalmente, votar.

Otra situación que conjeturamos (e incluso ya avanzamos anteriormente) consiste en la posibilidad del consejero nombrar representante y aun así seguir telemáticamente la labor del Consejo y, consonante la discusión, impartir instrucciones, en directo, a su representante. Las instrucciones serán conferidas por escrito utilizando, por ejemplo, el correo electrónico. Nótese que, esta asistencia telemática del consejero a

---

<sup>522</sup> Los reglamentos de los consejos de administración solicitan a los consejeros que indiquen en la medida de lo posible las instrucciones que el representante deberá seguir en las tomadas de los acuerdos. Así lo dictan, entre otros, los Reglamentos de los Consejos de Administración de “Telefónica” e “Iberdrola” en los artículos 18, párrafo 1, y 28, párrafo 2, respectivamente.

reunión del Consejo no tiene valor de revocación de la representación porque se trata de una mera asistencia no siendo posible al consejero “telemático” participar directamente en la reunión, es decir, los medios utilizados no permite al consejo que ejerza su derecho de voz y/o de voto y, por ese motivo, sigue siendo necesario el representante. Teniendo en cuenta lo dicho, el consejero representado es contabilizado en el quórum porque se hace representar y no porque asiste telemáticamente al decurso de la reunión.

#### **4. Deliberación y voto**

También cabe evidentemente encuadrar en este capítulo la materia relacionada con la deliberación, debate y votación de los acuerdos del Consejo de Administración. Nuevamente no seremos exhaustivos en las consideraciones que vamos a realizar porque, en lo esencial y salvando las necesarias excepciones, los principios a aplicar en este ámbito son aquellos que ya analizamos al respecto de las deliberaciones, debate y votación de la Junta General. No es de extrañar tal equiparación, ya que nos encontramos en presencia de órganos de naturaleza similar (aunque la Junta General funciona por criterios plutocráticos, frente a los democráticos del consejo) y cuyos actos comparten las mismas características.

Así las cosas, no parece ofrecer dificultades identificar los principales derechos atribuidos a los consejeros: el derecho de información, el derecho de voz y debate y, obviamente, el derecho de voto. La ley omite cualquier referencia sobre el modo de ejercicio de estos derechos por los consejeros en el seno del Consejo de Administración, dejando así un amplio campo de decisión a la libertad estatutaria y, en su caso, al reglamento del Consejo. Corresponde así a la voluntad de los socios expresada en los estatutos o, en su caso, a la voluntad del propio Consejo de Administración determinar cuáles son los requisitos que se deberán verificar durante el proceso de deliberación y adopción de acuerdos en el seno del Consejo. Sin embargo, con salvedad de las sociedades anónimas cotizadas que están legalmente obligadas, como ya dejamos claro, a fijar las reglas aplicables al funcionamiento del Consejo de Administración a través de la aprobación del respectivo reglamento, no es extraño que nada se diga en los estatutos sobre esta materia. En los casos de omisión estatutaria cabrá naturalmente al presidente

del consejo – a semejanza de lo que sucede en la Junta General – definir las reglas que regularán el funcionamiento del mismo, estableciendo los requisitos necesarios para concretar el derecho de información y el ejercicio del derecho de voz y voto.

Vimos anteriormente que es de suma importancia que los consejeros reciban las informaciones necesarias para la discusión de las materias que constituyen el orden del día, ya que sólo así se encontrarán en condiciones para deliberar sobre ellas y votar con conocimiento de causa. Reiteramos ahora que, las nuevas tecnologías son, en este ámbito, una herramienta de gran valor, pues permiten el envío de elevados volúmenes de información a un precio reducido y con una rapidez inalcanzable por otros medios. Hablamos particularmente de las utilidades del correo electrónico y de la posibilidad de descargar ficheros de páginas web, fundamentalmente desde el sitio web de la sociedad.

De igual modo, avanzamos anteriormente con la posibilidad de que los consejeros participen a distancia en las reuniones del consejo. Ahora bien si las sociedades prevén la posibilidad de la asistencia a distancia, como resulta de los reglamentos de consejos de administración que analizamos, e incluso los contabilizan a los efectos de quórum, es indudable que consideran que tal participación engloba el derecho de voz y de voto. Afirmamos otrosí que no deberían existir restricciones a la participación a distancia de los consejeros, es decir, que estos y aquellos que se encuentran físicamente en la reunión deberían tener exactamente los mismos derechos. Dijimos además que aquí no se planteaban problemas de carácter técnico, teniendo presente el reducido número de consejeros, al contrario de lo que pasa en las juntas generales que tienen un elevadísimo número de socios.

Sin embargo, contemplamos una situación particular que requiere explicaciones adicionales. Comprobamos que en todos los reglamentos se incentiva la presencia del consejero en las reuniones del consejo en detrimento de su representación por otro consejero. Sin embargo, bien sabemos que en determinadas circunstancias es efectivamente necesaria la representación. En estos casos, las disposiciones reglamentarias, así como las recomendaciones de buen gobierno, señalan que el representado debería indicar al representante las orientaciones de voto respecto de los acuerdos que serán tomados. En esta situación entendemos que será ventajoso que el representado pueda seguir por cualquier medio de comunicación a distancia el curso de las sesiones del Consejo e indicar al representante, en tiempo real, cuál es el sentido

de voto para cada uno de los asuntos en discusión, como hemos referidos ya. Nótese pues que esta posibilidad no constituye una presencia y participación a distancia sino una posibilidad de representación más completa. Por lo tanto, no se trata en verdad de restringir derechos de los consejeros que participan a distancia –pues, en rigor, el representado no se participa por sí mismo en la reunión–, sino de permitir que la representación se haga de forma más eficiente y cercana a la voluntad del representado.

Lo que no hemos analizado todavía son los modos de votación. El ejercicio del derecho de voto debe ser regulado en los estatutos y/o en los reglamentos de los consejos de administración, y en caso de completa omisión deben ser definidos por el presidente del consejo. La votación *in loco* discurrirá sin problemas de mayor relevo (mediante los métodos tradicionales de voto secreto en sobre cerrado o voto a mano alzada u otros alternativos). Los problemas pueden surgir en relación con el ejercicio del voto a distancia. Dicho de otro modo, corresponde ahora tejer algunas consideraciones, breves, sobre la utilización de los medios a distancia en el ejercicio del voto del consejero en el ámbito de la adopción de acuerdos por el Consejo de Administración.

Desde el momento en que se admite la participación a distancia del consejero, resulta asimismo lógico que se admita el respectivo ejercicio del voto por medios de comunicación a distancia. En efecto, el voto del consejero podrá ser ejercido a través de cualesquiera medios de comunicación a distancia siempre que cumpla los requisitos de seguridad, identidad e integridad necesarios. A modo de ejemplo, el párrafo 2 del artículo 27 del Reglamento del Consejo de Administración de “Iberdrola”, establece la que el desarrollo de las reuniones del Consejo podrá efectuarse a través de sistemas de multiconferencia que *“permitan el reconocimiento e identificación de los asistentes, la permanente comunicación entre los concurrentes independientemente del lugar en que se encuentren, así como la intervención y emisión del voto, todo ello en tiempo real”*. Concluimos pues que el ejercicio del voto a distancia, en simultáneo con el desarrollo de la reunión, es legalmente admisible en el seno del funcionamiento de los consejos de administración.

Hay que examinar finalmente la eventual admisibilidad del voto por correspondencia en el seno de las reuniones del Consejo de Administración. Hablamos pues de la posibilidad del consejero de emitir su voto con antelación a la fecha de la reunión lo que implica naturalmente que no va asistir al desarrollo de la misma. Parte de



la doctrina ha considerado que el consejero no presente en la sesión no podrá ejercitar el derecho de voto por correspondencia. En las palabras de SALELLES CLIMENT “*el consejero que no ha asistido a la sesión y que no ha otorgado la representación a otro miembro no puede participar en la votación por teléfono o por escrito firmado*”<sup>523</sup>. Justifica su posición, el autor, diciendo que “*la inadmisibilidad del voto ejercitado de esta forma se basa en el criterio que informa la adopción de los acuerdos del consejo en la sesión*”; y termina apuntado que “*la decisión en el consejo ha de ser tomada por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión*”. Y concluye diciendo que, aunque la “*conurrencia no comporta de modo necesario la presencia física, sí presupone su presencia*”. Pues bien, aunque comprendemos los argumentos invocados por SALELLES CLIMENT, sin embargo no compartimos el mismo pensamiento. De hecho, no encontramos en la ley ningún fundamento, expreso o tácito, que sirva para justificar un impedimento al ejercicio del derecho de voto por correspondencia antes de las reuniones del Consejo. El argumento invocado por SALELLES CLIMENT, cuando refiere la necesidad de que el consejero debe concurrir a la reunión para poder votar en ella, tiene origen en la letra de la ley que, efectivamente, instituye que “*los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión*”. Ahora bien, dado que nada más establece la ley al respecto, entendemos que es posible interpretar la *ratio* de la misma. Entendemos así que el legislador no pretendió ciertamente equiparar el concepto “concurrente” a la presencia física del consejero; aspecto éste en el que la doctrina es unánime. Para el autor acabado de citar, parece que concurrencia implica presencia física o telemática, y sin ella el consejero no podrá votar. Así sería imposible admitir el voto por correspondencia emitido con anterioridad a la fecha de la reunión. Admitimos que no se trata de una problemática sencilla y traería menos controversia optar por la inadmisibilidad del voto por correspondencia en el consejo. Sin embargo, no parece haber, en nuestra opinión, razones legales ni apoyo contundente para impedir el referido ejercicio del derecho de voto por correspondencia. Pensamos así que más que presencia “conurrencia” supone la participación en la reunión y el voto es claramente una forma de participación en las sesiones. Así sería bastante que los estatutos y/o reglamentos del consejo admitiesen el voto por

---

<sup>523</sup> SALELLES CLIMENT, José Ramón, *El funcionamiento del consejo de administración*, Madrid, 1995, página 176 y siguientes.

correspondencia y equiparasen su ejercicio a la “concurencia” (asistencia) en la sesión para que quedar dentro del ámbito de la norma.

Por lo demás, siempre podemos añadir como argumento que si legalmente se admiten los acuerdos sin sesión no hay razones estructurales para impedir el voto por correspondencia. Y es que, efectivamente, la propia ley prevé la posibilidad y plena validez de la adopción de acuerdos del Consejo sin necesidad de una reunión de los consejeros, es decir, sin que los consejeros debatan, frente a frente, los asuntos incluidos en el orden del día. Entonces, si la ley admite que todos los consejeros voten por escrito sin reunirse física o telemáticamente, ¿no debería, recurriendo a una interpretación extensiva, admitirse la posibilidad de que alguno de ellos vote por correspondencia? Corresponderá al consejero evaluar si se encuentra o no en posición de emitir su voto incluso sin estar presente en la sesión. Existen efectivamente asuntos que no requieren ser objeto de debate y discusión, siendo suficiente la información incluida en el orden del día y, en su caso, informaciones complementarias proporcionadas junto con la convocatoria, que serán suficientes para que el consejero pueda decidir de manera responsable sobre el sentido de su voto, recurriendo -si no pudiera asistir a la reunión- al voto a distancia. Obviamente no se trata de la situación óptima y no debería ser muy frecuente, al igual que pasa con la representación, pero entendemos que la doctrina no debe impedir -sin razones lógicas de peso- aquello que la ley no impide expresamente.

El voto por correspondencia podrá ser ejercicio a través de cualquier medio. Así, deberán ser admitidos los votos que lleguen al presidente por correspondencia postal, electrónica, fax u otro medio de comunicación a distancia que deje constancia escrita y que refleje claramente la intención de voto identificando el acuerdo correspondiente. Podrá obviamente al consejo definir las condiciones de seguridad que entienda apropiadas para el ejercicio del voto a distancia, así como los plazos para que el voto llegue a las manos del Presidente del Consejo. Creemos que es igualmente importante que el consejo defina, en caso de admitir el ejercicio del voto por correspondencia, las condiciones para garantizar la autenticidad del voto y la confidencialidad sobre el sentido del mismo hasta al momento de la votación.

El voto emitido por correspondencia, a semejanza de lo anteriormente indicado a respecto del voto por correspondencia en el seno de las juntas generales, podrá ser revocado en cualquier momento por su emisor. La pura revocación del voto podrá ser

formalizada por cualquier medio que garantice la identidad del consejero y la autenticidad de su declaración. El voto emitido antes de la reunión del Consejo será automáticamente anulado cuando el consejero acuda personalmente (física o telemáticamente) a la reunión y asimismo cuando nombra un representante y le confiere instrucciones para votar en sentido contrario (si fuere en el mismo sentido no hará real diferencia) o hace una delegación en blanco. Asistencia que, insistimos una vez más, podrá ser física o telemática. En definitiva, el consejero podrá emitir su voto con anterioridad a la reunión del Consejo, pero podrá igualmente revócarlo posteriormente y hasta el momento de la reunión.

Por lo demás, es preciso tener en cuenta que la emisión del voto por correspondencia o por medios de comunicación a distancia influirá en el cómputo del quórum necesario para la celebración del Consejo, debiendo considerar como presentes a todos los consejeros que hubieran optado por emitir su voto a distancia antes de la reunión (cfr., por analogía con lo dispuesto para el ejercicio del voto a distancia en la Junta General, art. 105.5 LSA y art. 189.3 TRLSC) y será contabilizado a efectos de mayoría para la toma de los acuerdos.

Al propósito de las mayorías, dígase tan sólo que el actual art. 248.1 TRLSC establece que *“en la sociedad anónima los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión”*. La regla legal ahora mencionada encuentra, desde luego, excepción en el art. art. 249.3 TRLSC (antes 141.2 LSA) de cuya lectura resulta que los acuerdos que tengan por objeto *“la delegación permanente de alguna facultad del Consejo de administración en la Comisión ejecutiva o en el Consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos”* solamente será aprobados si recogieren *“el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo”*. A su caso, el quórum de constitución deberá seguir la exigencia de la mayoría exigida para la aprobación del acuerdo.

Resulta de lo dicho que la Ley establece como regla general para la aprobación de los acuerdos ordinarios del Consejo de sociedades anónimas la exigencia de mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión. Entendemos como acuerdos ordinarios aquellos que no necesitan de una mayoría reforzada impuesta por la ley, como sucede, como vimos, con los acuerdos relacionados con la delegación permanente

de facultades y la designación de las personas para ocuparen los cargos delegados, en cuyo caso la Ley exige, de manera un tanto críptica, el voto favorable de las dos terceras partes de los “componentes” del Consejo, sin dejar claro si se refiere a los consejeros concurrentes a la sesión (cfr., art. 248.1 TRLSC; antes art. 140.1 LSA) o de los consejeros que conforman el Consejo de Administración (cfr., art. 247.2 TRLSC; antes, art. 139 LSA).

## **5. Adopción de acuerdos sin sesión**

Hasta al momento las consideraciones hechas tienen por base la existencia de una sesión del Consejo, es decir, de una reunión (incluidas las reuniones exclusivamente virtuales) que tenga por objetivo debatir, deliberar y votar sobre asuntos de la competencia del órgano de administración. Sin embargo, los consejos de administración de las sociedades anónimas pueden asimismo votar, sin necesidad de reunir a sus miembros, situación en que naturalmente no habrá deliberación. Así lo prevé el art. 248/2 TRLSC (antes, art. 140.2 LSA) al disponer que en las sociedades anónimas “*la votación por escrito y si sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento*”. Resulta pues claramente de la citada norma que las decisiones del consejo pueden ser tomadas sin que los respectivos miembros se reúnan e intercambien opiniones de manera simultánea, sea física o telemáticamente.

Los requisitos legalmente exigidos son dos y derivan directamente de la letra de la ley. Por una parte, exige la ley que la votación sea escrita y, por otra, que no haya ninguna oposición de ningún consejero a la dispensa de reunión del consejo en la adopción de la decisión en causa. Es decir, resulta necesario el acuerdo previo de todos los consejeros para decidir sobre determinado asunto por escrito y sin sesión. La unanimidad sólo se exige en relación con la dispensa de la reunión, pero el acuerdo se aprobará de acuerdo con las mayorías ordinarias o reforzadas establecidas legal o, en su caso, estatutariamente; con lo cual, no será necesario que voten todos los consejeros. En suma, la ley exige que todos los consejeros consientan que el modo de deliberar resida

en la votación por escrito aunque luego no procedan a emitir su voto según ese procedimiento, aprobándose o no el acuerdo si se emiten votos por escrito suficientes para considerar constituido el Consejo (quórum) y si tales votos reúnen las mayorías suficientes, legales o estatutarias, para proceder a la aprobación del acuerdo.

La razón que justifica el procedimiento de voto por escrito sin sesión, reside probablemente en la urgencia que requiere la aprobación de un determinado acuerdo, y que, por tanto, no puede esperar al cumplimiento de todas las formalidades inherentes a las formalidades legales (y estatutarias) de la adopción de acuerdos en el contexto habitual de la reunión del consejo. La cuestión es si el consentimiento de todos los consejeros para seguir este procedimiento de voto por escrito sin sesión, debe otorgarse especialmente para cada asunto que, en su caso, plantee el Presidente, o si, por el contrario, puede admitirse un consentimiento previo y genérico de todos los consejeros para acudir a dicho procedimiento en momentos y cuestiones puntuales según el criterio del Presidente. Si este procedimiento se justifica básicamente por razones de urgencia, parece razonable admitir esta segunda posibilidad.

En las sociedades anónimas, la posibilidad de que el consejo vote por escrito sin sesión no depende de una norma estatutaria, ya que es la propia Ley lo establece. Contrariamente a lo que pasa con los consejos de administración de las sociedades de responsabilidad limitada que, al no decir nada al respecto la Ley, solamente podrán deliberar sin sesión si hicieran constar esa posibilidad en los estatutos de la sociedad. No obstante, es lógico pensar que los estatutos de la sociedad anónima contemplen expresamente este procedimiento de voto, dejando su desarrollo a la propia decisión del Consejo a través de su Reglamento interno.

Corresponde ahora examinar cuál es el impacto de los medios electrónicos en los procedimientos de voto por escrito sin sesión. En este contexto es necesario analizar la utilización de los medios en dos procesos en particular: de una parte, en la decisión unánime de los consejeros para dispensar la reunión del Consejo; de otra, en el proceso de solicitud y emisión del voto. En ambos casos, parece evidente que si este procedimiento se fundamenta en motivos de urgencia para la aprobación de un determinado asunto, el recurso a las nuevas tecnologías puede ser fundamental para acelerar el proceso y ahorrar costes y tiempo de manera significativa.

La primera situación apuntada reside en analizar si las nuevas tecnologías podrán ser utilizadas por el Presidente del Consejo para preguntar a los miembros del consejo si están dispuestos a deliberar por escrito y consecuentemente a dispensar la reunión; y asimismo si tales medios son adecuados para recibir la respuesta a la pregunta formulada. Creemos que no se presenta ningún obstáculo para la utilización de las nuevas tecnologías en este ámbito. De hecho, la Ley no impone ninguna formalidad al proceso ahora en referencia, exigiendo solamente -como hemos visto- la unanimidad de todos los miembros del Consejo a la hora de dispensar el procedimiento habitual de reunión para deliberación y voto, independientemente del modo en que tal acuerdo sea obtenido. Así las cosas, podría incluso admitirse que ese consentimiento de todos y cada uno de los consejeros fuera obtenido verbalmente, por ejemplo, mediante la utilización del teléfono, aunque por razones evidentes de seguridad jurídica y transparencia, lo razonable es intentar una declaración escrita del consejero otorgando su consentimiento a la utilización de ese procedimiento. Y, como hemos visto en relación con otras materias a lo largo del trabajo, la forma escrita se considera satisfecha cuando se materialice en soporte electrónico en lugar del tradicional soporte papel. A lo dicho se añade el hecho – ya mencionado – de que este procedimiento se utilizará en situaciones de urgencia, contribuyendo el recurso a las nuevas tecnologías a la consecución del objetivo perseguido.

En conclusión, es legalmente admisible e incluso recomendable, a nuestro juicio, utilizar las nuevas tecnologías para preguntar a los consejeros y obtener respuesta sobre la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito sin necesidad de reunir al Consejo. Creemos, como dejamos antever, que cualquier medio de comunicación a distancia es admisible siempre que se garantice la identidad del consejero y la seguridad de las comunicaciones. El Presidente del Consejo deberá implementar cuidadosamente los medios de comunicación a distancia que mejor aseguren la comunicación con los consejeros y que permitan probar la recepción de las decisiones de los socios en relación con el procedimiento de voto por escrito sin sesión.

A su vez, la segunda situación, o sea, la solicitud y emisión del voto, también puede aprovechar el recurso a las nuevas tecnologías para acelerar al máximo el proceso. Lo que es importante salvaguardar, pensamos, es que la votación sea por escrito y, por lo tanto, una vez más, no vemos ningún impedimento en la utilización de

los medios telemáticos en este contexto. Las formas de utilizar los medios de comunicación a distancia pueden ser descritas en los estatutos y/o en los reglamentos de los consejos de administración de las sociedades.

Una palabra final sobre las sociedades de responsabilidad limitada solamente para recordar que este método de deliberación del Consejo de Administración es admisible siempre que se haga constar así en los estatutos, conocida la amplia libertad estatutaria conferida por nuestro legislador a este tipo social. En principio serán igualmente admitidas las vías de comunicación antes mencionadas en el contexto de la sociedad anónima, salvo aquellas situaciones en que los estatutos las excluyan expresamente o exijan una formalidad única que no contemple estos métodos. Nótese además que no son pocas las ocasiones en que los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada se remiten en bloque a lo dispuesto en la legislación sobre sociedades anónimas a la hora de regular la estructura y funcionamiento del Consejo de Administración, si bien, es lógico pensar que -al igual que en las sociedades anónimas- bien los estatutos o bien el propio Consejo a través de su Reglamento precisen los procedimientos a seguir en la utilización de medios electrónicos a la hora de adoptar acuerdos por escrito sin necesidad de reunión del Consejo.

## **CAPÍTULO V**

### **LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN LA DIVULGACIÓN DE LA INFORMACIÓN POR LAS SOCIEDADES MERCANTILES**

#### **I. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS**

##### **1. Breves consideraciones previas**

A la condición de socio está asociado el derecho de obtener informaciones relativas a los acaecimientos societarios relevantes. Actualmente el derecho de información del socio es entendido en dos sentidos: el “sentido estricto”, por una parte, y el “sentido amplio” o “derecho de información documental”, por otra. La atribución de un derecho con las características del derecho de información resulta del interés que surge por ocasión de una determinada persona asumir la calidad de socio. Es, pues, natural que el socio tenga el interés, sin duda legítimo, en conocer determinados aspectos de la vida societaria que, no raras veces, o mejor diciendo, en la mayoría de las veces, se construye al margen del juicio del socio. Así las cosas, es muy claro que el objetivo del derecho de información del socio se basa en la necesidad de suministrar aquellas informaciones relativas a las decisiones colectivas.

Como se ha enunciado, el derecho a información del socio comprende el “sentido estricto” y el “sentido amplio”. Relacionando el concepto primeramente referido con los preceptos legales, a los efectos que aquí interesan, con los referentes a las sociedades de responsabilidad limitada y, sobre todo, a las sociedades anónimas, es tradicionalmente aceptado que el derecho de información en “sentido estricto” es aquello que resulta de los arts. 196 TRLSC, en lo que concierne a las sociedades de responsabilidad limitada (anterior art. 51 LSRL), 197 TRLSC respecto las sociedades anónimas (anterior art. 112 LSA) y 527 TRLSC y siguientes a propósito de las sociedades cotizadas (antes mencionado en el art. 112.1, *in fine*) los cuáles a continuación analizaremos.



A su vez, el denominado derecho de información en “sentido amplio” o “derecho de información documental” es caracterizado por su naturaleza imperativa decurrente del hecho de la ley imponer la obligación de se colocar a disposición del socio determinadas informaciones documentales, independientemente de este las solicitar o no. En este sentido no está de más recordar que el derecho de información “en sentido amplio” fue especialmente beneficiado por la Ley de sociedades anónimas, y por otras que la completan que, como es sabido, no solo hicieran incidir sobre los órganos sociales la obligación de elaborar y facilitar determinadas informaciones como también permitieran e incentivaran el incremento las herramientas de acceso a información y sobre todo porque intentaran garantizar la fiabilidad de las informaciones transmitidas bajo los principios de buen gobierno de las sociedades y de la transparencia<sup>524</sup>. El “derecho de información documental” encuentra se claramente plasmado en el art. 272 TRLSC, ahora norma común a todas las sociedades mercantiles, (antes 212 LSA; 86 LSRL) que enuncia, en el primero párrafo, que “*las cuentas anuales se aprobarán por la junta general*” y, en el segundo, que “*a partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas*”. De este precepto resulta, por tanto, clarificada la obligación de facilitar, al examen de los socios, determinados documentos que son fundamentales a la fecha de evaluar la situación económica y financiera de la sociedad y, por eso mismo, son el mejor espejo de la bondad de las decisiones del respectivo órgano de administración.

A continuación, pretendemos determinar los límites y el alcance del derecho de información, sobre todo, en su vertiente más estricta, y naturalmente evaluar en qué medida los medios electrónicos influyen en la concretización de este derecho del socio.

Además del derecho de información del accionista, las sociedades anónimas, en especial las cotizadas, tienen que divulgar otro tipo de informaciones, como veremos en seguida. Es fundamentalmente aquí, en la divulgación de información a los *shareholders* y a los *stakeholders*, que las nuevas tecnologías son una más valía de grande utilidad, puesto que su utilización permite que la información sea divulgada a

---

<sup>524</sup> En extenso, *vd.* ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio, *El derecho de información documental del accionista*, Madrid, 2000.

bajo coste y de forma rápida y segura, atungiendo, así, una multiplicidad de destinatarios. Sin duda que tales resultados serán difícilmente alcanzables sin el apareamiento y utilización de las nuevas tecnologías. Sin embargo, su utilización crea algunos problemas jurídicos que, no obstante, se encontraren cada vez más disipados aún deben ser objeto de discusión y apreciación.

La divulgación, por parte de las sociedades anónimas, de la información societaria pública, digamos así, atingió una importancia tal en el mundo normativo que el legislador español, al igual que la mayor parte de los legisladores extranjeros, le dedicó inúmeros preceptos legales. Se puede incluso retirar afloramientos del derecho de información de la Constitución española que en la alinea d, de su artículo 20, reconoce y protege el derecho “*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”. El derecho societario fue, ciertamente, influenciado por el cambio de las políticas de publicidad, en particular con relación con los contenidos de la información y con los medios utilizados para su divulgación. En el derecho societario, concretamente, los cambios referidos influenciaran los modos de tutelar el derecho de información de los socios, en particular, de los accionistas.

El derecho a información del socio que, como se dice, asienta en la legitimidad de los propietarios de la sociedad accedieren a las informaciones que se encuentran en la base de las tomadas de decisiones de gestión y administración de las sociedades, era muchas veces lleno de dificultades al socio normal, es decir, al socio que no tenía conocimientos especiales con relación a determinadas materias, en particular, a las contables. Además, los informes de cuentas tenían también, no raras veces, impresiones muy oportunas a una baja, o nula, supervisión de los actos del órgano de gestión. Todavía, el salto para la obligación de una información adicional en el ámbito del derecho de información del accionista, simplemente se verificó cuando se reconoció a las sociedades anónimas la naturaleza de entes de transcendencia pública. Esta constatación implicaba necesariamente un cambio en la naturaleza de la información divulgada. Cambio aún mayor fue el de percibir que los destinatarios de la dicha información no podrían ser solamente los accionistas sino los potenciales accionistas, es decir, los inversores futuros, los ahorradores, en fin el público en general. En los últimos años, se verificó la tomada de consciencia de que, en las sociedades anónimas cotizadas, el interés del accionista en aplicar sus ahorros en los valores mobiliarios

emitidos por una determinada sociedad no se relaciona con la posibilidad de participar en las decisiones de la dicha sociedad sino en la aspiración a ver su inversión aumentar. Esta realidad, implicó naturalmente que las sociedades tuviesen el interés en divulgar información también para los futuros inversores. De hecho, la valorización de la sociedad depende mucho de la procura que sus valores mobiliarios alcanzan en el mercado. Así las cosas, es muy importante facilitar a todos los potenciales inversores las informaciones determinantes con la decisión de hacer o no su inversión en aquella sociedad, o sea, si tal inversión será o no compensatoria.

En conclusión, podemos referir que existen fundamentalmente dos tipos de destinatarios de la información societaria. De un lado, son naturalmente destinatarios de la información societaria los socios, es decir, los propietarios de la sociedad, que tienen todo el interés en verificar como la gestión de la sociedad es conducida y, de una cierta forma, controlaren la marcha societaria. De otro, la repercusión pública de determinadas sociedades originan la obligación de informaren el mercado de determinados hechos, considerados relevantes, que pueden influenciar el precio de los respectivos valores mobiliarios y consecuentemente pueden determinar compras y ventas de tales valores. La transparencia de la información de este tipo de sociedades es el pilar de la estabilidad del mercado financiero y económico ya que incita en los inversores la confianza necesaria para que no se contengan en el momento de hicieren sus inversiones. La dicha transparencia es asimismo esencial en trabar los fraudes financieros que están, las más de las veces, en el origen de la falta de confianza del mercado, una vez que la información relativa a los hechos relevantes se encontrará a disposición de los analistas y de los inversores y consecuentemente de las respectivas críticas. Ahora bien, las sociedades con mejor conducta financiera serán, por cierto, aquellas que, porque más atractivas, captan más inversores y consecuentemente que se quedan más fuertes y estables en el mercado. Por remate, es sobejamente interesante verificar el trayecto de evolución de la información de las sociedades que, inicialmente más no sería que un derecho de información del accionista por ocasión de su condición de socio y que actualmente se convirtió en una obligación de la sociedad.

La concretización de los heterogéneos objetivos del derecho/deber de información de las sociedades comerciales se queda extremadamente simplificada con la introducción de las nuevas tecnologías.

## **2. La información a los socios antes y durante la Junta General**

Resulta, por lo tanto, de las simples consideraciones iniciales que el derecho de información de los socios puede salir favorecido con la utilización de las nuevas tecnologías. Efectivamente, estas tecnologías van permitir al derecho de información, en todas las vertientes, mayor celeridad y economía. En este punto, vamos focalizar nuestra atención en el derecho individual de socio en particular en aquello derecho que resulta de la convocatoria de la Junta General<sup>525</sup>.

El derecho de información es un derecho individual de los socios que deberá ser ejercido frente a la sociedad compitiendo a los administradores proporcionar las respuestas a las cuestiones planteadas. Son evidentemente los administradores que están mejores preparados para responder a las eventuales cuestiones que los socios pueden plantear. En efecto, tanto las preguntas que inciden sobre los asuntos insertos en el orden del día como, con relación a las sociedades anónimas cotizadas, aquellas que se relacionan con las informaciones enviadas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y disponible al público, están definitivamente inseridas en las funciones de los administradores y, por eso, son estos aquellos que mejor pueden esclarecer cualesquier dudas al respecto.

El derecho de información activo del accionista puede ser ejercitado en el momento previo al de la realización de la junta o durante el respectivo transcurso. Veamos, primeramente, la primera situación.

En lo que concierne al derecho de información del socio previo a la Junta General hay que decir, antes que nada, que presenta dos fases: una, rezúmese a posibilidad del socio tener a su disposición el derecho de examinar determinados documentos e informes; otra, consubstanciase en la facultad de solicitar a los administradores aclaraciones sobre determinadas materias, como mejor especificaremos a continuación, o de formular preguntas.

---

<sup>525</sup> Nótese que en el capítulo III del presente estudio hemos hecho referencia a la información que resulta del artículo 40 de la Ley de modificaciones estructurales y, por lo tanto, allí hablamos de la información en el contexto de junta general. Por ese motivo no vamos ahora volver al asunto.

Como enunciamos arriba, relativamente a las sociedades anónimas es el art. 197 TRLSC (antes art. 112 LSA) que regula el derecho a los accionistas de solicitar de los administradores informes y aclaraciones sobre cualquier asunto constante del orden del día y asimismo formularen por escrito preguntas que entiendan necesarias para la celebración de la junta, hasta el séptimo día anterior al previsto para su desarrollo. La norma ahora en referencia permite a los accionistas solicitar informaciones en dos momentos distintos: uno, como acabado de mencionar, es el anterior a la celebración de la junta; otro, es durante la celebración de la junta y encontrase expresamente declarado en el 2 párrafo de la norma: *“durante la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día”*. Sobre los administradores recae la obligación de respondieren a las solicitudes de los accionistas, con salvedad de las situaciones en que la divulgación de la información solicitada, de acuerdo con el juicio del presidente, perjudique a al interés social. Sin embargo, siempre que la solicitud sea presentada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital social, no podrá ser denegada independientemente de los juicios del presidente. La respuesta de los administradores puede ser facultad verbalmente y, siempre que la ley lo exige, por escrito.

No es muy distinto el régimen del TRLSC sobre el derecho de información de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada. También el art. 196 TRLSC consagra a estos socios el derecho de solicitaren *“por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma”* las informaciones y informes que estimen necesarios sobre los asuntos constantes del orden del día. Tal como señalábamos anteriormente en relación a las sociedades anónimas, también aquí compete al órgano de administración proporcionar la información solicitada siempre que considere que esta no perjudica el interés social, no pudiendo, sin embargo, denegarla siempre que solicitada por socios que representen, al menos, la cuarta parte del capital social. La forma que la ley impone a la respuesta de los administradores es, igual a lo que sucede con las anónimas, oral o escrita consonante el momento y la propia naturaleza de la información solicitada.

Resulta, pues, que, en ambos los tipos societarios, el referido derecho puede ser ejercido desde la convocatoria y sigue siendo admisible durante el transcurso de la

junta, como veremos a continuación. Este derecho solo se queda completo con lo que resulta de los arts 272.2 y 287, ambos del TRLSC (materia anteriormente regulada en los arts. 212.2 y 144, ambos de la LSA y art. 86 LSRL). De acuerdo con estas normas, se posibilita a los socios, cuando se realizan determinadas propuestas de acuerdo, que soliciten de la sociedad los documentos a ellas relativas impuestas por ley, como sucede, por ejemplo, con los informes de gestión y auditoría y con la posibilidad de, ante la propuesta de modificación estatutaria, los socios examinen “*en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos*”.

Es naturalmente el socio el titular del derecho de información y, por lo tanto, no podrá negarse a persona que, en el seno de la junta, lo represente. Sin embargo, y sin pretendernos explorar exhaustivamente esta temática, siempre se dirá que en lo que tañe a los accionistas el ejercicio directo del derecho de información no está agregado a simple condición de accionista. La situación más flagrante, y aquella que más nos importa destacar, toca con los supuestos de limitación del derecho de asistencia, nombradamente con la exigencia de un cierto número mínimo de acciones para garantizar el derecho de asistir a la junta<sup>526</sup>. Ahora bien, el accionista que no goza dl derecho de asistir a Junta General no podrá, naturalmente, ejercer el derecho de información durante el transcurso de la reunión. La cuestión que ahora se plantea es la de saber si será permitido a esto accionista ejercer dicho derecho con anterioridad a celebración de la junta. Pensamos que no. Pese a que el precepto no lo clarifique de forma expresa, creemos que se trata de información preparatoria de la junta y por eso solamente deberá ser facultad aquellos socios que podrá asistir por si mismo a la reunión. Lo dicho, no implica naturalmente que los socios que no pueden por si mismo ejercer el derecho de asistencia a la junta y, afirmamos nosotros el derecho de información, de se agruparen y nombraren un representante que lo ejerza en nombre de todos.

Tratándose este trabajo de analizar la utilización de las nuevas tecnologías en esto ámbito, la pregunta que se impone es la de averiguar de la posibilidad de las

---

<sup>526</sup> Véase aún otras situaciones, como las de usufructo y prenda en que se admite que no compita al propietario el ejercicio de los derechos inherentes al accionista.

cuestiones, aclaraciones y solicitudes a las sociedades se realizaren mediante el uso de tales tecnologías y, por su parte, si las respuestas a los accionistas pueden ser remitidas por esta vía.

De las normas trasladadas no extrae de forma expresa ni que los socios podrán plantear cuestiones, solicitar aclaraciones o el envío de documentos por vía electrónica ni, en contrapartida, que tal medio se les encuentra vedado. Efectivamente, el legislador remite, de nuevo, a libertad estatutaria la correspondiente regulación.

Así las cosas, entendemos que cabe perfectamente dentro del ámbito de las normas legales arriba mencionadas la posibilidad de los socios plantear, y los administradores respondieren, las cuestiones que estimen necesarias al desarrollo de las juntas generales utilizando, a esos efectos, los medios telemáticos.

La Ley solamente impone que, en determinados momentos, la información sea solicitada y proporcionada por escrito<sup>527</sup>. La forma escrita, como aseveramos desde los inicios del presente estudio, puede ser concretizada bien en soporte de papel bien en soporte informático y, por eso, no impide, en el caso concreto de la información, que se utilicen los medios telemáticos.

---

<sup>527</sup> La redacción del art. 196 LSC es más claro que la del art 197 LSC. En verdad, la interpretación de la última norma citada no es exenta de dudas. De la letra del art. 197/1 LSC, en la senda de lo que sucedía con su homólogo de la LSA (art. 112 retirase directamente que los socios que pretendan solicitar informaciones o aclaraciones lo pueden hacer mediante la utilización de cualquier medio y, al contrario, aquellos que lo que quieren es formular preguntas tienen que recurrir al método escrito. Parece casi incoherente que la forma no sea la misma para todas las solicitudes del accionista todavía es la interpretación directa de la ley que lo sugiere. Además, exigir la forma escrita para todas las solicitudes sería interpretar la letra de la ley en perjuicio del ejercicio del derecho de información. Así las cosas, pensamos que con relación a las solicitudes de informaciones o aclaraciones se podrán aplicar en íntegra el raciocinio hecho anteriormente y concluirnos que cualquier medio de comunicación se encuentra a disposición del socio y que la sociedad debe responder a estas solicitudes independientemente del modo como es interpelada a hacerlo, mismo que el método utilizado sea no escrito. Al contrario, relativamente a las formulaciones de preguntas el accionista se ve obligado a lanzar mano del método escrito. Resulta evidente que ese método, desde que cumpla el requisito legal de ser escrito, puede presentar cualquier soporte, incluso el electrónico. En nuestra opinión, no sería exagerado si el legislador exigiese siempre el método escrito, mismo con relación a las solicitudes de informaciones y aclaraciones. En verdad, pensamos nosotros que, además de no ser excesivamente oneroso para el socio, que pretende ejercer su derecho de información, sería igualmente una garantía y uno medio de prueba de la solicitud realizada. Claro que siempre se puede argumentar que esta garantía se encuentra en la posibilidad del socio, que es el principal interesado, que siempre puede, en la tentativa de se proteger, solicitar por escrito cualesquier informaciones y aclaraciones. La verdad es que, sin embargo, las formalidades exigidas por el legislador tienen por objetivo salvaguardar los derechos de aquellos que, en su mayoría, natural y frecuentemente no lo hacen. Puesto esto, pensamos que no sería desapropiado la uniformización de los métodos de solicitar a las sociedades informaciones, aclaraciones y formular cuestiones y somos de la opinión que tal uniformización debería pasar por la imposición de la forma escrita.

Lo que importa ahora descortinar es saber si la utilización de los medios telemáticos depende, o no, de disposición estatutaria. Podemos conjeturar distintas situaciones, en ambos tipos societarios (excluimos aquí las sociedades cotizadas que serán analizadas autónomamente, a continuación): *i)* los estatutos admiten expresamente la utilización de los medios electrónicos, en conjunto con los medios tradicionales; *ii)* los estatutos rechazan por completo la utilización de los medios telemáticos en el ejercicio del derecho a información; *iii)* los estatutos estipulan que el ejercicio del derecho de información se hará solamente a través de los medios telemáticos rechazando los tradicionales medios de comunicación; *iv)* los estatutos son completamente omisos cuantos a utilización de los medios electrónicos en el ámbito del ejercicio del derecho de información de los socios.

- i)* Siempre que los estatutos admiten ambas las posibilidades, tenderemos que atender en la situación en concreto. Así, si el socio solicita la información por escrito en soporte de papel, por ejemplo por medio de carta certificada, la sociedad deberá responder de la misma forma. De hecho si la sociedad admite, en sus estatutos, las dos vías y si el socio optó por una de ellas deberá la sociedad respetar tal opción. Sí, el ejercicio del derecho de información se hace durante la junta oralmente, pero el órgano de administración la proporciona de forma escrita, creemos que competirá a este órgano decidir cuál es la mejor forma de facilitar la información solicitada, desde que tal forma sea adecuada al socio en causa. Es decir, si se trata, por ejemplo, de un socio acostumbrado a comunicar electrónicamente con la sociedad y cuya dirección electrónica es del conocimiento de la sociedad, no vemos razones para que el órgano de administración no pueda usar los medios telemáticos para responder, desde que informe al socio la forma que va a utilizar. Además, la respuesta deberá ser rápida y, como tenemos invocado, los medios electrónicos facilitan muchísimo la rapidez de las comunicaciones. Ante la ausencia de imposición legal en el uso de los medios telemáticos en el ejercicio del derecho de información de los socios, pensamos que cabe en la disponibilidad estatutaria rechazar por completo la utilización de estos medios. Ya apuntamos que la utilización de los medios electrónicos al



funcionamiento de las sociedades mercantiles no deberá, al momento, traducirse en una obligación legal, sino en una facultad. De hecho, en el actual estado de las cosas, los medios tecnológicos no son admisibles a todas las personas, sobre todo porque existen todavía numerosas personas que desconocen cómo funcionan, e excluir los métodos tradicionales imponiendo únicamente los electrónicos podría culminar en el efectivo impedimento del ejercicio del derecho de información por parte de algún (o algunos) socios. Estimamos que futuramente será posible excluir los medios tradicionales pero, al momento, no.

*ii)* Antes la ausencia de imposición legal en el uso de los medios telemáticos en el ejercicio del derecho de información de los socios, pensamos que cabe en la disponibilidad estatutaria rechazar por completo la utilización de estos medios. Ya apuntamos que la utilización de los medios electrónicos al funcionamiento de las sociedades mercantiles no deberá, al momento, traducirse en una obligación legal, sino en una facultad. Además del actual grado de conocimiento en la utilización de los medios tecnológicos no abarcar todas las personas, creemos que deberán ser las sociedades que atendiendo a sus características especiales podrá mejor decidir sobre la utilidad (y posibilidad) o no de estos medios en su funcionamiento. Así nos vemos razones legales para que se impida a las sociedades rechazar, actualmente, el uso de las nuevas tecnologías cuando la ley, como sucede aquí, no lo impone expresamente. Fíjese que incluso en las sociedades cotizadas, donde la ley impone el uso de las nuevas tecnologías, siempre se salvaguarda al socio la posibilidad de exigir la información de forma impresa (es decir, seguir exigiendo la utilización de los medios tradicionales).

*iii)* Contrariamente a lo referido en el punto anterior, creemos que las sociedades no podrán limitar que el ejercicio del derecho de información se haga de forma electrónica, impidiendo el uso de los medios tradicionales. Como mencionamos antes, en el actual estado de las cosas, los medios tecnológicos no son admisibles a todas las personas, sobre todo porque existen todavía numerosas personas que desconocen cómo

funcionan, y excluir los métodos tradicionales imponiendo únicamente los electrónicos podría culminar en el efectivo impedimento del ejercicio del derecho de información por parte de algún (o algunos) socios. Estimamos que futuramente será posible excluir los medios tradicionales pero, al momento, no.

- iv) Sin los estatutos fueren omisos cuanto a la utilización de los medios telemáticos en el ejercicio del derecho de información de los socios, entendemos que estos deberán ser admitidos. La implicación práctica de esta opción es que la sociedad deberá obligatoriamente responder a cualquier solicitud del accionista independientemente de la forma que la reviste (vía postal o electrónica). Además, nótese que no cumplir con esta obligación y frustrarse a las respuestas o envíos de los documentos solicitados importará la nulidad de la junta por violación del derecho de información del accionista. Lo que defendemos asimismo es, ante la ausencia legal y estatutaria, que la sociedad deberá responder siempre a través de la misma forma utilizada en la solicitud de información. Cuando la información se haga oralmente en el seno de la celebración de la reunión y el órgano de administración va a responder de forma escrita, deberá, antes que nada, informar al socio cuál es el medio que va a utilizar para vehicular la información solicitada.

En nuestro entendimiento la utilización de las nuevas tecnologías revístese de elevado interés en el ámbito de la concretización del derecho de información del socio. Las razones son obvias. Permite que el dicho derecho sea ejercido de forma más rápida y barata para la sociedad. Además, el socio tendrá a su disposición métodos más confortables –desde luego porque pueden ser utilizados a partir de su casa- y baratos y consecuentemente más apetecibles. Así, podrá el socio sentir más ganas de intervenir en la vida societaria.

De cualquier de las maneras, véase que la importancia de la utilización de las nuevas tecnologías reside, también, en las situaciones en que se verifica un complemento al orden del día. Como ya analizamos anteriormente, el complemento al orden del día debe ser publicado hasta quince días al día de celebración de la reunión de

la Junta General y, en las sociedades anónimas, los socios podrán solicitar las informaciones que estimen precisas hasta el séptimo día anterior al indicado para la celebración de la junta. Ahora bien, analizar el nuevo orden del día y solicitar las respectivas aclaraciones dentro del plazo indicado será, decididamente, más fácil si se utilizan las nuevas tecnologías<sup>528</sup>.

---

<sup>528</sup> Como decíamos, el mencionado complemento deberá ser publicado con la antelación mínima de quince días con relación a la fecha de la reunión, su pena de nulidad de la junta. Ahora bien, lo esencial que se retira de estos preceptos es que la posibilidad de añadir estos puntos al orden del día solamente se concretiza y efectiva si se providenciar la publicación de los mismos con una antelación que permita, a los restantes accionistas, tomaren conocimiento de los contenidos de los puntos añadidos y pudieren estudiarlos y plantear las cuestiones que resulten pertinentes. El intervalo de publicación impuesto por ley es perfectamente comprensible puesto que no haría sentido que fuera inferior al plazo que, antes de la reforma, se entendía como el mínimo legal para publicar la convocatoria de forma a que esta pudiese cumplir las funciones informativas que le están destinadas. El legislador podría aun así tener sido un poco más audaz y exigir que la publicación del complemento se hiciese en el menor plazo posible desde que respectase el plazo mínimo de intervalo de quince días. Sería una formulación más conforme a la concretización del derecho de información puesto que no conduciría a los administradores a retrasaren la publicación de la información referente a los nuevos puntos hasta el último día. De hecho, lo que se verifica, al final, es que, con relación a los nuevos puntos añadidos y en la grande mayoría de las veces, restan a los socios ocho días para el ejercicio del derecho de información, lo que no es muy largo. Referimos que restan ocho días para el ejercicio del derecho de información una vez que naturalmente en relación a los nuevos puntos añadidos podrán los socios requerir las debidas aclaraciones como sucede relativamente a los puntos del orden del día indicados en la convocatoria inicial. Como referimos arriba, es el mínimo pero no sería anormal que el legislador intentase alargar este plazo. Otra consecuencia que retiramos de las citadas normas es que el incumplimiento del plazo mínimo de los quince días en la divulgación de los nuevos puntos del orden del día implica la completa nulidad de la junta. La importancia de esta norma es elevada, desde luego, porque sin ella lo más probable sería que tal incumplimiento implicase tan solo la nulidad de los acuerdos tomados con relación a los puntos añadidos e ya no con relación a los restantes siempre que, naturalmente, no se verificase la existencia de otras enfermedades en el procedimiento de la convocatoria o en otros requisitos necesarios a la validez de la junta. Bueno, lo que se pretende ahora aquí afirmar es que la consecuencia legal impuesta – la nulidad de la junta – tiene como propósito imposibilitar que los administradores defrauden el debate de los nuevos puntos añadidos al orden del día y consecuentemente la adopción de los acuerdos respectivos. En verdad, si la consecuencia se resumiese a la nulidad de los acuerdos sobre los puntos añadidos compensaría a los administradores, que no quisiesen ver tales acuerdos aprobados, no cumplir las exigencias formales de publicidad. Es, por lo tanto, una medida legislativa tomada a favor de la protección de los accionistas en general y de las minorías en especial. Para que los intentos del legislador no salen frustrados lo lógico es que el complemento a convocatoria sea publicado exactamente mediante los mismos mecanismos exigidos para la publicación de la convocatoria inicial. Para no nos repetirnos traemos a colación las palabras ya proferidas sobre los medios de publicación de las convocatorias de las juntas generales de las sociedades anónimas. Resulta claro entonces que el complemento a convocatoria debe ser publicado en el BORME y conjuntamente en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia y, cuando se traten de sociedades cotizadas, en la respectiva página web. Precísese que el complemento a convocatoria no significa, o puede no significar, la mera publicación de los puntos a añadir al orden del día. Efectivamente es muy probable que incluya o deba incluir otras informaciones esenciales. Véase el ejemplo que tradicionalmente se apunta en esta materia: el punto a añadir consubstancia una propuesta a los estatutos. Ahora bien, como es sabido, siempre que se verifica una propuesta de modificación estatutaria, y conforme a lo indicado legalmente es necesario dar a conocer las modificaciones propuestas publicándose en concreto la propuesta exacta.

### **3. El derecho especial de información de las sociedades cotizadas**

Señalamos, al largo del trabajo, que existe un principio rector en materia de la utilización de las nuevas tecnologías en el funcionamiento de las sociedades mercantiles que, básicamente, remete la admisión de tal utilización para el foro estatutario, no se quedando las sociedades obligadas a introducir en su funcionamiento estos métodos.

Pero, muy especialmente en lo que refiere a las sociedades cotizadas, ni siempre es así. Y no es así porque básicamente resulta expresamente de la Ley -ahora del TRLSC, antes de la LMV- la obligatoriedad legal en la utilización de los medios telemáticos en las sociedades cotizadas. La primera referencia legal que comprueba lo ahora dicho reside en la redacción del art. 528 TRLSC donde podemos leer, en su párrafo 1, que las *“las sociedades anónimas cotizadas deberán cumplir los deberes de información por cualquier medio técnico, informático o telemático, sin perjuicio del derecho de los accionistas a solicitar la información en forma impresa<sup>529</sup>”*.

De todos modos, la apertura, admisión o, a su caso, imposición legal de la utilización de los medios telemáticos en el ámbito de las sociedades cotizadas se revela especialmente en la redacción del apartado 2 de la misma norma que impone a estas sociedades que dispongan de *“una página web para atender el ejercicio, por parte de los accionistas, del derecho de información, y para difundir la información relevante exigida por la legislación sobre el mercado de valores”*. Aunque la obligación legal ahora referida no sea novedosa, puesto que fue heredada de la LMV (art. 117) y se encuentra también expresada en la Directiva 2007/36/CE<sup>530</sup>, no deja de ser importante resaltar que, en el año de 2010, a través de la Ley 12/2010 de 30 de junio, el legislador

---

<sup>529</sup> Los deberes de información referidos en el art. 528 LSC son los que van mencionados en el art. 527 LSC que menciona que *“hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas de una sociedad cotizada, además de poder ejercitar el derecho de información sobre los asuntos comprendidos en el orden del día, podrán solicitar informaciones o aclaraciones o formular preguntas por escrito acerca de la información accesible al público que se hubiera facilitado por la sociedad a la Comisión Nacional del Mercado de Valores desde la celebración de la última junta general”*.

<sup>530</sup> Al propósito léase lo que refiere el considerando 6 de la dicha Directiva: *“Es importante que los accionistas, con independencia de su lugar de residencia, puedan votar con conocimiento de causa en la junta general, o antes de ella. Todos los accionistas deben tener tiempo suficiente para examinar los documentos que vayan a ser presentados en la junta general y determinar el sentido de su voto. A tal fin, es necesario que la junta general se anuncie de manera oportuna y que los accionistas reciban toda la información que se vaya a presentar a la junta general. Deben aprovecharse las posibilidades que ofrecen las tecnologías modernas para hacer que la información esté inmediatamente disponible. La presente Directiva parte del supuesto de que todas las sociedades cotizadas disponen ya de un sitio Internet”*.

la completó y alargó. En efecto, más allá de la obligación legal precedente, la dicha Ley 12/2010 creó el “foro electrónico de accionistas”<sup>531</sup> al añadir al art. 117 LMV un nuevo párrafo. Con la derogación del art. 117 LMV, declarase presentemente en la TRLSC que *“en la página web de la sociedad se habilitará un Foro Electrónico de Accionistas, al que podrán acceder con las debidas garantías tanto los accionistas individuales como las asociaciones voluntarias que puedan constituir, con el fin de facilitar su comunicación con carácter previo a la celebración de las Juntas generales. En el Foro podrán publicarse propuestas que pretendan presentarse como complemento del orden del día anunciado en la convocatoria, solicitudes de adhesión a tales propuestas, iniciativas para alcanzar el porcentaje suficiente para ejercer un derecho de minoría previsto en la ley, así como ofertas o peticiones de representación voluntaria”*.

De la lectura de las normas citadas concluyese primeramente que el legislador hace prevalecer los medios “*técnicos, informáticos y telemáticos*” como vehículo privilegiado para proporcionar la información debida a los accionistas sobre los medios tradicionales. De hecho, refiere la norma que el derecho de información del accionista deberá ser cumplido por cualquier medio técnico, informático o telemático, sin embargo del socio poder solicitar que la información le llegue de forma impresa. ¿Y si la sociedad facilita la información por un determinado medio electrónico, podrá el socio solicitar que esta sea facilitada por otro medio igualmente electrónico, o queda en la

---

<sup>531</sup> La Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, para su adaptación a la normativa comunitaria, dispone en su Disposición Final Cuarta la modificación del art. 117 LMV añadiéndose, al párrafo 2 del dicho precepto, un nuevo apartado que menciona que *“en la página web de la sociedad se habilitará un Foro Electrónico de Accionistas, al que podrán acceder con las debidas garantías tanto los accionistas individuales como las asociaciones voluntarias que puedan constituir, con el fin de facilitar su comunicación con carácter previo a la celebración de las Juntas generales. En el Foro podrán publicarse propuestas que pretendan presentarse como complemento del orden del día anunciado en la convocatoria, solicitudes de adhesión a tales propuestas, iniciativas para alcanzar el porcentaje suficiente para ejercer un derecho de minoría previsto en la Ley, así como ofertas o peticiones de representación voluntaria”*. Por la misma norma se añade otrosí *“un nuevo apartado cuarto en el artículo 117 de la Ley del Mercado de Valores, pasando a ser apartado quinto el actual cuarto”* que refiere que *“los accionistas de cada sociedad cotizada podrán constituir Asociaciones específicas y voluntarias para el ejercicio de sus derechos y la mejor defensa de sus intereses comunes. Las Asociaciones de accionistas deberán inscribirse en un Registro especial habilitado al efecto en la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Reglamentariamente se desarrollará el régimen jurídico de las Asociaciones de Accionistas que comprenderá, al menos, los requisitos y límites para su constitución, las bases de su estructura orgánica, las reglas de su funcionamiento, los derechos y obligaciones que les correspondan, especialmente en su relación con la sociedad cotizada”*.

disponibilidad de la sociedad elegir el método que entienda más conveniente? Imagínese, por ejemplo que la sociedad utilizó el correo electrónico y el socio prefiere el fax. ¿Podrá exigirlo? Creemos que no. El legislador considera que la sociedad cumplió el derecho de información utilizando cualquier uno de los medios referidos en el art. 528. Lo que permite la norma es que el accionista exija de la sociedad la información en forma impresa. Así, no podrá el accionista exigir otro medio (técnico, informático o telemático) distinto del utilizado por la sociedad, sino exigir la información en forma impresa.

Recuérdese que a los accionistas cabe, con arreglo al art. 527 TRLSC, “*solicitar informaciones o aclaraciones o formular preguntas por escrito acerca de la información accesible al público que se hubiera facilitado por la sociedad a la Comisión Nacional del Mercado de Valores desde la celebración de la última junta general*”. Si la información o documento solicitados por el accionista ya se encuentran publicados en la página web de la sociedad esta no tendrá la obligación de los suministrar (pero deberá informar al socio donde concretamente los podrá encontrar) ni en formato electrónico ni tampoco en forma impresa. Adviértase que de la norma salvaguarda a los socios el derecho de exigir en forma impresa la respuesta a las informaciones, aclaraciones y cuestiones planteadas sobre la información ya accesible al público que fue facilitada por la sociedad y no el envío directo de esta información. En este mismo sentido va la Directiva 2007/36/CE que, en su art. 9.2, apunta precisamente que “*los Estados miembros podrán disponer que no sea necesario responder a una pregunta cuando la información solicitada figure en formato pregunta-respuesta en el sitio Internet de la sociedad*”.

También se deberá considerar cumplido el deber de información de la sociedad cuando esta, confrontada con más que una pregunta igual, decide publicar una respuesta común y publicarla, por ejemplo, en la página web de la sociedad. A su caso, deberá, sin embargo avisar el accionista que solicitó la información donde la publicó<sup>532</sup>.

Una medida extremadamente positiva que el legislador optó por implementar en la TRLSC es, sin duda, el foro de accionistas. El foro electrónico de accionistas fue

---

<sup>532</sup> En este sentido, véase también la Directiva 2007/36/CE que, en el respectivo art. 9/2, apunta que “*los Estados miembros podrán permitir a las sociedades dar una respuesta conjunta a las preguntas de igual contenido*”.

importado de la UMAG, como ya mencionamos, y su aplicación en el ordenamiento jurídico español era ya defendida por algunos expertos<sup>533</sup>. Como indica la norma, el foro de accionista presenta como principal objetivo facilitar la comunicación entre los accionistas, sobre todo, en el momento que antecede la reunión de la Junta General. Aquí, podrá discutir, entre otros asuntos, el orden del día anunciado. De esta discusión podrá salir, por una parte, una posición de fuerza, es decir, los accionistas, después del cambio de opiniones sobre un determinado punto del orden del día, podrán entender que una votación en uno determinado sentido les es más favorable y, por lo tanto, podrán concluir que si todos votaren en el dicho sentido alcanzarán, mismo siendo minoritarios, una votación expresiva y significativa, algo que naturalmente jamás sería posible si no intentasen direccionar, entre si, los votos. Por otra parte, puede resultar del análisis a los puntos del orden del día inicial la necesidad o conveniencia de añadir otros puntos. En el foro se podrán además publicar las dichas propuestas que se pretendan presentar como complemento al orden del día. En este sentido, el foro servirá también como medio de anticipar la publicación del complemento al orden del día y permitir a los socios una información más temprana. Importantísima tarea del foro será, en nuestro juicio, la posibilidad de los socios, a través de su utilización, discutieren posibilidades de alcanzaren porcentajes suficientes para ejercieren un derecho de minoría. Esta posibilidad va, efectivamente, permitir a los socios minoritario una verdadera inclusión en la vida de la sociedad. Es una forma de combatir el absentismo de los socios al proporcionar reales medidas de dar voz a los minoritarios.

---

<sup>533</sup> En este sentido véase RECALDE CASTELLS, Andrés Juan, «Del "Código Olivencia" a la aplicación de la Ley de Transparencia (Un balance provisional-y decepcionante- sobre la reforma del "gobierno corporativo" en las sociedades cotizadas españolas», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 81, Nº 692, 2005 , pags. 1861-1904, aquí página1883.

#### **4. El derecho de información y la asistencia telemática del socio a la reunión de la Junta General**

Comprobamos en el epígrafe dedicado a Junta General que la Ley admite, de forma expresa, la asistencia telemática de los socios de las sociedades anónimas a reunión de la Junta General<sup>534</sup>. Es el art. 182 TRLSC que admite que las sociedades anónimas prevean en sus estatutos la posibilidad de la asistencia telemática. La misma norma, admite que las sociedades estipulen las reglas necesarias al buen desarrollo de las juntas con asistencia telemática, referenciando particularmente que los estatutos pueden determinar “*las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta*”.

La grande diferencia entre lo propuesto por el art. 182 TRLSC y lo definido en el art. 196.2 TRLSC (que recuérdese determina que el derecho del accionista debe ser satisfecho durante la celebración de la junta y solamente en “caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguiente al de la terminación de la junta”) es obvia. Así, mientras en el primero precepto el legislador sugiere que las sociedades podrán (no impone y por eso las sociedades podrán determinar de forma diferente) determinar, desde luego, que cualquier pregunta formulada por el asistente telemático sea respondida durante los siete días siguientes, en el segundo precepto determinada que la satisfacción del derecho de información deberá ser inmediata siempre que posible<sup>535</sup>.

---

<sup>534</sup> Comprobamos igualmente que, no obstante la ley no lo referir de forma expresa, los socios de las sociedades de responsabilidad limitada podrán, en la medida que los estatutos así lo estipulen, ejercer esos derechos también de forma telemática. Véase capítulo III, título II, punto 7.1.

<sup>535</sup> En extenso, vd. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa, *El derecho de información del accionista en la sociedad anónima*, McGrawHill Madrid, 1999; FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria, «El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 22, 2004, páginas 87-113; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa, «El derecho de información del accionista e instrumentos y obligaciones de información de la sociedad», *Revista de derecho de sociedades*, 2005, páginas 19-46. Republicado en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas – Revista de Derecho de Sociedades (10 aniversario)*, Tomo I , Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, páginas 329-374; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa, «El derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día de asistencia telemática del socio a la Junta General», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 26, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, páginas 39-57.



En un primer abordaje, parece que los contenidos de las dos normas, arriba referidas, son contradictorios. Así las cosas, es natural que el esfuerzo interpretativo pase por intentar coadunar los contenidos de ambos los preceptos, desde luego porque una, el art. TRLSC, presenta carácter especial (dedicado solamente aquellas situaciones) y, al que aquí importa, meramente indicativo y la otra, el art. 197 TRLSC, tiene carácter general y pretende salvaguardar el derecho de información de los accionistas.

La verdad es que, en lo que concierne al ejercicio del derecho de información del accionista durante la junta, resultan algunas disimetrías entre ambos los artículos. De hecho, si las sociedades aplicaren en sus estatutos las indicaciones del art. 182 TRLSC, los accionistas que asisten telemáticamente a las juntas y que en el respectivo transcurso pretenden ejercer el derecho de información solamente verán sus dudas esclarecidas en los siete días siguientes a la junta. La regla ahora mencionada no es más que la excepción consagrada en el párrafo 2 del art. 197 TRLSC que, como vimos, impone que los administradores respondan de inmediato a las preguntas de los accionistas, con salvedad de las situaciones en que no es posible satisfacer la pretensión (derecho) del accionista en que, a su caso, los administradores se quedan obligados a facilitar la información solicitada por escrito dentro de los siete días después de terminada la junta. Ahora bien, lo que se concluye de inmediato es que el tratamiento excepcional dado al accionista físicamente presente en la junta es el tratamiento regla consagrado para los accionistas que asisten a la reunión de forma telemática. Esta disimetría no es ciertamente favorable ni deseable porque además de poder desmotivar los accionistas a participaren mediante la utilización de los medios tecnológicos, traduce una violación del principio de igual de trato del accionista (art. 97 TRLSC). Apuntamos aquí distintas veces que, percibimos que, en determinadas ocasiones, tengan de existir algunas diferencias entre las presencias físicas y las presencias telemáticas. De hecho, ni siempre es técnicamente posible un tratamiento rigurosamente igual entre ambas las situaciones. Esas diferencias, pese el hecho de no ser lo deseable, son por veces la única manera de se admitir la participación telemática de los socios. Pero no es ciertamente lo que pasa con el precepto en análisis. Efectivamente, aquí es el legislador que incentiva o, al menos, propicia la diferencia de tratamiento mismo cuando ella no se torna necesaria. De la lectura directa del precepto resulta que los administradores tienen que

responder a los accionistas “*durante los siete días siguientes a la junta*” y no en el propio momento de la celebración de la junta.

Por todo ello, pensamos que el art. 182 TRLSC debería seguir el mismo principio que está consagrado en el art. 197 TRLSC, incentivando a que (o mismo obligando) los estatutos definiesen que las respuestas deberían, siempre que posible, ser facultadas en el momento de la celebración de la junta.

El problema que se plantea a continuación préndese con la exigencia de la forma escrita. Es decir, en el aludido art. 182 TRLSC el legislador sugiere que los estatutos podrán determinar que las dichas respuestas se hagan por escrito dentro del plazo de los siete días. Apuntamos la nuestra discordancia con el momento de la satisfacción del derecho de información sugerido por el legislador. Apuntamos ahora, nuevamente, discordancia con la forma escrita igualmente sugerida. Pese a que se trate de un problema que tiene solución relativamente sencilla ya que los medios tecnológicos admiten la partilla de ficheros escritos de forma inmediata y, por eso, en términos técnicos sería posible. Ya no sería, probablemente, compatible con la dinámica de la reunión. Es decir, por naturaleza, las comunicaciones entre los intervinientes en la junta no se hacen de forma escrita que será naturalmente más morosa. Es evidente que la nuestra sugestión pasa, de nuevo, por ir buscar la solución al art. 197 TRLSC. Así, ambas las situaciones deberían ser tratadas exactamente de la misma forma, es decir, siempre que las respuestas fueren facultadas durante el desarrollo de la junta serán orales, siempre que, por imposibilidad, fueren facultadas más tarde, serán escritas. El legislador, en su sugerencia (del art. 182 TRLSC), fue más allá de lo necesario, ciertamente en la tentativa de garantizar los derechos de los asistentes telemáticos.

## **5. El derecho de información de los miembros del Consejo de Administración**

La incorporación de las nuevas tecnologías al funcionamiento del órgano de administración fue objeto de análisis en el capítulo anterior de este estudio. Sin embargo, dejamos para ahora las consideraciones al respecto del envío de la información a los consejeros por ocasión de las reuniones del respectivo órgano. Como

dejamos claro ya, la forma y el contenido de la convocatoria para llamar los miembros del Consejo de Administración a la respectiva reunión no se encuentran regulados en la Ley, ni en lo que concierne a las sociedades de responsabilidad limitada, ni a las anónimas. La organización y funcionamiento del Consejo de Administración están remitidos para los estatutos. Significa esto que serán los dichos estatutos a fijar cual la forma que deberá seguir la convocatoria y asimismo la información que la tendrá que acompañar. La verdad es que los consejeros solamente podrán discutir adecuada y seriamente los asuntos en debate se tuvieren las informaciones necesarias al efecto. Como refiere el Profesor GARCÍA VILLAVERDE el derecho de información del consejero presente dos vertientes: por una parte, el consejero, por ocasión del deber de diligencia que sobre el impende, deberá estar siempre informado ya que solamente así estará bien preparado para emitir las opiniones y los votos indispensables a las tomadas de acuerdos del consejo, y, por otra parte, una vertiente de deber específico frente a los socios puesto que el consejero deberá actuar siempre con vista al beneficio del interés social<sup>536</sup>. Más señala VELASCO SAN PEDRO que la función de control incumbida a los consejos de administración, sobre todo de las sociedades cotizadas, solamente se puede verificar de forma efectiva cuando los consejeros disponen de “*toda la información relevante en cuanto a la gestión de la sociedad y, en general, la marcha de los asuntos sociales*”<sup>537</sup>. Esta función de supervisión del órgano de administración es asimismo incentivada por los Códigos Olivencia y Aldama. Que, por eso, refieren la necesidad de los consejeros recibieren las informaciones necesarias a las tomadas de las decisiones en tiempo útil, es decir, con la antelación debida y necesaria al respectivo estudio y asimismo de les ser facultada, siempre que necesario, asesoría en la comprensión de las informaciones enviadas<sup>538</sup>. El Código Unificado recomienda claramente que la sociedad faculte la asesoría a los consejeros y que incluso se responsabilice por los gastos inherentes a la

---

<sup>536</sup> Cfr. GARCÍA VILLAVERDE, «Derecho de información del socio y del administrador (sobre la existencia de un derecho de información de los miembros del Consejo de administración), en CDC, n.º 10, páginas 8-30, especialmente página 7 y siguientes.

<sup>537</sup> Cfr. VELASCO SAN PEDRO, «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros», VVAA, *El gobierno de las Sociedades Cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

<sup>538</sup> En extenso, MATEU DE ROS, Rafael, *El Código Unificado de Gobierno Corporativo – Estudio del informe del grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas aprobado por la CNMV el 22 de mayo de 2006*, Thomson Aranzadi, 2006, página 277.

intervención de expertos externos que conduzcan a la buena comprensión de la información<sup>539</sup>.

Facilitar la información a los consejeros es una verdadera obligación que impende sobre el órgano de administración. Así, aquellos podrán hacer constar del acta de las reuniones que el órgano de administración no cumplió (parcial o totalmente) la respectiva solicitud de informaciones (esta facultad adviene ya del Informe Aldama).

Pese al hecho de la ley nada decir cuanto al envío de las informaciones pensamos que lo más razonable será que estas sigan juntamente con la convocatoria adonde es conveniente que figure el orden del día<sup>540</sup>.

No existen razones para limitar las formas de solicitud de informaciones por parte de los consejeros. Cualquiera forma, desde las tradicionales a las que implican medios técnicos, informáticos o telemáticos, deberá ser aceptada. Si la sociedad fija en los estatutos o en el Reglamento del Consejo de Administración que todos los consejeros deberán utilizar un determinado medio para solicitar informaciones entonces ese comando deberá ser respetado y, pensamos, el Presidente podrá negar el envío de información por otra vía<sup>541</sup>. Si, al envés, la sociedad no fija cualquier medio entonces cualquier uno deberá ser admisible y, a partir del momento que llegue a la sociedad, deberá ser respondido.

Una medida que pensamos ser útil reside en la creación un correo electrónico específico para el Consejo de Administración para que las solicitudes sean enviadas directamente al órgano de administración y puedan ser satisfechas de forma rápida y eficaz. Asimismo pensamos que la creación, en la página web de la sociedad, de un acceso restringido a los consejos adonde estos podrán retirar los documentos necesarios a elucidar los puntos en discusión, será ventajosa, sobretodo porque popará al órgano todos los encargos inherentes al envío de las informaciones y/o documentos a cada uno

---

<sup>539</sup> El Código Unificado recomienda que “*todos los consejeros tengan derecho a obtener de la sociedad el asesoramiento preciso para el cumplimiento de sus funciones. Y que la sociedad arbitre los cauces adecuados para el ejercicio de este derecho, que en circunstancias especiales podrá incluir el asesoramiento externo con cargo a la empresa*” (recomendación 24).

<sup>540</sup> Ya vimos en el capítulo anterior que es el entendimiento general que el orden del día no tiene obligatoriamente que acompañar la convocatoria del órgano de administración.

<sup>541</sup> Naturalmente que quien tiene el cargo de enviar a los consejeros las informaciones es el Secretario del Consejero de Administración. Cfr. MARTÍN DE VIDALES, Mónica, y LÓPEZ-JORRÍN, Álvaro, «El Consejo de Administración de las Sociedades Cotizadas», *La Sociedad Cotizada*, AAVV, Fernando Vives y Javier Pérez-Ardá (coord.), Marcial Pons, 2006, páginas 261-306, en particular páginas 290-291.

de los consejos, delegando en estos los costes y tiempo asociados a las impresiones de los dichos documentos.

Nótese que, la información solicitada por los consejos no les podrá ser negada puesto que la misma es fundamental para que aquellos puedan tomar las decisiones en causa y, por lo tanto, denegar tales informaciones sería obstaculizar a que los consejeros ejerciesen sus funciones debidamente. Así, los consejeros tienen derecho a recibir todas las informaciones relacionadas con los acuerdos que van discutir y asimismo aquellas que se relacionan con actuaciones anteriores al reunión y con eventuales proyectos que el Consejo tenga intenciones de promover<sup>542</sup>. El Código Unificado recomienda que la información, que naturalmente deberá ser completa y veraz, abarque la situación de la empresa y que los consejeros puedan solicitar informaciones adicionales que entiendan ser convenientes a la comprensión de la vida social y útiles al ejercicio de las funciones atribuidas al consejo<sup>543</sup>.

Cuando ni los estatutos ni el reglamento de Consejo de Administración refieren cual es el medio indicado para solicitar informaciones al órgano de administración deberá esto, como indicamos, aceptar cualquier medio utilizado por el consejero. Lo mismo raciocinio creemos que es válido aún que la información solicitada se encuentre disponible al consejero de otra forma siempre que el consejero justifique que no puede o que es demasiado oneroso acceder a información a través de la forma por la cual la sociedad ha hecho la información disponible. Lo mismo es decir que entendemos ser válida la solicitud de información por cualquier medio y, más aún, que la sociedad deberá responder al miembro del consejo a través del modo solicitado siempre que tal vía no se configure desajustada al efecto y siempre que el consejero refiera que no puede acceder a la información que se encuentra disponible mediante otro medio. Creemos que aquí deberemos invocar el principio de la buena fe y las prácticas habituales en estos ámbitos. De hecho, si los consejeros pueden acceder a la información a través de un determinado medio no habrán justificaciones legales para

---

<sup>542</sup> OLÁBARRI, Pablo y BELDA, Rocío, «El estatuto del consejero: derechos y deberes», *La Sociedad Cotizada*, AAVV, Fernando Vives y Javier Pérez-Ardá (coord.), Marcial Pons, 2006, páginas 307-359, en particular páginas 310 y siguientes.

<sup>543</sup> Véase la recomendación 23 del Código que recomienda que “*todos los consejeros puedan hacer efectivo del derecho a recabar la información adicional que juzguen precisa sobre asuntos de la competencia del Consejo. Y que, salvo que los Estatutos o el Reglamento del Consejo establezcan otra cosa, dirijan su requerimiento al Presidente o al secretario del Consejo*”.

imponer a la sociedad que les envíe individualmente a cada uno de ellos las informaciones, con salvedad de las situaciones en que los consejeros invocan imposibilidad en acceder a las informaciones, mismo que sean impedimentos personales – por ejemplo, la información solamente se encuentra disponible en la internet y el consejero no tiene acceso a ella –, o cuando refieren que, por ejemplo, imprimir toda la información será demasiado oneroso para el consejero.

Así las cosas, tomemos como ejemplo una sociedad cuyos estatutos y reglamento del Consejo de Administración son absolutamente omisos cuanto a las vías propias al envío de información a los consejeros. Esa misma sociedad, por ocasión de la convocatoria para la reunión del órgano de administración, deja disponible, incluso con la facultad de descargar e imprimir (si no hay la posibilidad de imprimir la información no entendemos que se encuentre enteramente disponible), la información necesaria a la discusión de los puntos insertos en el orden del día, en un área del internet de acceso restringido a los consejeros. Sin embargo, un determinado consejero solicita por escrito, en soporte de papel, el envío de los documentos por esa misma vía postal. El Presidente del Consejo indica, por escrito, al consejero que la información se encuentra en la página web y, por lo tanto, lo remite para esa ubicación. Creemos que esta información es suficiente y que el consejero no podrá exigir, solamente porque será más comfortable, que las informaciones y documentos le sean enviados por correo postal. Diferentemente, ya pensamos que tal información deberá ser enviada por la vía solicitada si el consejero informar que, no obstante la información se encontrar disponible en la página web, no tiene posibilidad de acceder a ella y, por eso, solicita el respectivo envío. Aquí, el Presidente, asiente sobre todo en el deber de facilitar la información a todos los consejeros y promover el bueno funcionamiento del órgano, deberá hacer llegar la información y documentos por la vía solicitada.

Sentado lo anterior, no tenemos dudas que la utilización de las nuevas tecnologías es perfectamente admisible en el ámbito de la solicitud de informaciones y documentos y del respectivo envío, por ocasión de las reuniones del Consejo de Administración. Las palabras precedentes serán válidas tanto para las sociedades anónimas cuanto para las sociedades de responsabilidad limitada.

## **II. LA DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN FINANCIERA DE LA SOCIEDAD**

### **1. Planteamiento general y marco normativo**

Las nuevas tecnologías tienen un importante papel también en lo que concierne a la divulgación de la información financiera de las sociedades<sup>544</sup>.

Cuando hablamos aquí en información financiera englobamos, por una banda, las materias relacionadas con la información financiera en sentido estricto, es decir, el informe de cuentas, información financiera resumida, mensaje del presidente a los accionistas, principales acontecimientos y informe de gestión y, por otra banda, materias relacionadas con la información financiera en sentido lato, como es el caso del contenido de la evolución financiera y económica (balance general, estado de evolución del patrimonio neto, estado de resultados, estado de flujo de efectivo) y de los informes de los exámenes a la información financiera (informes de los auditores, por ejemplo)<sup>545</sup>.

Son naturalmente las empresas norteamericanas, las de los Estados Unidos, aquellas que lideran las iniciativas, desde hace mucho años, de publicar y divulgar información financiera a través de las nuevas tecnologías. En la realidad, en el año de 1996, más de 80% de las 150 mayores empresas de los Estados Unidos publicaban información financiera en los respectivos *web sites*<sup>546</sup>. En el continente Europeo innumerables empresas temprano siguieron el referido ejemplo especialmente las de los países del norte y centro de la Europa, como Alemania, Inglaterra, Francia y Holanda. Al contrario, los países del sur y este de la Europa fueron un poco más tardíos en la aplicación de las nuevas tecnologías a la difusión de la información financiera. Todavía las grandes empresas percibieron muy rápidamente que la cuestión dejara de ser: “*vamos o no divulgar información financiera en la Internet*” para ser “*cuando y como iremos divulgar tal*

---

<sup>544</sup> Véase al propósito de los canales técnicos, informáticos y telemáticos de información y transparencia, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, «Régimen jurídico de la información y la transparencia», *Sociedad Cotizada*, FERNANDO VIVES Y JAVIER PÉREZ-ARDÁ, Marcial Pons, Madrid, 2006, página 741 y siguientes.

<sup>545</sup> Sobre la noción de información financiera *vd.* ABAD VALDENEBRO, Eduardo, «La información financiera de las sociedades cotizadas», *Sociedad Cotizada*, FERNANDO VIVES Y JAVIER PÉREZ-ARDÁ, Marcial Pons, Madrid, 2006, página 785 y siguientes.

<sup>546</sup> Cfr. ROBERTO; José Gonçalves, «Relato tradicional versus o relato numa forma electrónica», *Revisores e Empresas*, ano 4, n.º 17, Lisboa, 2002, página 16.

información” y, más importante, “cuál deberá ser el contenido en concreto de la información divulgada”.

Son distintas las ventajas que las empresas encuentran en fornecieren información financiera mediante la utilización de las nuevas tecnologías. Resaltase, desde luego, la fácil accesibilidad en informar el mercado de las condiciones financieras y de los resultados económicos que alcanzan periódicamente.

Esta forma de informar el mercado es particularmente peculiar porque contiene, entre otras, dos características fundamentales y difícilmente alcanzables con la utilización de otras herramientas, como el papel: por un lado el bajo coste, pues que los gastos de impresión y distribución de la información son completamente eliminados<sup>547</sup> y, por otro, la posibilidad de mantener informaciones siempre actualizadas<sup>548</sup>.

Las informaciones divulgadas por las sociedades son preciosas y asumen una importancia extrema ya que pueden resultar en la manutención y sobre todo captación de inversores que, como es sabido, apostan fundamentalmente en los resultados actuales y, en especial, en aquellos que son fundadamente esperados<sup>549</sup>. También no deberemos desconsiderar el interés de los socios en este tipo de información pues que, por se encontrar más accesible y transparente, será objeto de mayor supervisión y vigilancia.

Tejidas las consideraciones iniciales sobre la temática en análisis avancemos, sin más demoras, para el estudio de las normas que reglamentan estos asuntos.

Las normas que regulan la información financiera obligatoria que las empresas cotizadas deben facultar a los mercados de valores toman como punto de partida el modelo de transparencia adoptado en los Estados Unidos y materializado en la Ley *Sarbanes-Oxley*. El ordenamiento jurídico español empezó a recibir los dichos comandos normativos en los distintos Informes de buen gobierno corporativo, nombradamente, el Informe Olivencia y el Informe Aldama. En efecto, los citados informes acatan, muchas veces, los imperativos legales de aquello modelo estadounidense lo que es particularmente evidente en lo que se refiere a información

---

<sup>547</sup> Eliminados o transferidos al utilizador que puede imprimir directamente la información enviada o, en alternativa, puede guardarla en su ordenador, desde que haya permisión de *download* de la página web adonde está domiciliada la información.

<sup>548</sup> Lo que naturalmente implica una constante manutención del *web site*. Es verdad que esta manutención puede salir un poco dispendiosa pero seguramente que trae compensaciones muy mayores.

<sup>549</sup> En extenso *vd.* CRESPO RODRÍGUEZ, Miguel y ZAFRA JIMÉNEZ, *Transparencia y buen gobierno: su regulación en España*, La ley, Madrid 2005.



financiera. Como es sabido, los conceptos legales que abarcan la temática de la transparencia y asimismo las recomendaciones de los informes de buen gobierno potencian sobremanera el uso de las nuevas tecnologías como herramienta fundamental para concretizar y facilitar la difusión de información a los mercados y también el ejercicio del derecho de información de los socios<sup>550</sup>. Resulta igualmente de las aludidas recomendaciones la necesidad de crear nuevos instrumentos con el objetivo de promover la transparencia de los mercados y crear el deseado clima de tranquilidad elevando la credibilidad y confianza de los llamados *shareholders* y *stakeholders*, principalmente en lo concerniente a las sociedades anónimas cotizadas. Así sucedió, por ejemplo, con la creación del Informe anual de buen gobierno adonde las sociedades tendrán que divulgar distintas informaciones de su gestión. La importancia de la exigencia del informe es suprema tanto para los socios actuales como para los potenciales inversores. En hecho, de la lectura de estos informes se podrán retirar conclusiones preciosas acerca de la conducta y estrategia de gestión de la sociedad y esta transparencia favorece naturalmente la confianza y la estabilidad de los mercados. A la par del informe de buen gobierno también se verificó un significativo aumento del conjunto de derechos incorporados en el derecho de información de los accionistas. Así sucede por ejemplo con la posibilidad concedida al accionista de plantear y dirigir cuestiones al Consejo previamente a la celebración de la Junta General.

Estas medidas, de elevado interés para el capítulo ahora en estudio, resultaran, en larga medida, las consideraciones sentadas el Informe Winter y el Plan de Acción sobre el Derecho Societario Europeo y fueran materializadas y concretadas en el ordenamiento jurídico español con la ayuda principalmente de los siguientes instrumentos normativos que, a continuación, iremos analizar: Informe Olivencia y Aldama, Ley 44/2002, de medidas de reforma del sistema financiero, Ley 26/2003, de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, Circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores 1/2004, de 17 de marzo, 2/2007, de 19 de diciembre, 4/2007 y 5/2007, de 23 de diciembre, y 1/2008, de 30 de enero, Código Unificado de Buen Gobierno y, entre otros decretos, el Real Decreto 1333/2005 y 1362/2007. El trabajo

---

<sup>550</sup> No vamos analizar en este estudio la responsabilidad civil por la difusión de la información engañosa puesto que un análisis profundizado y cuidado de esta temática exige un tratamiento autónomo. Sin embargo, a respecto de este asunto en particular véase, IRIBARREN BLANCO, Miguel, *Responsabilidad civil por la información divulgada por las sociedades cotizadas – su aplicación en los mercados secundarios de valores*, La Ley, monografía n.º 2, Revista de Mercado de Valores, 2008.

legislativo sobre esta temática no estañó con la aprobación de los documentos citados. En verdad, muy recientemente, en 27 de noviembre de 2009, el Consejo de Ministro ha aprobado el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible que pretende fomentar la recuperación económica. Bien percibió el legislador que la dicha recuperación económica depende, entre otras ocurrencias, que se verifique el fomento de la competitividad, el fortalecimiento de la supervisión financiera y el refuerzo de la transparencia de la información de las sociedades anónimas cotizadas.

Las recomendaciones del Informe Winter y del Plan de Acción tienen por objetivo crear un derecho comunitario en materia societaria. De sus líneas generales concluimos, desde luego, que existe una clara preferencia por la autorregulación así como se verifica en el Informe Olivencia y asimismo en el Aldama. Cualquiera de estos diplomas refleja los ecos de los escándalos financieros que ocurrieran por esa fecha y, sobre todo por eso, conceden una grande relevancia a los deberes de información lo que se convirtió, por ejemplo, en la obligación de las sociedades divulgaran datos relativos a su rendimiento financiero y sus prácticas de buen gobierno con el objetivo claro de disuadir las prácticas de comportamientos contrarios a las buenas reglas de gobernación, particularmente en lo concerniente a las sociedades cotizadas. Las innovaciones tecnológicas fueran asimismo una preocupación bien patente en las recomendaciones de los referidos informes lo que resultó en la creación de la obligación de las sociedades cotizadas mantuvieren información actualizada sobre la sociedad en su *website*. Las sociedades no cotizadas podrán, naturalmente, hacerlo siendo cierto que no se trata de una obligación sino una facultad. Verificase, pues, que existe una preocupación en que las sociedades presten informaciones sobre las estructuras de control interno y el funcionamiento de los órganos. La transparencia de la información financiera es considerada por la primera vez como uno pilar extremadamente importante al desarrollo económico. Las propuestas fueran en el sentido de las sociedades cotizadas incluyeren en sus cuentas anuales un informe referente a las prácticas de buen gobierno aplicadas a la sociedad en cuestión (esta recomendación se encontraba ya plasmada en la recomendación número 23 del Código Olivencia). Este informe debe aún hacer mención al funcionamiento de la junta, del consejo y de las demás comisiones delegadas, entre otros asuntos. Esta orientación adviene, además del Informe Winter, del artículo 37 de la Ley 44/2002 y del Informe Aldama. También se encuentran en sintonía las

sugerencias sobre la responsabilidad por el cumplimiento de la obligación de emitir el Informe Anual de Buen Gobierno ya que, tanto el Informe Winter como el Informe Aldama (página 13 y siguientes), entienden que debe recaer sobre todo en el Consejo de Administración. Para una efectiva transparencia se hizo la recomendación de la remuneración de los administradores conste de las cuentas anuales de la sociedad y sea objeto de discusión y votación separada en la Junta General. Sobre este asunto y en la misma línea que el Informe Winter, en la Recomendación 15 del Código Olivencia se propone que la remuneración individual de cada administrador se identifique en las cuentas de la sociedad. Se pronunció, sobre el mismo, el Informe Aldama todavía de forma un poco más suave pues que admite una adaptación progresiva a divulgación de los datos. Fue necesario flexibilizar un poco el principio porque en la práctica fue una medida que no obtuve una buena aceptación. Así, en el Informe Aldama se ha intentado alcanzar una solución de equilibrio entre todos los interés en juego y se propuso que se divulgasen datos agregados en vez de individualizados. Otra sugerencia importante que ha tenido su origen en el Informe Winter que, una vez más, fue ciertamente influenciada por los escándalos financieros de aquella época, se ha traducido en aconsejar que el derecho comunitario consagrarse la regla de de la responsabilidad colectiva de los consejeros por el carácter verdadero, exacto y fidedigno de las informaciones de naturaleza financiera y no financiera divulgada por las sociedades, con salvedad para determinados casos que podrían tener responsabilidad específica. Además considera el Informe Winter que se deberían establecer sanciones por la prestación de informaciones engañosas. Teniendo en cuenta la línea trazada por los dichos Informes no es de extrañar que se tengan asimismo debruzado sobre el papel de los auditores exigiendo, por ejemplo, que la responsabilidad sobre la supervisión de las auditorías de cuentas de una sociedad deberá estar delegada en una comisión – la llamada Comisión de Auditoría – compuesta por administradores externos que sean en su mayoría independientes. En consonancia con esta recomendación siguió el artículo 47 de la Ley 44/2002.

El resultado normativo de los Informes apuntados resultó, desde luego, en la alteración del art. 112 LSA (actual art. 197 TRLSC) en orden a reforzar el ejercicio del derecho de información de los socios. Con la dicha alteración se amplió sustancialmente el abanico de materias que puede ser objeto del ejercicio del derecho de información, permitiendo-se, por ejemplo y como ya señalamos anteriormente, que los socios

formulen preguntas por escrito previamente a la celebración de la junta, y durante su desarrollo, sobre los asuntos constantes del orden del día, y si se trata de una cotizada, las cuestiones pueden abarcar toda la información que la sociedad haya facilitado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, desde la realización de la última Junta General y que se encuentre accesible al público.

La llamada Ley de transparencia introduce asimismo otras novedades<sup>551</sup>. Una de ellas reside, por ejemplo, en la divulgación de los pactos parasociales que “*incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas*” (cfr. arts. 518 y 519 TRLSC). Estos pactos deberán ser publicados como hechos relevantes<sup>552</sup> (art. 519/3 TRLSC). Sin embargo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a solicitud de los interesados, podrá dispensar la obligación de la sociedad divulgar los aludidos acuerdos parasociales cuando la respectiva divulgación pudiere originar un daño gravoso a sociedad (art. 523 TRLSC)

Refiérase, *en passant*, que también los deberes de los administradores son objeto de reglamentación de la Ley de transparencia. En efecto, el art. 232 TRLSC (antes 127 quáter LSA) refiere que los administradores deben guardar secreto de las informaciones revestidas de naturaleza confidencial. En verdad, impende sobre los administradores la obligación de guardaren reserva de las informaciones que hayan tomado conocimiento en el ámbito del ejercicio de sus funciones. El precepto ahora en vigor tuvo su origen en la Ley de Transparencia (que resultó en la introducción del dicho art. 127 quáter) y pretendió, sobre todo, precisar el entendimiento común sobre el derecho de lealtad de los administradores al evidenciar que el deber de secreto abarca todas las informaciones y datos, positivos o negativos, independientemente del soporte en que los mismos se materializan<sup>553</sup>.

---

<sup>551</sup> En extenso *vd.* REMÓN PEÑALVER, Jesús, «La ley de transparencia y el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas», *Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, páginas 2004, 448 a 469.

<sup>552</sup> Sobre los órganos y las personas que quedan obligadas a comunicar los hechos relevantes a Comisión Nacional del Mercado de Valores *vd.* PALA LAGUNA, Reyes, «La obligación de información del Consejo a los mercados: folletos y hechos relevantes», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, 10.º aniversario de la *Revista de derecho de sociedades*, Aranzadi, 1ª edición, 2005, página 1291 a 1316, en particular páginas 1309 y 1310.

<sup>553</sup> A pesar de los intentos del legislador se trata de una norma que, en la visión de ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ “*no es un modelo de claridad, ni e depurada expresión terminológica y correcta sistemática*”.

Es asimismo importante resaltar que la exigencia legal de mayor protección del derecho de los accionistas y la consecuente transparencia informativa han conducido a la institución del “administrador de derecho” de la sociedad sobre el cuál imponden responsabilidades por los daños que cause a sociedad en la secuencia de la práctica de actos contrarios a la ley e/o a los estatutos sociales<sup>554</sup>.

La importancia concedida a esta temática es de tal orden que, en el año de 2003, la *Fundación de Estudios Financieros* creó el *Observatorio del Gobierno Corporativo y Transparencia Informativa*. El dicho Observatorio tiene como misión evaluar el estadio de evolución de buen gobierno corporativo de las sociedades y el grado de transparencia de su información. Desde hace cuatro años que el Observatorio ha recogido y analizados los datos de los Informes de buen gobierno de 135 empresas cotizadas españolas retirando conclusiones muy interesantes acerca de la implementación y evolución de las prácticas de buen gobiernos en las empresas objeto de análisis<sup>555</sup>.

Las conclusiones que resultan del análisis llevado a cabo por el Observatorio son sorprendentes. Una comparación entre los distintos Informes de valorización de gobierno corporativo es suficiente para percibirnos que la implementación de las reglas de buen gobierno son cada vez más y mejor implementadas en el funcionamiento de las sociedades. Actualmente, de acuerdo con los datos apurados en el Informe de valorización de gobierno corporativo de 2008, al menos, 73% de las 58 recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno son enteramente cumplidas por las sociedades. Además, se atendernos solamente a las sociedades del INEX ese porcentaje es aún superior. Un 9% de las recomendaciones son cumplidas aún que de forma parcial. Así las cosas, resulta obvio que es bastante elevada la aceptación de las recomendaciones acogidas en el Código Unificado. Las mejoras son, en las palabras

---

Cfr. GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, «El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de sociedades anónimas por la Ley de transparencia», en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas, 10 aniversario de la Revista de derecho de sociedades*, Aranzadi, 1ª edición, 2005, páginas 991 a 1020, en particular página 1002.

<sup>554</sup> Cfr. GANDÍA CABEDO, Juan Luis y ANDRÉS PÉRES, Tomás, *e-gobierno corporativo y transparencia informativa en las sociedades cotizadas españolas: un estudio empírico*, Dirección de estudios y estadísticas, monografía n. 8, febrero 2005, in [http://www.cnmv.es/publicaciones/Mon2005\\_8.pdf](http://www.cnmv.es/publicaciones/Mon2005_8.pdf).

<sup>555</sup> Esto tratamiento de datos se queda al cuidado del Profesor RAFEL CRESPI y de su equipo.

extraídas del propio Informe, “significativas” y “han influido positivamente en la valoración ponderada que el Observatorio realiza de las prácticas de las empresas”<sup>556</sup>.

No podemos concluir este planteamiento general y marco normativo sin dedicar una nota particular a la Ley Sarbanes-Oxley para referir que, como es sabido, se trata de una Ley verdaderamente revolucionaria en el campo del gobierno corporativo. Es costumbre referir que la SOX, como también es conocida, marca el inicio de una nueva etapa para las sociedades que cotizan en el mercado financiero estadounidense<sup>557</sup>. De hecho, fue con este diploma que las reglas de conducta ética, incluyendo las relativas a la transparencia de la información financiera, dejan los límites de la voluntariedad y entran en el ámbito de la obligación legal cuyo incumplimiento acarrea penalizaciones. Con el objetivo de alcanzar un mayor elevado grado de fiabilidad en las conductas societarias la dicha Ley, además de punir el incumplimiento de determinadas reglas, creó un sistema de control interno.

En términos de metodología se trata de una Ley que parte de la revisión de los principios de gobierno corporativo en especial de aquellos que están relacionados con la verificación, adecuación y divulgación de información financiera. La misma Ley hace recaer responsabilidades individuales sobre determinadas personas como es el caso del llamado *Chief Executive Officer* y del *Chief Financial Officer* siempre que no cumplen las obligaciones de adecuar la información financiera a la Ley, entre otros incumplimientos. Fue igualmente la SOX que implementó los sistemas de alerta profesional, conocidos por siendo los mecanismos de *whistleblowing*. Se trata de canales de denuncia, anónimos y sigilosos, que visan el propósito de incentivar los colaboradores de las sociedades a denunciar las malas prácticas contables y financieras y los fraudes que puedan conocer.

---

<sup>556</sup> Cfr. Informe de valorización de gobierno corporativo de 2008, disponible en la siguiente página web: <http://www.jfarmesto.com/documentos/Informe%20de%20Valoraci%C3%B3n%20de%20Gobierno%20Corporativo%202008.pdf>.

<sup>557</sup> Cfr., PRICEWATERHOUSECOOPERS, *The Sarbanes-Oxley Act of 2002: Strategies for Meeting New Internal Control Reporting Challenges: A White Paper*, 2002, pág. 2. Vd. en extenso, PRICEWATERHOUSECOOPERS, *The Sarbanes-Oxley Act of 2002: Understanding the Independent Auditor's Role in Building Public Trust: A White Paper*, 2003; PRICEWATERHOUSECOOPERS, *The Sarbanes-Oxley Act: Section 404 – Practical Guidance for Management*, 2004. Disponibles en <http://www.pwc.com/>.

De acuerdo con MORALES el contenido de la SOX asienta en seis pilares fundamentales: más y mejores exigencias en la calidad de la información pública y en los pormenores informativos publicados (visible, por ejemplo, en las secciones 302, 401, 404 y 409); refuerzo de las responsabilidades en el gobierno corporativo de las sociedades (patente, entre otras, en las secciones 204, 301 y 407); aumento de las exigencias de responsabilidad en las temáticas de la gestión indebida de información confidencial (véanse las secciones 303, 403, 406 y 806); aumento de la supervisión (visible, además, en las secciones 101, 102, 104, 108, 109, 407 y 408); agravamiento del régimen sancionatorio aplicable a los incumplimientos decurrentes de las obligaciones que establece (evidente, al menos, en las secciones 105, 304, 802, 804, 906 y 1102) y aumento de la exigencia de la real y efectiva independencia de los auditores (manifestado en las secciones 201, 202, 203 y 206, entre otras)<sup>558</sup>.

En España el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, impulsado por la Recomendación de la Comisión Europea que, a su vez, se ha inspirado en los acaecimientos ocurridos en los Estados Unidos y anteriormente citados, *“recomienda que las sociedades cotizadas recomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de mecanismos de esa naturaleza, que protejan la identidad del denunciante e incluso, si se considera oportuno, permitan su anonimato. El Código parte de que tales mecanismos se destinarán preferentemente a la denuncia de irregularidades financieras y contables y, sobre todo, que respetarán escrupulosamente las limitaciones en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”*<sup>559</sup>. El Código Unificado recomienda, así, que las sociedades incluyan en sus sistemas de control interno el *whistleblowing*. Ciertamente que el fin de la recomendación del Código Unificado no es crear la obligación de la denuncia sino la posibilidad garantizándose que el colaborador que lo

---

<sup>558</sup> Cfr. MORALES, J. D., *La Ley Sarbanes-Oxley y la Auditoría*, Ernst&Young, España.

<sup>559</sup> Sobre la utilización del sistema de alertas profesional y de su conflicto con la protección de datos personales, en el régimen francés, véase la reciente sentencia del *“Tribunal de grande instance de Caen – Ordonnance de référé 05 novembre 2009”*. De acuerdo con la decisión del referido Tribunal el sistema de alerta profesional de la sociedad *“Benoist Girard”* no se encontraba de acuerdo con la *“Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés”* (modificada en agosto de 2004) ni con la *«Autorization unique n. AU-004 – Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorization unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d’alerte professionnelle»* de la Commission nationale de l’informatique et des libertés. Para un conocimiento más completo del caso, la sentencia integral se puede leer aquí [http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php?id\\_article=2766](http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php?id_article=2766).

hace no se quede perjudicado y asimismo que las personas objeto de la denuncia se puedan defender.

## **2. Obligación de difusión de información relevante**

Por lo anterior dicho bien se puede concluir que el correcto funcionamiento de los mercados de valores depende muchísimo del grado de transparencia de información divulgado por las sociedades cotizadas. Con el objetivo de promover la llamada plena transparencia, o si se preferir la *full disclosure*, la ley impone un conjunto de deberes de difusión pública de información, conocido por la expresión “*información regulada*”. Entonces, el flujo de información financiera de las sociedades anónimas, y bien así otros emisores de valores o instrumentos financieros, que continuamente llega al mercado es impuesto por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y por las respectivas normas de desarrollo.

A este respecto, refiérase que una de las principales obligaciones informativas que inciden sobre los emisores reside en la exigencia de estos elaboraren un folleto informativo, siempre que ofrecen para suscripción al público valores o instrumentos financieros y asimismo siempre que solicitan la admisión a negociación en un mercado secundario oficial. Ahora bien, el objetivo de los dichos folletos es bastante claro: permitir que los potenciales interesados en adquirir los productos financieros ofrecidos por los emisores tengan los datos suficientes para pudieren evaluar la situación económica-financiera del emisor y consecuentemente se será, en su óptica, un negocio potencialmente próspero<sup>560</sup>.

---

<sup>560</sup> A este respecto, véase los preceptos 27 a 30 *bis* de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, todos con última redacción de 2005 (Real Decreto-ley 5/2008, de 11 de marzo), con salvedad del art. 30 *bis* que fue alterado por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, que “*cuando se trate de colocación de emisiones contempladas en las letras b, c, d y e de este apartado, dirigidas al público en general empleando cualquier forma de comunicación publicitaria, deberá intervenir una entidad autorizada para prestar servicios de inversión a efectos de la comercialización de los valores emitidos*”. Las letras b, c, d y e referidas mencionan, concreta y respectivamente, “*una oferta de valores dirigida a menos de 100 personas físicas o jurídicas por Estado miembro, sin incluir los inversores cualificados*”; “*una oferta de valores dirigida a inversores que adquieran valores por un mínimo de 50.000 euros por inversor, para cada oferta separada*”; “*una oferta de valores cuyo valor nominal unitario sea al menos 50.000 euros*” y “*una oferta de valores por un importe total inferior a 2.500.000 euros, cuyo límite se calculará en un período de 12 meses*”.



Veamos ahora analizar cuáles son las implicaciones asociadas a la admisión, de valores, a negociación en un mercado secundario. Ahora bien, la dicha admisión obliga el respectivo emisor a periódicamente difundir y publicar determinadas informaciones. Será la Comisión Nacional del Mercado de Valores la entidad responsable por la supervisión y control de la obligación ahora referida. Así las cosas, prescribe el párrafo 1 del art. 35 de la LMV, según la redacción de la Ley 6/2007, de 12 de abril, que “*cuando España sea Estado miembro de origen*<sup>561</sup>, los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, harán público y difundirán su informe financiero anual en el plazo máximo de cuatro meses desde la finalización de cada ejercicio, debiendo asegurarse de que se mantiene a disposición del público durante al menos cinco años. Asimismo, someterán sus cuentas anuales a auditoría de cuentas. El informe de auditoría se hará público junto con el informe financiero anual”<sup>562</sup>. Conjugando el precepto ahora enunciado con las respectivas normas de desarrollo concluimos que la obligación, a cargo de los emisores, consiste primeramente en la publicación y difusión del informe financiero anual que, naturalmente deberá comprenderá las cuentas anuales, y del informe de gestión, adecuadamente auditadas y

---

<sup>561</sup> La definición de Estado miembro de origen se encuentra en el artículo 2, del Real Decreto 1362/2007, que asienta que “*a los efectos de la aplicación de este Real Decreto se entenderá que España es Estado miembro de origen en los siguientes supuestos: a) para emisores de valores negociables domiciliados en un Estado miembro de la Unión Europea: 1) cuando tengan su domicilio social en España, y sean emisores o bien de acciones o bien de valores de deuda cuyo valor nominal unitario sea inferior a 1.000 euros; 2) en los supuestos de valores diferentes a los mencionados en el apartado anterior, cuando el emisor elija a España como Estado miembro de origen, siempre que tenga su domicilio social en España o sus valores hayan sido admitidos a negociación en un mercado secundario oficial español. b) para emisores de valores negociables no domiciliados en un Estado miembro de la Unión Europea: 1) cuando España sea Estado miembro de origen de conformidad con el artículo 2.b 3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, y sean emisores o bien de acciones o bien de valores de deuda cuyo valor nominal unitario sea inferior a 1.000 euros; 2) para el resto de valores, cuando el emisor elija a España como Estado miembro de origen siempre que los valores hayan sido admitidos a negociación en un mercado secundario oficial español*”, añade el párrafo 2 del mismo artículo que “*a los efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, la elección por parte del emisor de España como Estado miembro de origen, será única y válida durante al menos tres años, salvo que sus valores dejen de admitirse a negociación en los mercados regulados de la Unión Europea. Dicha elección deberá difundirse conforme a lo establecido en el artículo 4*”.

<sup>562</sup> En extenso, véanse las normas de desarrollo 8 a 10 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea.

asimismo el informe de auditoría<sup>563</sup>. Nótese además que el plazo máximo para la publicación y divulgación del dicho informe es de cuatro meses “*desde la finalización del ejercicio económico del emisor y no podrá exceder de la fecha en la que se publique oficialmente la convocatoria de la Junta General de accionistas o del órgano que resulte competente para la aprobación del informe financiero anual*”<sup>564</sup>.

Siguiendo con el análisis de las obligaciones de información véase que, de acuerdo con el párrafo 2 del mismo artículo 35 de la Ley del mercado de valores en conjunto con los artículos 11 a 18 del Real Decreto 1362/2007, los emisores de acciones o valores de deuda que se encuentren admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, deben publicar y difundir un informe semestral que reproduzca las cuentas anuales resumidas. Este informe es relativo a los primeros seis meses del ejercicio y deberá ser publicado en el plazo máximo de dos meses a contar de la finalización del dicho período.

Nótese que la ley obliga que los emisores aseguren que todos los informes arriba referidos se mantengan a disposición del público durante el plazo mínimo de cinco años.

Aún de acuerdo con el artículo 35, ahora en el párrafo 3, los emisores ya mencionados deben publicar y difundir con carácter trimestral, en ambos los semestres del ejercicio, una “*declaración intermedia de gestión que contenga, al menos: a) una explicación de los hechos y operaciones significativos que hayan tenido lugar durante el período correspondiente y su incidencia en la situación financiera del emisor y de sus empresas controladas, y b) una descripción general de la situación financiera y de*

---

<sup>563</sup> Refiere el párrafo 1 del art. 8 del Real Decreto 1362/2007 que “*conforme al artículo 35 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea harán público y difundirán su informe financiero anual, que comprenderá: a) las cuentas anuales y el informe de gestión individuales de la entidad y, en su caso, de su grupo consolidado revisados por el auditor con el alcance definido en el artículo 208 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. b) las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido, que deberán ser firmadas por los administradores y cuyos nombres y cargos se indicarán claramente, en el sentido de que, hasta donde alcanza su conocimiento, las cuentas anuales elaboradas con arreglo a los principios de contabilidad aplicables ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del emisor y de las empresas comprendidas en la consolidación tomados en su conjunto, y que el informe de gestión incluye un análisis fiel de la evolución y los resultados empresariales y de la posición del emisor y de las empresas comprendidas en la consolidación tomadas en su conjunto, junto con la descripción de los principales riesgos e incertidumbres a que se enfrentan*”.

<sup>564</sup> Cfr. Párrafo 1 del art. 35 LMV y párrafo 2 del art. 8 del Real Decreto 1362/2007.

los resultados del emisor y sus empresas controladas durante el período correspondiente”<sup>565</sup>. A lo dicho hay que sumar asimismo, entre otras, las siguientes obligaciones: la de publicaren un informe anual de gobierno corporativo (art. 116 LMV, que, en conjunto con los arts. 114.2 y 3 y 116 bis, sigue en vigor no obstante el TRLSC derogar el capítulo X); la de publicitaren eventuales pactos parasociales siempre que se relacionen con el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que tengan ganas de restringir la libre transmisibilidad de acciones o obligaciones convertibles o canjeables (art. 519 TRLSC; anterior art. 112 LMV); las de publicaren información que se relacione con alteraciones ocurridas en los derechos inherentes a los valores emitidos (artículo 35 bis LMV).

Véase también, al respecto de la información societaria de las sociedades cotizadas, lo dispuesto en los arts. 524 y siguientes del TRLSC que: prohíbe que “*las sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, no podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados ni cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas*” (art. 524 TRLSC); obliga, a estas mismas sociedades, a “*informar en la memoria de las principales variaciones que se originarían en el patrimonio neto y en la cuenta de pérdidas y ganancias si se hubieran aplicado las normas internacionales de información financiera adoptadas por los Reglamentos de la Unión Europea, indicando los criterios de valoración que hayan aplicado*” (art. 525 TRLSC) y a incluyeren el informe de gobierno corporativo (ya mencionado) en el informe de gestión, en una sección separada (art. 526 TRLSC).

De acuerdo con lo estipulado en el art. 82.2 LMV, añaden a los deberes de información referidos que deben ser cumplidos por los emisores de valores, la obligación de publicar y difundir toda la información relevante. Nótese que esta obligación es continua, es decir, surge a cada momento y en simultáneo con la comprobación de la existencia de un hecho relevante. Su exigencia, comprensible, tiene por objetivo proporcionar a los inversores las informaciones necesarias para que puedan evaluar las condiciones y los riesgos que afectan al mercado y, consecuentemente los valores en que ya invirtieran o pretenden invertir, y para que pueden decidir sobre la eventual compra o venta de valores mobiliarios. Naturalmente que estas informaciones

---

<sup>565</sup> Conjuguar con los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1362/2007.

tienen que ser veraces, completas y divulgadas en tiempo útil, es decir, en un momento que sea tempestivo relativamente a las decisiones que se pueden tomar con las dichas informaciones. El cumplimiento del deber de información relevante incrementa la eficiencia del mercado desde luego porque al proteger los inversores les inspira un elevado grado de confianza. En el fondo, se trata de una obligación de interés general que promueve la transparencia de los mercados e incentiva al buen gobierno de los emisores de valores.

En otro orden de cosas, podemos cuestionar si el cumplimiento de la obligación continuada de informar el mercado de todos y cualesquier hechos relevantes no podrá chocar con los intereses particulares del emisor. Es decir, es perfectamente claro que todos los emisores ganan con la máxima transparencia que, como decimos, inspira una mayor confianza de los inversores en el mercado. Sin embargo, no raras veces, existen determinadas informaciones que, pese al hecho de que se calificaren de hechos relevantes y por lo tanto debieren ser divulgadas de inmediato, como mejor veremos a continuación, su divulgación puede perjudicar los intereses sociales del emisor de forma drástica. Son normalmente apuntados como casos clásicos de colisión con los intereses sociales las informaciones precoces sobre negociaciones de las operaciones de reestructuración empresarial, que abarca, por ejemplo, la fusión y la escisión) o sobre las operaciones de salvamento de sociedades cotizadas en crisis o aun operaciones que pretenden la toma de control de sociedades. Son dos ejemplos, típicos como se dice, pero que bien ilustran las palabras precedentes. En efecto, la divulgación de informaciones sobre este tipo de operaciones en una fase aun embrionaria puede colocar en riesgo toda la operación y conducir al fracaso los objetivos pretendidos. Hay un dicho popular que reza que “*el secreto es el alma del negocio*” y, pese a que actualmente la tendencia se tenga invertido, siguen existiendo algunas situaciones en las cuáles podemos traer a colación el referido dicho popular. Pensamos que las situaciones apuntadas son buen ejemplo de eso una vez que una información temprana sobre los negocios arriba mencionados podrá determinar conductas de competidores o de terceros extraños que pueden, como se dice, dificultar sino mismo frustrar los intentos del emisor. Podemos, pues, concluir que el interés general en la plena transparencia puede colisionar con los intereses particulares

de los emisores<sup>566</sup>. Teniendo presente lo anterior, es perceptible la opción legislativa en estipular determinadas excepciones a obligación de información relevante. Así, lo que sucede es que el legislador admite, mediante la verificación de determinados requisitos, como veremos de seguida, que los emisores no divulguen de inmediato informaciones clasificadas de relevantes. Naturalmente que esta excepción comporta en si misma el riesgo de tales informaciones, que son obviamente del conocimiento de determinadas personas privilegiadas, se utilizaren en beneficio de aquellos que las conocen o de estos las divulguen a ciertas personas. Esta circulación indebida de información relevante podría implicar anticipaciones de las variaciones en la cotización y permitir que aquellos que son conocedores de dicha información compitan de forma desleal con los demás inversores. Esta realidad es del conocimiento del legislador que tomó las medidas posibles y consideradas adecuadas a obviar a su existencia. Así las cosas, el legislador reguló de forma exhaustiva la obligación de información relevante y las respectivas excepciones con el objetivo de attingir el equilibrio necesario entre el interés general en la divulgación de la información relevante y los intereses privados de los emisores en mantuvieren el secreto de determinadas informaciones relevantes en ciertas circunstancias. El régimen de la divulgación de información relevante y sus excepciones encontrase estipulado, desde luego, en los arts 82, 83 *bis* y 89 LMV y desarrollado en el Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre (arts 1 y 6 a 8) y en el Real Decreto 1362/2007 (arts 4 a 7)<sup>567</sup>.

Después de trazado el cuadro normativo general que regula los requisitos impuestos a la divulgación de las informaciones relevantes y sus excepciones, cumple, a continuación, analizar de forma más pormenorizada los citados conceptos y las enunciadas normas.

---

<sup>566</sup> En extenso cfr. LARGO GIL, Rita, *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, 2ª edición, revisada, ampliada y puesta al día, colección Estudios y comentarios legislativos, Ed. Civitas, 2000.

<sup>567</sup> Las normas referenciadas surgieron en la secuencia de la implementación del artículo 6, apartados 1 a 3, de la Directiva 2003/86/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación de mercado (abuso del mercado), desarrollados por los artículos 1 a 3 de la Directiva 2003/124/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la definición y revelación pública de la información privilegiada y manipulación del mercado. El legislador español intentó asimismo implementar la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, desarrollada por la Directiva 2007/14/CE, de 8 de marzo de 2007, por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE.

Así las cosas, empezaremos por avanzar con la interpretación de la definición del concepto “*información relevante*”. El punto de partida es naturalmente la Ley del mercado de valores que, en el art. 82, considera información relevante “*toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario*”. Para allá del contenido del art. 82 tenemos asimismo que atender en el dispuesto en el párrafo primero del art. 81 de la misma ley. Plasma el último precepto enunciado consideraciones a respecto de la información que denomina de “privilegiada” y que caracteriza como siendo “*toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación*”.

Resulta claro que el legislador español utiliza dos denominaciones distintas para información: relevante y privilegiada. Resta, ahora, confirmar se a la luz de los imperativos comunitarios hace sentido crear dos conceptos distintos de información. Recordemos que las raíces de estas normas se buscan en el derecho comunitario, en particular, en las Directivas que anteriormente enunciamos. Por lo tanto, la primera etapa será consultar tales Directivas con el intuito de confirmar cuál o cuáles son las denominaciones de información que el legislador comunitario entendió adecuados. Ahora bien, fácilmente verificamos que el legislador comunitario se quedó solamente por una definición de información, es decir, por una única terminología, a su caso la de “*inside information*” que más no es que la congénere inglesa de “información privilegiada”. Véase inclusivamente que la técnica legislativa adoptada por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos fue semejante a la del legislador comunitario ya que, cuasi siempre, se adoptó un único concepto de información<sup>568</sup>. Si

---

<sup>568</sup> Refiérase, al ejemplo, los ordenamientos jurídicos francés, italiano, alemán y portugués que optaran por la utilización de la expresión “información privilegiada”. Véase, respectivamente, el artículo 223-1 del *Règlement Général de l’Autorité des Marchés Financiers*; artículo 114 del *Decreto Legislativo n. 58, del 24 febbraio 1998, testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52*, con la redacción dada por la *legge n. 62, del 18/04/2005 (legge comunitaria 2004)* y con la modificación provocada por el artículo 14, párrafo 1, de la

atentarnos en las normas que regulan esta materia podemos concluir que el concepto de información privilegiada es aquello que se encuentra y regula en el art. 1 de la Directiva de abuso de mercado y asimismo en el artículo 81 LMV. Además, de la lectura de los preceptos en referencia llegamos a misma conclusión alcanzada, en julio de 2007, por el *Comité de Responsables Europeos de Reglamentación de Valores*<sup>569</sup>. De hecho el *Comité* concluye que la clasificación de “información privilegiada”, en virtud del contenido del artículo 1.1, párrafo 1, de la Directiva de abuso de mercado, deberá rellenar cuatro requisitos: primer, deberá ser información de carácter concreto; segundo, tendrá de se tratar de información que no se haya hecho pública; tercer, deberá ser información que se refiere, de forma directa o indirecta, a uno o más emisores de instrumentos financieros o a uno o varios instrumentos financieros; cuarto, tendrá de ser información cuya publicitación tendría un efecto significativo en la cotización de los instrumentos financieros en causa o de instrumentos financieros derivados relacionados con ellos.

Precítese que el carácter concreto de la información se encuentra definido en el Real Decreto 1333/2005 y que se resume al hecho de se tratar de información que indicia que determinadas circunstancias se dan, o es razonablemente presumible que se den, o entonces que un determinado hecho se haya producido (*hard information*), o que sea razonable esperar que ello se produzca (*soft information*). Además, la información tendrá carácter concreto se asimismo fuere específica en la medida necesaria para que se pueda concluir “*el posible efecto de esa serie de circunstancias o hechos sobre los precios de los valores negociables o instrumentos financieros correspondientes o, en su caso, de los instrumentos financieros derivados relacionados con aquellos*”. La presente noción de carácter concreto de la información fue anteriormente avanzada, exactamente en los mismos términos, por el artículo 1 de la Directiva de la Comisión 2003/124/CE. Deriva de lo dicho que solamente caso por caso es posible evaluar si la

---

*legge n. 262 del 28/02/2005 y del artículo 1, párrafos 8 y 9, del decreto legislativo n. 101 del 17/07/2009; párrafos 13, 14 y 15 de Wertpapierhandelsgesetz; artículos 248, párrafo 1, 378, párrafo 3, del Código dos Valores Mobiliários.*

<sup>569</sup> En el “Segundo Conjunto de Orientaciones e Informes sobre la aplicación común de la Directiva de Abuso de Mercado” disponible en <http://www.cnmv.es/Portal/~verDoc.axd?t={a9e66daf-4e59-420f-b28a-949e20b08c06}>. En este momento encontrase en elaboración el “Tercer conjunto de orientaciones e informes del Comité de Responsables Europeos de Reglamentación de Valores sobre la aplicación común de la Directiva en el mercado: nivel 3 de la Directiva de Abuso de Mercado” que se quedó bajo consulta pública hasta septiembre de 2008, y que también tiene por objetivo analizar la noción de información privilegiada.

información tiene o no el referido carácter concreto y que no podrá derivar de eventuales rumores, muchas veces infundados, sino de indicios claros y objetivos. El Comité refiere igualmente que cuando la información hace parte de un proceso que transcurre por etapas, cualquier etapa del proceso podrá encuadrar la definición de información de carácter concreto. De igual modo, el Comité recuerda que la información no tiene de ser completa para que se pueda considerar concreta pues que puede respectar a hechos sucesivos o alternativos.

Decimos que la información privilegiada se caracteriza asimismo por se tratar de información que a publicitarse influiría en las cotizaciones de los instrumentos financieros a que respecta. Ahora bien, esto significa que se trata de información que, a ser conocida, podría, implicar que un inversor razonable o sensato<sup>570</sup> tomase decisiones – de invertir o no en determinados valores – con base en las dichas informaciones. De entre los diversos criterios indicativos que pueden indiciar que la información podrá o no producir un efecto significativo en el precio de los valores están, sin duda, la fiabilidad de la fuente y si existe un histórico, relatado en informes y opiniones anteriores de analistas, que indica que ese tipo de información es sensible al precio. Estos son factores meramente indicativos y, como ya se refirió, cada situación es única y así deberá ser analizada. Sin embargo, merece destaque, por la utilidad que representa, la lista de hechos que el Comité indica, en el referido informe, como susceptibles de clasificaren la información de privilegiada<sup>571</sup>.

---

<sup>570</sup> El art. 82/1 LMV hace referencia a la información cuyo conocimiento puede afectar a un inversor razonablemente para adquirir o ceder valores mobiliarios. El adverbio “razonablemente” es muchas veces reportado a una calidad o modelo de inversor, creándose el concepto de inversor razonable. Sin embargo, parece que el legislador cuando refiere que el inversor puede razonablemente ser afectado por la información no se refiere al modelo de inversor en causa sino nivel de afectación provocado por el conocimiento de la información en el inversor. Todavía, de la interpretación del art. 1 del Real Decreto 1333/2005 en conjugación con el art. 2.1 de la Directiva 2003/124/CE confirmase la introducción del concepto del criterio del “inversor sensato”. La duda que se plantea reside en evaluar quién es el inversor sensato y cuáles son las características esenciales para le atribuir esa concepción. El inversor sensato tendrá de ser aquella persona que conoce el mercado de valores de forma genérica pero sin tener de ser un experto en materia de valores mobiliarios. Es, por lo tanto, aquella persona que tiene conocimientos económicos y financieros suficientes para interpretar los hechos relevantes y en concordancia con esa interpretación percibir cuales son las mejores inversiones. Precítese que el criterio legal no podrá basarse en el prototipo de inversor experto puesto que, a su caso, cualquier hecho sería relevante teniendo en cuenta los conocimientos especializados que presenta pero también no podría ser el prototipo del inversor meramente esporádico que no tiene cualesquier conocimientos económicos y financieros y, por eso, ninguna información sería relevante al punto influir en las decisiones de inversión.

<sup>571</sup> Entre muchísimos otros, podemos observar en la dicha lista los siguientes hechos: cambios en el control y acuerdos de dominio; cambios en la dirección y en los órganos de supervisión; cambios de auditores o cualquier otra información relacionada con la actividad de los auditores; decisiones de



No podemos olvidar que la Directiva sobre información privilegiada hace referencia asimismo a la información que solamente de forma indirecta se relaciona con los emisores o con los instrumentos financieros<sup>572</sup>.

Considerando do hechos anteriormente mencionados es absolutamente perceptible el motivo que se encuentra en la base de la obligación de divulgación de información privilegiada. Efectivamente, las características de este tipo de información y las consecuencias que puede acarrear su conocimiento son motivos suficientes para que los distintos legisladores, partiendo desde luego del legislador comunitarios, como vimos, se preocupen en regular el uso que se deberá dar a dicha información. Lo que se verifica es que, por fuerza de la ocupación de determinados cargos, algunas personas tienen acceso a informaciones calificadas como privilegiadas y que naturalmente les concede una ventaja sobre los demás en el mercado de valores. En consecuencia de esta realidad, y con el objetivo de evitar discrepancias informativas en el mercado, el legislador diseñó un sistema de protección específica asiente en la fijación de determinadas reglas de uso que intentan garantizar la confidencialidad de la información privilegiada e impedir la respectiva utilización de forma deficiente o abusiva. El régimen de protección acabado de referir encontrase consagrado bien en las normas

---

aumento o disminución del capital; fusiones, desdoblamientos (*splits*) y cesiones de activos (*spin-off*); adquisición o transmisión de participaciones u otros activos o ramas de actividad; cambios en los derechos de las acciones del emisor; solicitudes de quiebra o emisión de órdenes para procedimiento de quiebra; litigios significativos; revocación o cancelación de líneas de crédito por uno o más bancos; insolvencia de los deudores relevantes. Asimismo la Comisión Nacional del Mercado de Valores elaboró el *Borrador de los Criterios de la CNMV para la gestión de noticias y rumores difundidos sobre valores cotizados*, 22 de diciembre de 2008, refiere, en la página 3, algunos de los criterios que deben ser utilizados en la determinación de la relevancia de la información indicando, por ejemplo, que “la experiencia previa respecto a noticias similares en emisores del mismo sector, la incidencia relativa de la noticia en las magnitudes contables o financieras del emisor, y la sensibilidad del precio a los parámetros o variables que la noticia alteraría” son factores extremadamente importantes cuando se analiza la relevancia de la información. La misma Comisión Nacional del Mercados de Valores, reconociendo la importancia de la materia ahora en referencia, definió como tarea para el año 2007-2008, en el respectivo Plano de Actividades, la elaboración de una Circular que además de ofrecer esclarecimientos relativos al propio concepto de “información relevante”, fornecería orientaciones para la correcta aplicación del artículo 82 de la Ley del mercado de valores. Sin duda que tal Circular sería muy bienvenida ya que traería ciertamente un aumento de la seguridad jurídica. Sin embargo, hasta al momento la Comisión no tuvo la oportunidad legal de producir esta Circular pues, tal como reconoce, no tiene la competencia legal para hacerlo (cfr. Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Informe Anual 2007. Sobre los mercados de valores y su actuación*, Madrid, 2008, página 165.)

<sup>572</sup> Una vez más, las Orientaciones del Comité sobre la Directiva del abuso de mercado, aclara con ejemplos el alcance de la información que se refiere indirectamente a los emisores o a los instrumentos financieros. Apuntado, entre otros, los datos y estadísticas publicados por instituciones públicas que difunden estadísticas; las decisiones del banco central en cuanto al tipo de interés; decisiones del Gobierno en cuanto a impuesto, regulación sectorial, gestión de la deuda pública.

comunitarias, bien en las normas internas. Así, por una parte, pretende regular el uso de la información privilegiada el art. 34 de la Directiva 2003/6/CE y el art. 2 de la Directiva 2003/124/CE, y, por otra, el art. 232 TRLSC (antes art. 127, quáter, LSA), el art. 83 *bis* LMV y los arts. 7 y 8 del Real Decreto 1333/2005.

A par con el concepto de información privilegiada, el legislador español ha introducido en el ordenamiento la expresión “información relevante”. Fue en el artículo 82 de la Ley del mercado de valores que se plasmó el mencionado vocablo que fue, posteriormente, regulado en el Capítulo II del Real Decreto 1333/2005. De conformidad con la ley, es considerada información relevante “*toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario*”. Lo problema terminológico que se verifica aquí reside en el hecho del legislador español denominar de “información relevante” la información que ya se encontraba caracterizada y autonomizada en el art. 6 de la Directiva 2003/6/CE bajo el nombre de “información privilegiada” y no de “información relevante”.

En suma, lo que pasa es que tanto la directiva comunitaria como la ley interna regulan la información cuyo conocimiento puede contender con las fluctuaciones de los precios de los valores mobiliarios, simplemente mientras la primera no le atribuye una designación autónoma de la denominación general “información privilegiada”, la segunda le concede una expresión exclusiva. Pese a la existencia de los mencionados matices terminológicos, la verdad es que no se verifican divergencias reales entre la información dicha relevante y la información denominada de privilegiada. Sin embargo, podemos referir que, teniendo en cuenta el cuerpo de los preceptos correspondientes a cada uno de los tipos de información, el legislador español considera que la información relevante es toda la información privilegiada que debe hacerse pública por el emisor ya que no se verifica ninguna de las razones legales para la mantener en secreto. Así, la principal diferencia entre estos dos “tipos” de información se centraría únicamente en el tipo de uso que los emisores pueden tener en relación a información en causa. Lo mismo es decir que cuando se trata de información considerada relevante el emisor deberá hacerla pública por que no existe ningún motivo legalmente aceptable para retrasar tal divulgación, manteniendo en secreto la información. Contrariamente, en los casos de la denominada información privilegiada, las personas que, por ocasión de las

funciones que ejercen, la conocen pueden mantenerla en secreto porque se verifica la existencia de razones que lícitamente confieren carácter confidencial a dicha información<sup>573</sup>.

Retirase de las líneas precedentes que el legislador español distinguió, o al menos intentó distinguir, la información relevante, calificándola de información que hacer nacer deberes de divulgación inmediata, de la información privilegiada que desencadena obligaciones de abstención de uso y comunicación. Sin embargo, parte de la doctrina entiende que la opción terminológica del legislador es desprovista de sentido e inadmisibles. En las palabras de ESTHER HERNÁNDEZ SÁINZ “*esa distinción no es admisible, puesto que la Directiva sobre abuso de mercado – de la que traen causa tanto el art. 82 como el art. 81 LMV – utiliza la misma terminología «información privilegiada» (o la aún más reveladora expresión inside information, en la versión en lengua inglesa) y un concepto único, tanto en los art. 1 a 4, que regulan la prohibición de abuso de información privilegiada, como en el art. 6, que establece los deberes de información continua a cargo de los emisores*”<sup>574</sup>.

Hasta ahora tenemos entonces dos posibilidades: distinguir entre información relevante e información privilegiada o, al contrario, interpretar conjuntamente dos arts. 81 y 82 LMV y, así, alcanzar un concepto único de información privilegiada que permita abarcar las obligaciones legales que recaen sobre los emisores y que, por una banda, se consubstancian en la divulgación inmediata de la información y, por otra banda, respectan a las exigencias de abstención de uso, comunicación y recomendación indebida durante el período en el cuál la información no se hará pública. La opción terminológica por la cual se venga a optar no podrá, naturalmente, poner en riesgo los comandos legales. Sin embargo, optaremos por la terminología que, creemos, más se encuentra conforme a la voluntad del legislador comunitario y haremos, a continuación, de forma conjunta la interpretación de los preceptos legales que regulan esta materia, independientemente, de la opción terminológica del legislador nacional.

---

<sup>573</sup> REGINA MADRAZO, «Información no pública en las sociedades cotizadas españolas. Tipología y tratamientos en los reglamentos internos de conducta», *Revista de derecho del mercado de valores*, n. 2, 2008, página 471 a 481.

<sup>574</sup> HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther, «La obligación de difusión de información relevante y sus excepciones», n. 4, 2009, páginas 165 a 192, aquí en particular página 170.

Avancemos ahora para el análisis de la obligación de divulgación de información relevante<sup>575</sup>. Son dos los deberes que recaen sobre los emisores por ocasión de la estipulación legal de esta obligación. Mientras uno de ellos se consubstancia en el deber de publicar y difundir la información en el mercado, el otro se reconduce al deber de comunicar la información a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Son ciertamente deberes que se interconectan entre sí sin, con todo, perdieren su autonomía jurídica y, por lo tanto, exigieren un estudio separado.

Relativamente a la obligación de publicación y difusión al público de la información hay que poner de manifiesto que no es admisible la divulgación selectiva de información. Lo mismo es decir que se trata de una obligación de carácter general, lo que implica que las informaciones deban ser difundidas con la misma igualdad temporal para todo el mercado. No podrá el emisor difundir la información a determinados sujetos y solamente en un periodo temporal posterior difundir al mercado en general. Es perceptible que elegir, por ejemplo, ciertos inversores – como los inversores institucionales o los accionistas – o a otros – como los analistas financieros – no contribuye para la máxima transparencia de la información y consecuentemente podría poner en riesgo la seguridad jurídica del mercado. Son estas las causas que se encuentran en la base de la prohibición generalizada de la divulgación selectiva de información, estipulada en el párrafo 3 del artículo 6 del Real Decreto 1333/2005. Uno comentario más sobre la divulgación selectiva de información para referir que la prohibición que hoy se verifica en la Europa Comunitaria y, bien así, desde el año 2000, en los Estados Unidos<sup>576</sup> no acogió la opinión favorable de todos dos estudiosos. De hecho, distintos autores invocaron que la prohibición de la divulgación selectiva de información además no ser esencial a concretización del principio de la transparencia pondría en peligro el empleo de los analistas cuya actividad sería menos preciosa. Asimismo, fue defendido que la divulgación selectiva de información sería algo benéfico al funcionamiento del mercado evitando, por ejemplo, la sobreacción del mercado, que está asociada a la divulgación generalizada de información, puesto que los

---

<sup>575</sup> En este punto nos acercamos del esquema de análisis de HERNANDEZ SAINZ. Cfr. HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther, «La obligación de difusión de información relevante y sus excepciones», n. 4, 2009, páginas 165 a 192

<sup>576</sup> La prohibición de la divulgación selectiva de información en los Estados Unidos fue introducida por la *Final Rule, Selective Disclosure and Insider Trading, SEC Release*, número 34-43154, de 15 de agosto de 2000.

analistas después de analizaren las informaciones previamente a su divulgación al mercado podrían interpretarla y usarla de forma a contribuir para una valorización más correcta de los valores y permitir que las fluctuaciones en los respectivos precios fuese más suave<sup>577</sup>.

En este ámbito tendremos que traer a colación el art. 6.4 del Real Decreto 1333/2005 que consagra la obligación del emisor, siempre que los respectivos valores estén admitidos a negociación a un mercado español y además en otros mercados regulados en la Unión Europea, tratar de asegurarse, de manera diligente, *“que la comunicación de la información relevante se efectúe de la forma más sincronizada posible entre todas las categorías de inversores de todos los Estados miembros en los que el emisor haya solicitado o acordado la admisión a cotización de esos valores”*. Asimismo no podremos desatender a la redacción del art. 4.1 del Real Decreto 1362/2007 que exige que el emisor, por una banda, publique en la respectiva página web la información regulada y, por otra banda y en simultáneo, difunda la dicha información mediante un medio que garantice el *“acceso rápido, no discriminatorio y generalizado al público en todo el ámbito de la Unión Europea”*. Nótese asimismo que la misma norma impide que se cobre a los inversores cualesquier gastos concretos por el suministro de la información. La redacción del precepto, que recuérdese adviene del artículo 21.1. de la Directiva 2004/109/CE sobre transparencia, aplicase mismo cuando en causa estén valores que se negocien en un único mercado, visando garantizar y posibilitar a todos los inversores de la Unión el mismo grado de información. El fomento de la inversión transfronteriza está ciertamente en el origen del precepto a par de una elevación de la protección de los inversores. No olvidemos lo restante contenido de la norma que permite que el emisor opte por difundir la información regulada o de forma directa o, si así lo prefiriere, mediante la ayuda de un tercero que se ocupará de tal difusión. De la norma resulta igualmente de este párrafo 1 del artículo 4 que el

---

<sup>577</sup> Entre otros autores, vd. GOSHEN, Zohar y PARCHOMOVSKY, Gideon, «On Insider Trading, Markets and Negative property Rights in Information», *Fordham Law & Economics Research Paper número 6, Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, setiembre 2000 que refiere, por ejemplo, que *“a complete ban will minimize the occurrence of abusive selective disclosure, while simultaneously destroying the benefits that could be gained from efficient selective disclosure”* y más adelante que *“allowing the market to regulate selective disclosure will create a system that preserves efficient selective disclosure while discouraging abusive ones. The ability of the market to regulate selective disclosure efficiently rests on its ability efficiently to enforce fiduciary duties and insider trading restrictions”*.

tercero difusor podrá, al ejemplo, ser la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otros medios, así como las Bolsas y los medios de comunicación, desde que cumplan los requisitos enumerados en los restantes apartados del artículo ahora en referencia.

Más aún, siempre que los emisores tienen valores admitidos a negociación en simultáneo en España y en otros países miembros de la Unión Europea deben publicar la información en todos aquellos países cuyo respectivo ordenamiento jurídico así lo exija y cumpliendo los requisitos ahí requeridos. Ahora bien, esta realidad acarrea algunos problemas. De hecho, desde luego, si el emisor solamente deberá tener en cuenta los ordenamientos jurídicos de los países adonde tiene sus valores admitidos a negociación podemos concluir que, estando tales valores en distintos países, es posible que ni todos los inversores tengan la misma información. Se puede, por lo tanto, verificar alguna asimetría en la difusión de la información sin cualquier culpa o incumplimiento del emisor. Además, partiendo del hecho que existen diferencias horarias entre los distintos países, ni todos los mercados abren a misma hora lo que, una vez más, puede provocar la referida desigualdad en la fecha de conocer la información. Con el objetivo de colmatar estas divergencias en el conocimiento de la información la Comisión Técnica de la *International Organization of Securities Commissions* in sus *Principles for Ongoing Disclosure and Material Development Reporting by Listed Companies* sugiere que la difusión de información se debe verificar en todos los países mismo que en uno o más no se verifique la obligación de difundir la información. Así, desde el momento que la jurisdicción de uno de los países, en que el emisor tiene sus valores a negociación, exige que la información sea divulgada esa divulgación debe asimismo verificarse en los restantes países, mismo si en estos tal obligación no adviene de la jurisdicción aplicable. Sigue la Comisión refiriendo que se deberá atender en las diferencias horarias entre los países<sup>578</sup>.

---

<sup>578</sup> Véase el principio tercero intitulado “simultaneous and identical disclosure” que apunta lo siguiente: “if the entity is listed in more than one jurisdiction, the information released under the ongoing disclosure obligation of one jurisdiction where it is listed should be released on an identical basis and simultaneously in all the other jurisdictions where it is listed. This obligation should not be dependent on where the listed entity is principally listed. This will mean disclosing information in a jurisdiction where: a) the obligation may not technically require disclosure but disclosure is required in another jurisdiction in which the entity is listed; or b) such information is exempted from ongoing disclosure obligation but it is not exempted in another jurisdiction in which the entity is listed. This principle should be applied pragmatically to take into account factors such as different time zones and trading hours”. Cfr. International Organization of Securities Commissions, *Principles for Ongoing Disclosure and Material Development Reporting by Listed Companies*, página 5. Octubre 2002.

Se puede afirmar que la obligación de publicar y difundir la información en el seno de la Unión Europea implica, por una parte, que el emisor envíe la información al público pero, más importante que ese envío, que asegure que la dicha información se encontrará accesible a cualquier inversor de la Unión.

Reparase que, en la mayoría de las veces, la publicación y la difusión ocurren en un momento temporalmente sincrónico pero se pueden verificar algunas situaciones que impiden tal simultaneidad. Es por ocasión de tal posibilidad que el art. 4.4 del Real Decreto 1362/2007 dispone que *“el emisor no será responsable de las deficiencias o errores sistémicos del difusor al que haya comunicado la información regulada”*. Esta norma implica que el emisor no sea responsable siempre que publicita la información mediante un determinado medio de comunicación y este medio no la difunde al público por alguna determinada deficiencia o error técnicos.

Con el objetivo de garantizar que los emisores cumplen la obligación de publicación se consagró la obligación de comunicación de información a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Efectivamente con el cumplimiento de la obligación de informar la Comisión esta entidad puede ejercer su poder de supervisión y control y confirmar la concretización de la obligación de publicar la información. Después de recibida la información por la Comisión deberá esta proceder de acuerdo con lo preceptuado en la alinea g) del art. 92 LMV. Así las cosas, recae sobre la Comisión el deber de incluir en el Registro de información regulada la información recibida<sup>579</sup>. El dicho Registro presenta carácter de registro oficial, será de libre acceso al público, incluirá todas informaciones remitidas por los emisores y funcionará como una *“mecanismo central de almacenamiento de la información regulada”* de acuerdo con el art. 5, del Real Decreto 1362/2007<sup>580</sup>. El mismo precepto legal, pretendiendo la muy deseable transmisión de información entre los distintos mecanismos de almacenamiento

---

<sup>579</sup> Fue la Ley 6/2007, de 12 de abril, que, en cumplimiento de las obligaciones de centralización y unificación de información sobre sociedades cotizadas impuestas por la Directiva 2004/109/CE, creó el Registro de información.

<sup>580</sup> Cfr. Artículo 5 del Real Decreto 1362/2007, intitulado *“mecanismo central de almacenamiento de la información regulada”*, refiere que *“el registro oficial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores previsto en el artículo 92.g de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores tendrá la consideración de mecanismo central de almacenamiento de la información regulada. La Comisión Nacional del Mercado de Valores velará para que dicho mecanismo cumpla con los principios de seguridad, certeza de la fuente de información, registro cronológico y facilidad de acceso por parte de los usuarios finales. Asimismo, deberá tener la capacidad para conectarse con otros mecanismos similares de almacenamiento en la Unión Europea con el objetivo de compartir la información”*.

de la información en la Unión Europea, ruega que el Registro de información se encuentre conectado con ellos. Sin embargo, al día de hoy aún no existe la conexión exigida, todavía no es de despreciar los enlaces para servidores de los congéneres europeos del Registro de información que se encuentran accesible a partir de la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Obsérvese también que el emisor tiene igualmente el deber de comunicar los hechos relevantes a las respectivas autoridades competentes de todos los estados miembros en que tenga a negociación valores o instrumentos financieros<sup>581</sup>. Finalmente, hay que llamar a atención de la eventualidad de España no ser considerado el Estado miembro de origen, de acuerdo con lo referido en el art. 2 del Real Decreto 1362/2007, será necesario que el emisor comunique el hecho relevante a la autoridad del estado miembro de origen, con salvedad de las situaciones en que el Estado miembro, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2004/109/CE, exime el emisor de cumplir tal obligación.

La obligación de divulgar y comunicar la información a la Comisión Nacional del Mercado de Valores nasce, de acuerdo con el art. 82 LMV, en uno de dos momentos posibles. Nasce, por un lado, en el momento en que el emisor toma conocimiento de la existencia de un hecho que se consubstancia en la denominada información relevante y, por lo tanto, es susceptible de influir en la cotizaciones. Sin embargo, cuando la información respecta a un contrato, a un acuerdo o a una decisión propia, el momento del nacimiento de la obligación de publicación y comunicación de la información no es ya el momento del conocimiento del hecho sino el momento en que el dicho acuerdo o contacto haya sido firmado o, tratándose de una decisión propia, el momento en que la misma haya sido tomada, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley del mercado de valores. Esta solución no resultaba de la primera versión del artículo 82 que imponía la obligación de difusión de la información relevante desde el momento del conocimiento del hecho, o decisión, susceptible de influir en los precios de los valores mobiliarios. El cambio verificado es perceptible puesto que la divulgación de información relevante en momentos inmediatamente anteriores a la celebración de un

---

<sup>581</sup> En extenso, PALÁ LAGUNA, Reyes, «La obligación de información del consejo a los mercados: folletos y hechos relevantes», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas – Revista de Derecho de Sociedades (10 aniversario)*, Tomo II, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, páginas 1291-1316.



acuerdo o negocio, o mismo a la tomada de una decisión, pueden peligrar y frustrar dichas celebraciones. Significa lo dicho que, de acuerdo con las reglas legales actualmente en vigencia, el emisor no tiene el deber de informar el mercado siempre que verificándose la existencia de hechos relevantes estos tengan surgido en la secuencia de estudios o negociaciones previas a la firma de contratos o acuerdos, o en el momento anterior a la tomada de decisiones, desde que se garantice la confidencialidad de tales hechos. Claro que nada impide el emisor de, a pesar de no se encontrar legalmente obligado, revelar la mencionada información<sup>582</sup>. Téngase en cuenta, todavía, que, conforme a lo dispuesto en el art. 7.2, del Real decreto 1333/2005, la obligación de difusión y comunicación de la información referente a los hechos relevantes ocurridos por ocasión de la celebración de acuerdos o contratos nasce, en el momento anterior al de la efectiva celebración de los dichos acuerdos y contratos, antes por lo tanto del momentos en que son firmados, siempre que se comunican estas informaciones a terceros que no tienen el deber legal de guardar confidencialidad. Lo mismo se verifica, en los términos de la misma disposición legal, ahora en su párrafo 3, aline a c, cuando el emisor no está en condiciones de mantener la confidencialidad de la información. Además del art. 7 del Real Decreto 1333/2005, el art. 83, *bis*, aline a f, LMV alerta que surge la obligación de información cuando, no obstante el emisor tener adoptado todas las medidas razonables, se verifique “*una evolución anormal de los volúmenes contratados o de los precios negociados y existan indicios racionales de que tal evolución se está produciendo como consecuencia de una difusión prematura, parcial o distorsionada de la operación*”.

Verificado algún de los supuestos anteriormente referidos la obligación de difusión y comunicación de la información surge de inmediato. Así lo confirma el art. 6.1 del Real Decreto 1333/2005 al consagrar que “*la comunicación a la CNMV deberá hacerse tan pronto como sea conocido el hecho o en cuanto se haya adoptado la decisión o firmado el acuerdo o contrato con terceros de que se trate, sin perjuicio de que, en estos últimos casos, pueda efectuarse con anterioridad si el emisor estima que ello no lesiona sus legítimos intereses*”. En el mismo sentido, el art. 82.2 LMV afirma que “*los emisores de valores están obligados a hacer pública y difundir, en los términos que reglamentariamente se establezcan, inmediatamente al mercado toda información*

---

<sup>582</sup> Así resulta de la conjugación de los arts 82 LMV y 6 del Real Decreto 1333/2005.

*relevante. Asimismo remitirán a la Comisión Nacional del Mercado de Valores esa información para su incorporación al registro oficial”.*

Para ESTHER HERNÁNDEZ SÁINZ ni siempre es positivo para los mercados que la difusión de la información se haga de inmediato. De hecho, refiere, “*el criterio de inmediatez debiera matizarse para algunos supuestos de particular relevancia, puesto que puede ser más positivo esperar al cierre del mercado y difundir entonces la información”.*

Creemos que ya dejamos antever que los supuestos que se encuentran en el origen del nacimiento de la obligación de la difusión de la información son los mismos que originan la obligación de la comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. De hecho, con la redacción dada por la Ley 6/2007, el art. 82 LMV estipula que la difusión de la información debe coincidir temporalmente con la comunicación de la dicha información a la Comisión. La nueva redacción alteró por completo la filosofía que se encontraba subyacente a la norma. Efectivamente, refería la norma que la información relevante debería ser comunicada previamente a la Comisión que asumiría la función de intermediario en la difusión de la información relevante. El objetivo primero de la norma era claro: permitir que la Comisión funcionase como filtro de la información difundida, pudiendo inclusivamente solicitar aclaraciones de la información comunicada o informaciones adicionales necesarias a buena comprensión de la información divulgada. Paralelamente con la ventaja referida, la comunicación de la información a Comisión con anterioridad a su divulgación tenía otra ventaja de suma importancia, a saber, todos los inversores tenían conocimiento que los hechos relevantes serían divulgados en primero lugar en la página web de la Comisión. Pese a las ventajas apuntadas fue el inconveniente encontrado en aquello sistema que llevó el legislador a cambiar el sentido de la norma. Halamos naturalmente del evidente retraso que se verificaba en la difusión de la información al público puesto que la Comisión, después de recibir la comunicación de la información relevante, tardaba en publicar los respectivos hechos. El legislador hizo prevalecer la rapidez en la difusión de los hechos relevantes sobre el filtro que la Comisión podría asumir en tal divulgación. Pero esta exigencia de informar y comunicar en simultaneo a la Comisión no se verifica con relación a hechos, llamémosle así, extremadamente relevantes cuyo conocimiento pude

perturbar el normal desarrollo de las operaciones sobre los valores del emisor o, en otro polo, poner en peligro la protección de los accionistas.

Analizamos, hasta ahora, cuando nasce la obligación de difusión de la información relevante al público y asimismo la de comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de valores. Los medios a disposición de los emisores para cumplir dichas obligaciones son distintos, como veremos.

Con relación a los medios admitidos en la comunicación de la información relevante a la Comisión Nacional del Mercados de Valores y verificando que ni el Real Decreto 1333/2005 ni el Real Decreto 1362/2007 consagran una forma única o específica para el bueno cumplimiento de las dichas obligaciones de información y comunicación fue necesario buscar tal regla en otro documento: la Circular 1/2008 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 30 de enero, sobre información periódica de los emisores con valores admitidos a negociación en mercados regulados. De acuerdo con la norma 6 de la referida Circular los informes semestrales y, existiendo, los trimestrales deberán ser remitidos a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de forma telemática utilizando, al efecto, el sistema del Registro Electrónico de la Comisión, designado CIFRADOCC/CNMV. Pese el hecho de no se hacer referencia expresa a la comunicación de información relevante por esta vía, se tiene entendido que es perfectamente aceptable que así sea. Además, el Acuerdo de 15 de septiembre de 2006, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores permite que la comunicación de los hechos relevantes a la Comisión se concrete a través de los medios telemáticos y, en particular, mediante el uso del sistema CIFRADOCC/CNMV. A continuación, en el punto siguiente, analizaremos autónomamente los pormenores legales y técnicos referentes el cumplimiento telemático de los deberes de información relevante a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Por su parte, los medios utilizados para difundir la información relevante entre el público son, en el mínimo, dos. Uno reside en la legalmente exigida publicación en la página web del emisor y, otro, consubstanciase en un medio, elegido por el emisor, que garantice que la información podrá ser accedida de forma rápida, no discriminatoria y generalizada al público en todo el territorio de la Unión Europea.

Sobre la información disponible en la página web nótese que el emisor tiene de garantizar que la dicha información es fácilmente comprensible, de acceso rápido,

sencillo y gratuito al inversor<sup>583</sup>. La información relevante deberá ser disponible en su totalidad en la página del emisor, es decir, no se podrá solamente publicar en la página web parte de la información relevante, todos los hechos que se cataloguen de relevantes tienen que figurar en la mencionada página, de forma a garantizar al inversor que no tiene que procurar más información en ninguno otro medio de comunicación puesto que allí encontrará todos los hechos considerados relevantes<sup>584</sup>. Compite a los emisores mantener la información actualizada en la página web<sup>585</sup>. La información, además de ser encontrada actualizada, debe estar coordinada los contenidos de los documentos depositados e inscritos en los respectivos Registros públicos<sup>586</sup>. La exigida coordinación con lo que resulta de los documentos inscritos en los Registros es fácilmente alcanzada si en la página web, adonde consta la publicación de los hechos relevantes, se crearan conexiones telemáticas que permitan el acceso directo a los distintos registros adonde se encuentran depositados los mencionados documentos. Fue precisamente este el sentido de la sugerencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando propone que la indicación de los links del Registro Mercantil, de los Registros de la Comisión y de cualesquier otros que se entiendan importantes porque encierran informaciones relativas a la sociedad que hace disponible la información<sup>587</sup>. Todas las restantes informaciones que se encuentren en la página web de los emisores pero que no se encuadren en la categoría de información relevante deberá estar separadas de estas de forma a no confundieren el inversor<sup>588</sup>.

---

<sup>583</sup> Art. 3, inciso 1, de La Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas. El contenido de la obligación de publicar la información relevante en la página web del emisor fue desarrollado por la dicha Orden ECO/3722/2003 y por la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas. Con contenido muy próximo del de la Orden ECO/3722/2003, pero direccionada para las obligaciones de las Cajas de Ahorro, es el de la Orden ECO/354/2004, de 17 de febrero, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otra información de las Cajas de Ahorro que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores y, exactamente sobre la misma materia, la Circular 2/2005 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 21 de abril.

<sup>584</sup> Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 82, párrafo 3, y en el artículo 117, párrafo 2, ambos de la Ley del Mercado de Valores, y bien así en el artículo 6, párrafo 2, del Real Decreto 1333/2005 y en el artículo 4, párrafo 1, del Real Decreto 1362/2007.

<sup>585</sup> Cfr. Artículo 4, párrafo 2, de la Orden ECO/3722/2003.

<sup>586</sup> Cfr. Artículo 4, párrafo 2, de la Orden ECO/3722/2003.

<sup>587</sup> Véase la norma 8 de la Circular 1/2004 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

<sup>588</sup> Cfr. Art. 6/3 del Real Decreto 1333/2005.

Decimos que, allá de la publicación en la respectiva página web, el emisor deberá publicar la información relevante a través de otro medio. También ya mencionados que esa difusión podrá ser realizada directamente por el emisor o, en alternativa, ser encomendado a un tercero que actuará en la calidad de emisor. De acuerdo con la Ley, tienen legitimidad para actuar como difusores la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las Bolsas y los medios de comunicación<sup>589</sup>. La tarea se queda facilitada cuando el emisor, no pretendiendo difundir la información de forma directa, encomienda la difusión de la información a Comisión puesto que siempre tiene que le comunicar la dicha información. De cualquier de las maneras, nótese que la información transmitida por el emisor al difusor deberá ser completa, no modificada y “*de manera que se garantice la seguridad de la comunicación, se minimice el riesgo de corrupción de datos y de acceso no autorizado, y se aporte certidumbre respecto a la fuente de dicha información. El emisor deberá remediar lo antes posible cualquier fallo o perturbación en la transmisión de la información que esté bajo su control*”<sup>590</sup>. Precísese asimismo que la responsabilidad por la eventual ocurrencia de deficiencias o errores sistémicos en la difusión de la información no recae sobre el emisor<sup>591</sup>. Añade que el emisor debe explicitar la naturaleza de la información que, como ya verificamos, ha de ser clara y completa y debe resultar claro la identificación del emisor el objeto de la información y la hora y fecha de la comunicación<sup>592</sup>.

El idioma utilizado en la difusión de la información regulada depende de distintos supuestos que se encuentran expresados en el artículo 7 del Real Decreto 1362/2007. Así, de acuerdo con el inciso primero del dicho precepto, la lengua utilizada en la divulgación de la información regulada será el castellano siempre que el emisor está domiciliado en España y tiene sus valores admitidos a negociación solamente en uno o más mercados oficiales españoles.

---

<sup>589</sup> De acuerdo con el art. 4/1, del Real Decreto 1362/2007 “*el emisor deberá publicar la información regulada en su página web y, de manera simultánea, estará obligado a difundir la información regulada a través de un medio que garantice su acceso rápido, no discriminatorio y generalizado al público en todo el ámbito de la Unión Europea y no podrá cobrar a los inversores ningún gasto concreto por el suministro de la información. El emisor podrá optar entre difundir directamente la información regulada o encomendar esta función a un tercero que actúe como difusor, que podrá ser la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otros medios, como las Bolsas y los medios de comunicación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los apartados siguientes*”.

<sup>590</sup> Cfr. Art. 4/3 del Real Decreto 1362/2007.

<sup>591</sup> Cfr. Art. 4/4 del Real Decreto 1362/2007.

<sup>592</sup> Cfr. Art. 4/5 del Real Decreto 1362/2007.

Diferentemente, si el domicilio social del emisor no es España la lengua utilizada en la publicación de la información regulada es elegible por el emisor con cuanto sea el castellano, una lengua que habitualmente se utilice en el seno de las finanzas internacionales o, siquiera, en otro idioma que no los anteriores y que sea admitida por la Comisión nacional del Mercado de Valores.

Asimismo las lenguas ahora referidas están disponibles a los emisores que tengan los respectivos valores admitidos a negociación en España y en uno o más mercados regulados que se encuentren domiciliados en otros Estados miembros de la Unión Europea. En este último caso, es necesario que, además de la publicación en una de las lenguas referidas, la publicación de la información regulada se haga también en una lengua habitual en el ámbito de las finanzas internacionales o, en alternativa, en un idioma que sea admitido por las autoridades competentes de todos los Estados de acogida<sup>593</sup>. Resulta, por lo tanto, que, los emisores que negocian los respectivos valores en los mercados aquí mencionados tendrán que publicar la información regulada en, al menos, dos idiomas, con salvedad de los emisores que optan por publicar sus hechos relevantes en una lengua habitual en el ámbito de las finanzas internacionales. Efectivamente esta última hipótesis avanzada, es decir, la publicación de la información en un idioma habitual en el contexto de las finanzas internacionales, es admitida en las alineas a) e b) del párrafo 3 del art. 7. Esta posibilidad puede tener un efecto absolutamente perverso pues que la tendencia, en la práctica, será, por cuestiones de mayor facilidad técnica, publicar la información en una única lengua: la habitualmente utilizada en el ámbito de las finanzas internacionales. Como es sabido, la lengua que más se utiliza en aquello ámbito de las finanzas internacionales es el inglés. Lo que significa que es legalmente admisible que los emisores que tienen sus valores admitidos a negociación en mercados españoles y en otros mercados regulados domiciliados en otros Estados miembros publiquen toda la respectiva información regulada únicamente en inglés. No obstante ser un idioma que, cada vez más, es del dominio de la mayoría de las personas, la verdad es que aún existe un número significativo de personas que no la conocen o, aún que tengan nociones básicas, no poseen conocimientos suficientes para

---

<sup>593</sup> Resulta del art. 3, del Real Decreto 1362/2007, que Estado miembro de acogida “a los efectos de la aplicación de este Real Decreto, se entenderá que España es Estado miembro de acogida, cuando los valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial español y, de conformidad con el artículo anterior, España no sea Estado miembro de origen”.

percibieren la información regulada que, regla general, se encuentra escrita con lenguaje técnico y ni siempre de fácil comprensión. Es, por eso, evidente lo que queremos afirmar cuando referimos que esta posibilidad legal puede crear un efecto perverso. De hecho, si el objetivo del legislador reside en conferir transparencia a los mercados y fornecer a los inversores las informaciones relevantes para que puedan decidir sobre sus acciones en el mercado financiero, la utilización exclusiva del inglés no cumple esta tarea.

Por fin, regula el dicho art. 7.4 el idioma en el cuál se deberá publicar la información relevante de los emisores que tienen España como Estado miembro de origen pero cuyos valores se encuentran únicamente a negociación en uno o varios mercados regulados con domicilio social en otros países. De acuerdo con el mencionado apartado, el emisor podrá publicar la respectiva información, una vez más, en una lengua habitual en el ámbito de las finanzas internacional u optar por elegir un idioma que sea admitido por las autoridades competentes de todos los Estados de acogida, siendo cierto que esta última opción implica que la publicación se haga igualmente en otra lengua, a añadir a la primera, y que podrá ser escogida por el emisor de entre tres posibilidades ya conocidas: 1) la lengua castellana; 2) un idioma habitual en el ámbito de las finanzas; 3) una lengua admitida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

El deber de difusión de información relevante, legalmente contemplado, prevé excepciones que permiten a los emisores retrasaren la divulgación de los hechos relevantes. Así lo admite efectivamente el art. 82.4 LMV al reconocer al emisor la posibilidad de, *“bajo su propia responsabilidad retrasar la publicación y difusión de la información relevante cuando considere que la información perjudica sus intereses legítimos, siempre que tal omisión no sea susceptible de confundir al público y que el emisor pueda garantizar la confidencialidad de dicha información”*. Son, entonces, tres los requisitos cumulativos que se tienen que verificar para que sea legal el retraso de la información relevante. En verdad, el emisor solamente podrá retardar la publicación de la información regulada cuando esa publicación en un momento temprano resultará en un perjuicio de sus intereses legítimos. Después de verificado lo supuesto anterior es igualmente necesario confirmar se tal retraso no va confundir en público. Cumplidas

estas circunstancias aún se exige al emisor que garantice que la información no divulgada se mantenga confidencial hasta al momento de su difusión al público en general. Son, pues, estos los tres requisitos a legitimación del retraso de la publicación de la información relevante. Nótese que la admisibilidad del retraso de la publicación no exime al emisor de informar, de forma inmediata, la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la decisión de retrasar la información relevante. El contenido de la norma de la Ley del mercado de valores sigue de cercano lo dispuesto en el art. 6.2 de la Directiva 2003/6/CE<sup>594</sup>

La ley pretende, con esta posibilidad, proteger los legítimos intereses de los emisores y, bien así, de los inversores que podrían correr riesgos con una información prematura que no estuviese madurecida lo suficiente para ser hecha pública. En el conflicto entre el interés del emisor y el interés de la transparencia del mercado sale vencedor este último puesto que, el interés privado del emisor caerá a los pies del interés público de la transparencia si se concluye que la protección del primero implica la susceptibilidad de confundir al público.

Porque la interpretación de “intereses legítimos” puede ser susceptible de distintas posiciones y consecuentemente de abarcar situaciones que no son las pretendidas, la Directiva 2003/124/CE faculta un listado, aun que no exhaustivo sino meramente indicativo, de hechos que son amparados por la mencionada expresión y con lo cual se visa facilitar la aplicación del dicho apartado 2 del art. 6 de la Directiva 2003/6/CE<sup>595</sup>. Asimismo, el art. 7, del Real Decreto 1333/2005, que desarrolla el

---

<sup>594</sup> Refiere, pues, el dicho artículo que “*un emisor podrá, bajo su propia responsabilidad, retrasar la divulgación pública de la información privilegiada a que se refiere el párrafo primero para no perjudicar sus intereses legítimos, siempre que tal omisión no sea susceptible de confundir al público y que el emisor pueda garantizar la confidencialidad de esta información. Los Estados miembros podrán exigir que el emisor informe inmediatamente a la autoridad competente sobre su decisión de retrasar la divulgación pública de la información privilegiada*”.

<sup>595</sup> Cfr. Artículo 3, párrafo 1, de la Directiva 2003/124/CE que menciona que “*a efectos de la aplicación del apartado 2 del artículo 6 de la Directiva 2003/6/CE, los intereses legítimos pueden, en particular, estar relacionados con las siguientes circunstancias no exhaustivas: a) Negociaciones en curso, o elementos relacionados, cuando el resultado o el desarrollo normal de esas negociaciones pueda verse afectado por la revelación pública de información. En particular en el caso de que la viabilidad financiera del emisor esté en peligro grave e inminente, aunque no entre en el ámbito de la legislación sobre insolvencia aplicable, la revelación pública de información pondría en grave peligro el interés de los accionistas existentes y potenciales debilitando la conclusión de negociaciones específicas concebidas para garantizar la recuperación financiera a largo plazo del emisor; b) Decisiones tomadas o contratos celebrados por el órgano de administración de un emisor que necesiten la aprobación de otro órgano del emisor para hacerse efectivos, cuando la organización de ese emisor exija la separación entre dichos órganos, siempre que la revelación pública de la información anterior a esa aprobación junto con el*



contenido de los arts 82 y 83 *bis* LMV regula las excepciones admisibles al deber de información relevante<sup>596</sup>.

De la conjugación de las normas internas con las normas comunitarias podremos verificar que no existe una perfecta simetría de contenidos. Sin embargo se tratar de una materia pasible de longas consideraciones, vamos solamente referir que el legislador nacional opta por la introducción de un esquema de exoneración legal, del deber general de información relevante, que abarca la globalidad de las informaciones que no se encuentran todavía maduras. Es esta la conclusión que se retira del contenido de la norma de la Ley del mercado de valores que obliga a la difusión inmediata de la información después de conocido el hecho o después de se adoptar la decisión o de se firmar el acuerdo o contrato (art. 82.3). Si el deber de comunicar y difundir solamente nasce después de tomada la decisión o firmado el acuerdo o contrato el legislador pretendió que las informaciones que llegan a los mercados sean definitivas. No incide, así, cualquier obligación sobre el emisor de difundir las informaciones que resulten de un momento previo a la tomada de la decisión o a la signature del contrato o acuerdo

---

*anuncio simultáneo de que dicha aprobación está pendiente pusiera en peligro la correcta evaluación de la información por parte del público. 2. A efectos de la aplicación del apartado 2 del artículo 6 de la Directiva 2003/6/CE, los Estados miembros exigirán que, para poder asegurar la confidencialidad de la información privilegiada, los emisores controlen el acceso a esta información y, en especial, que: a) los emisores hayan adoptado las medidas oportunas para negar el acceso a esa información a personas que no sean las que deban tenerlo en el ejercicio de sus funciones en el emisor; b) los emisores hayan adoptado las medidas necesarias para garantizar que las personas que tengan acceso a esa información reconozcan las obligaciones legales y reglamentarias que implica y que sean conscientes de las sanciones relacionadas con el uso inadecuado o impropio de la circulación de dicha información; c) los emisores cuenten con medidas que permitan la revelación pública inmediata de información en caso de que el emisor no pudiera garantizar la confidencialidad de la información privilegiada pertinente, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo subapartado del apartado 3 del artículo 6 de la Directiva 2003/6/CE”.*

<sup>596</sup> Con arreglo a lo dispuesto en el art. 7/1, alineas a) y b), “*quedarán excluidos del deber de información al público, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 83 bis.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, siempre que se mantengan las debidas salvaguardas de confidencialidad, los actos de estudio, preparación o negociación previos a la adopción de decisiones que tengan la consideración de relevantes. Podrán, en particular, acogerse a lo dispuesto en este apartado los actos de tal naturaleza en los supuestos siguientes: a) Negociaciones en curso, o circunstancias relacionadas con aquéllas, cuando el resultado o el desarrollo normal de esas negociaciones pueda verse afectado por la difusión pública de la información. En concreto, en el caso de que la viabilidad financiera del emisor esté en peligro grave e inminente, aunque no sea aplicable la legislación concursal, la difusión al mercado se podría retrasar durante un plazo limitado, si tal difusión pudiera poner en grave peligro el interés de los accionistas existentes y potenciales debilitando la conclusión de negociaciones específicas concebidas para garantizar la recuperación financiera a largo plazo del emisor; b) Decisiones adoptadas o contratos celebrados por el órgano de administración de un emisor que necesiten la aprobación de otro órgano del emisor para hacerse efectivos, cuando la organización de ese emisor exija la separación entre dichos órganos, siempre que la difusión pública de la información anterior a esa aprobación, junto con el anuncio simultáneo de que dicha aprobación está pendiente, pusiera en peligro la correcta evaluación de la información por parte del mercado”.*

mismo que tales informaciones no sean susceptibles de interferir con el interés social. A pesar del legislador español entender que la divulgación de informaciones en una fase aun incipiente no beneficia el mercado pudiendo mismo perjudicarlo, tomó algunas garantías y exigió que los emisores cumplan determinadas obligaciones con relación a la información que resulte de las fases de estudio o negociación de las operaciones jurídicas que puedan causar flotaciones en los precios de los respectivos valores. Las medidas exigidas tienen por objetivo que la información no divulgada al público en general pueda ser indebidamente utilizada por aquellas personas que, de forma privilegiada, la conocen<sup>597</sup>. Nótese que la exención aquí tratada no colide ni coincide con aquella otra referida más arriba y que resulta del contenido del art. 82.4, de la misma Ley que, como apuntamos, admite a los emisores retrasar la información relevante de cualesquier hechos desde que se considere que interfieren con el interés social.

En conclusión, las excepciones al deber general de difusión de información consagradas en el régimen jurídico español son dos. Una de ellas depende del hecho de una divulgación precoz de la información perjudicar el interés social y, reitérese, solamente teniendo en cuenta ese supuesto puede ser retrasada. Diferentemente la otra no exige que se verifique esa susceptibilidad de colidir con el interés social porque se relaciona con informaciones que aun no se encuentran definitivamente concretizadas y, por eso, el legislador solamente exige que se tomen algunos cuidados para que no se divulguen indebidamente.

---

<sup>597</sup> El artículo 83 bis, párrafo 1, de la Ley del mercado de valores impone que “los emisores de valores, durante las fases de estudio o negociación de cualquier tipo de operación jurídica o financiera que pueda influir de manera apreciable en la cotización de los valores o instrumentos financieros afectados, tienen la obligación de: a) limitar el conocimiento de la información estrictamente a aquellas personas, internas o externas a la organización, a las que sea imprescindible; b) llevar, para cada operación, un registro documental en el que consten los nombres de las personas a que se refiere el apartado anterior y la fecha en que cada una de ellas ha conocido la información; c) advertir expresamente a las personas incluidas en el registro del carácter de la información y de su deber de confidencialidad y de la prohibición de su uso; d) establecer medidas de seguridad para la custodia, archivo, acceso, reproducción y distribución de la información; e) vigilar la evolución en el mercado de los valores por ellos emitidos y las noticias que los difusores profesionales de información económica y los medios de divulgación emitan y les pudieran afectar; f) en el supuesto de que se produzca una evolución anormal de los volúmenes contratados o de los precios negociados y existan indicios racionales de que tal evolución se está produciendo como consecuencia de una difusión prematura, parcial o distorsionada de la operación, difundir de inmediato, un hecho relevante que informe, de forma clara y precisa, del estado en que se encuentra la operación en curso o que contenga un avance de la información a suministrar, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 82.4 de esta Ley”.

Relativamente al tratamiento práctico de la información relevante por parte de las sociedades cotizadas dígase que sus reglas y normas se encuentran sobre todo en los llamados “Reglamentos Internos de Conducta en los Mercados de Valores”.

Resulta de la mayoría de los Reglamentos y Normas Internas sobre la información analizados que las sociedades cotizadas se limitan a trasladar las normas legales sobre el asunto. Sin embargo existen algunas sociedades que desarrollan un poco más las nociones legales e intentan esclarecer de forma más profundizada los interesados. Véase, al ejemplo, la “Iberdrola” que, además de las consideraciones que hace al respecto de la información privilegiada y relevante, en el respectivo Reglamento Interno de Conducta en los Mercados de Valores, datado de 21 de abril de 2009, adonde desarrolla de forma significativa estas materias, aprobó, en 16 de junio de 2009, las “normas internas para el tratamiento de la información privilegiada de Iberdrola, SA y su grupo de sociedad” que, tal como el propio nombre indica, se dedica exclusivamente a fijar, esclarecer y divulgar las reglas aplicables al tratamiento de la información privilegiada.

### **3. El cumplimiento telemático de los deberes de información relevante ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores**

Como ya hemos apuntado, la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la información de las sociedades tiene sido incentivada por los diversos documentos que abordan las cuestiones del derecho de información del socio y de la información divulgada por las sociedades<sup>598</sup>.

Lo arriba referido es profundamente evidente cuando hablamos del Registro Telemático. Efectivamente, el llamado Registro Telemático fue creado por acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 15 de septiembre de 2006, que además de crear el dicho Registro hace asimismo la adaptación del Sistema CIFRADO/CN a los servicios de certificación y firma electrónica reconocida.

---

<sup>598</sup> En extenso *vd.* FLORES DOÑA, María de la Sierra, «El cumplimiento telemático de los deberes de información relevante a la CNMV», *Revista de derecho del mercado de valores*, n.º 3, 2008, páginas 79 a 130.

Con este acuerdo se adaptó el sistema CIFRADO<sup>599</sup> a la normativa de los servicios de certificación y de firma electrónica reconocida, establecida en la Ley 53/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. La referida normativa, como ya analizamos detalladamente en el inicio de este estudio, regula los requisitos indispensables a garantizar la máxima fiabilidad y seguridad tecnológica de los documentos electrónicos. Además de las reglas referidas en la dicha normativa, vimos asimismo el régimen especial consagrado para la administración pública electrónica que se basa en el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, y en la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio. Mientras el primero abraza la reglamentación de los registros y de las notificaciones telemáticas en el ámbito de la administración pública la mencionada Orden lo desarrolla.

Actualmente, podemos acceder al registro telemático a través de la oficina virtual de la Comisión que se encuentra fácilmente alcanzable mediante la respectiva URL (uniform resource locator) – [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es)<sup>601</sup>.

El sistema CIFRADO/CNMV presenta un carácter cerrado y funciona bajo la seguridad del *https*. No se trata de un espacio abierto al público en general sino de acceso restringido aquéllos que se hayan registrado ante el sistema y recibido las

---

<sup>599</sup> El llamado sistema CIFRADO fue aprobado por acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 11 de marzo de 1998 (BOE del 27 de marzo). Tratase de un sistema cifrado y firma electrónica que tiene por objetivo permitir el envío y trámite por vía telemática de documentos ante la dicha Comisión. Es un sistema que utiliza en su funcionamiento el cifrado simétrico y asimétrico (híbrido) y que juega con las claves pública y privada para firmar electrónicamente los documentos que son enviados. El CIFRADO solamente se queda funcional si el respectivo utilizador instalar en su ordenador una aplicación propia que sirve para comunicar con la Comisión. Además, se torna asimismo necesario realizar dos operaciones: por una parte, el usuario tiene que generar las respectivas claves – la pública y la privada; por otra parte, es necesario que el usuario envíe la clave pública a la Comisión para que esta la utilice en el desciframiento de los ficheros que reciba del usuario del sistema. Era la propia Comisión quien fornecía los programas de instalación (que contenían incluso la clave pública de la Comisión y que facilitaba un nombre y un código de usuario utilizados en la identificación de los mensajes enviados a la Comisión. El funcionamiento de este sistema se encontraba en la página *web* de la Comisión Nacional del Mercado de Valores adonde se podrían asimismo recoger las informaciones necesarias al funcionamiento del sistema.

<sup>600</sup> De acuerdo con lo previsto en el número 5 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2006 “*los interesados en acceder al Registro Telemático de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, así como los sujetos obligados a realizar los trámites telemáticos que en el presente acuerdo se regulan, podrán hacerlo a través de la dirección electrónica [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es). En dicha dirección se encontrará la relación actualizada de trámites y procedimientos en los que se permite la utilización del Registro Telemático*”.

<sup>601</sup> De acuerdo con lo previsto en el número 5 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2006 “*los interesados en acceder al Registro Telemático de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, así como los sujetos obligados a realizar los trámites telemáticos que en el presente acuerdo se regulan, podrán hacerlo a través de la dirección electrónica [www.cnmv.es](http://www.cnmv.es). En dicha dirección se encontrará la relación actualizada de trámites y procedimientos en los que se permite la utilización del Registro Telemático*”.

correspondientes claves de firma que se traducen en el código de usuario y la clave. Como tuvimos oportunidad de referir anteriormente, recuérdanos ahora que son las claves representativas de la firma electrónica reconocida que permiten presumir la identidad de los sujetos obligados y la autenticidad de sus declaraciones<sup>602</sup>. La autenticidad de las operaciones se garantiza gracias a la emisión del certificado de un prestador de servicios reconocido<sup>603</sup>. En España la entidad certificadora competente de la administración pública es la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.

Es en la Ley del mercado de valores y en los diplomas que la desarrollan que encontramos cuales son los deberes corporativos y las instrucciones inherentes al su cumplimiento telemático.

Efectivamente, el contenido de la información relevante que debe ser enviada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores se encuentra expreso, desde luego, en los artículos 35 a 35 ter, 53, 53 bis y 82 de la Ley del mercado de valores; en el Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley del mercado de valores en materia de abuso de mercado; en el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley del mercado de valores, “*en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea*”; en la Circular 2/2007, de 19 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se “*aprueban los modelos de notificación de participaciones significativas, de los consejeros y directivos, de operaciones del emisor sobre acciones propias y otros modelos*”; la Circular 4/2007, de 27 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, “*por la que se modifica el modelo de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas*”; la Circular 5/2007, de 27 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, “*sobre hechos relevantes de las Instituciones de Inversión Colectiva*”; la Circular 1/2008, de 30 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de

---

<sup>602</sup> Cfr Art. 3/8, de la Ley 59/2003 y el número 6 del Acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de valores de 15 de septiembre de 2006.

<sup>603</sup> Sobre el certificado reconocido de de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre – Real Casa de la Moneda (FNMT-RCM) *vd.* FLORES DOÑA, M<sup>a</sup> de la Sierra, «Las TIC como sustento de la transparencia corporativa y vehículo de comunicación en los Mercados de Valores europeos», *Revista de derecho del mercado de valores*, n.º 2, 2008, páginas 79 a 130, en particular 90 y siguientes.

Valores, *“sobre información periódica de los emisores con valores admitidos a negociación en mercados regulados relativa a los informes financieros semestrales, las declaraciones de gestión intermedias y, en su caso, los informes financieros trimestrales”*.

Los diplomas acabados de mencionar son el reflejo de la verdadera introducción de los medios telemáticos en la concretización de los deberes corporativos por parte de las sociedades anónimas cotizadas. Tal evidencia es visible, desde luego, porque en algunas de las normas jurídicas solamente pueden ser concretadas y cumplidas con el auxilio de determinados programas y estándares informáticos.

Veamos ahora cuáles son los principales presupuestos del cumplimiento telemático de los deberes corporativos a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Antes que nada, es importante resaltar que el cumplimiento telemático de los referidos deberes se encuentra bajo la égida del principio general de voluntariedad. Todavía lo mismo no sucede con la obligatoriedad de estar dado de alta en el sistema CIFRADO. Volviendo al principio de la voluntariedad que, como hemos dicho, es el pilar del Registro telemático de la Comisión Nacional del Mercado de Valores viene consagrado en el número 4, párrafo 3, del Acuerdo de 15 de septiembre que refiere que *“la presentación telemática de escritos y comunicaciones ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores será voluntaria, salvo en aquellos procedimientos en los que la norma que los regula haya establecido su carácter obligatorio”*. De la lectura del precepto podremos retirar, además de la consagración del principio de la voluntariedad, la existencia de una cláusula de exención legal. Efectivamente, es muy claro el precepto al asentar que la voluntariedad cesa cuando en causa se encuentran determinados procedimientos a los cuáles la ley haya conferido carácter obligatorio. Mientras la mayoría de las informaciones relevantes se puedan remitir bien por vía telemática bien por papel, lo que espeja una verdadera voluntariedad en utilizar el sistema telemático, existen muchas que tienen que ser enviadas obligatoriamente a través de los medios telemáticos. Veamos algunos ejemplos. La Circular 2/2007 declara la ya mencionada voluntariedad cuando, en la segunda frase del párrafo 1 de la norma número 2, refiere que *“los modelos de notificación podrán remitirse indistintamente por vía telemática o en papel”*. Contrariamente, resulta de distintas normas de las Circulares la obligatoriedad del cumplimiento telemático de inúmeras informaciones. Así, para poner

un ejemplo, entre otros, podemos apuntar que “*los modelos de notificación de operaciones realizadas sobre acciones propias remitirse obligatoriamente por vía telemática*”<sup>604</sup>, que para la “*difusión como hecho relevante y a los efectos del tratamiento con fines estadísticos de la información, el informe anual de gobierno corporativo será objeto de presentación por vía telemática a través del sistema CIFRADO/CNMV u otro similar*”<sup>605</sup> y que “*la información que, de conformidad con la norma primera, deban elaborar los emisores cuyos valores negociables estén admitidos en un mercado secundario oficial o en un mercado regulado domiciliado en la Unión Europea cuando España sea Estado miembro de origen, será remitida a través del sistema CIFRADO/CNMV del Registro Electrónico de la CNMV u otro similar que, en su caso, pudiera sustituirlo, y según el modelo y requisitos técnicos establecidos a estos efectos en cada momento*”<sup>606</sup>.

De los hechos precedentes verificamos fácilmente que la utilización de los medios telemáticos en el ámbito del cumplimiento de los deberes corporativos es una realidad que ciertamente no tendrá retroceso sino evolución. De hecho, pensamos que no restan muchos años sin que todos los deberes corporativos sean cumplidos exclusivamente de forma telemática. Las calidades del sistema son innegables. En verdad, características como rapidez, agilidad y bajos costes en la transmisión de la información son profundamente determinantes en la elección del medio a utilizar y ningún de los actuales medios disponibles permite concretizar tales características mejor que los medios telemáticos. Como afirma FLORES DOÑA “*la base tecnológica e integración de los medios electrónicos en todos los actos y fases del procedimiento de información corporativa son los grandes avances de las instancias europeas a la modernización de los mercados de valores en la Unión Europea*”<sup>607</sup>.

Las comunicaciones de hecho relevante que tengan de hacerse mediante la utilización de los medios telemáticos siguen los modelos normalizados y previamente definidos que se encuentran a disposición de las entidades dadas de alta en el servicio

---

<sup>604</sup> Con arreglo al dispuesto en la norma segunda, primero párrafo, primera frase, de la Circular 2/2007.

<sup>605</sup> Cfr. Norma 4, 2 párrafo, de la Circular 4/2007.

<sup>606</sup> Con arreglo a lo dispuesto en la norma sexta, primero párrafo, de la Circular 1/2008.

<sup>607</sup> Vd. FLORES DOÑA, M<sup>a</sup> de la Sierra, «Los deberes de transparencia a los mercados de valores en clave tecnológica», *Delloite Review*, abril 2008, página 30; FLORES DOÑA, M<sup>a</sup> de la Sierra, «Las TIC como sustento de la transparencia corporativa y vehículo de comunicación en los Mercados de Valores europeos», *Revista de derecho del mercado de valores*, n.º 2, 2008, páginas 153 a 206.

pudiendo estas descargarlos directamente desde la Web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Ya apuntamos distintas veces que la seguridad y confianza jurídica son los mayores problemas en torno de la utilización de los medios telemáticos y vimos asimismo que para obstar al dicho problema se crearan diversos mecanismos que intentan conferir la máxima seguridad en las transmisiones electrónicas en el envío de las informaciones como es el ejemplo de la creación de la firma electrónica reconocida. Esta firma, por se tratar de aquella que actualmente mejor concretiza los mencionados intentos de seguridad jurídica en las comunicaciones electrónicas es aquella que es admitida en las relaciones con la Comisión. Todavía esta conclusión no se retira directamente de la lectura del punto sexto del Acuerdo de 15 de septiembre de 2006 que, intitulado de “*sistemas de firma electrónica admitidos por el Registro Telemático*”, refiere que “*la Comisión Nacional del Mercado de Valores admitirá en sus relaciones telemáticas con los usuarios del Registro Telemático, los sistemas de firma electrónica que, en los términos establecidos en el Ordenamiento jurídico, resulten adecuados para garantizar la identidad, autenticidad e integridad de los documentos electrónicos y sean compatibles con los medios técnicos de que dispone la Entidad. A estos efectos, se admitirán todos aquellos que cumplan con los requisitos de autenticidad exigidos a los dispositivos y aplicaciones de registro y notificación telemáticos que se establecen en el apartado tercero de la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio*”. Ahora bien, como afirmamos anteriormente, de la lectura del precepto no resulta claramente que las relaciones telemáticas que sean encetadas con la Comisión deben ser amparadas por la utilización de la firma electrónica reconocida. De lo contrario, podemos mismo decir que de la norma resulta que será admitido cualquier sistema de firma electrónica que cumpla los requisitos allí referenciados. El legislador, en nuestra opinión bien, no optó por un sistema de firma electrónica ya existente limitándose a afirmar cuales las características que tendría que cumplir para garantizar los intentos de seguridad jurídica. Así, el precepto estará en conformidad con cualquier avance tecnológico no se quedando limitado a los sistemas actualmente conocidos. De cualquier de las maneras, si interpretarnos las exigencias del legislador con los sistemas de firma electrónica que, hoy día, se encuentran disponibles siempre tendremos que volver a la afirmación inicial y referir que la Comisión nacional admite en sus relaciones telemáticas únicamente la



firma electrónica reconocida. Si no veamos. La Ley de firma electrónica, como analizamos ya, fija que la firma electrónica avanzada y acreditada mediante certificado emitido por un prestador de servicios reconocido, es decir, la firma electrónica reconocida, es aquella que ostenta las garantías de identidad, autenticidad e integridad de los documentos electrónicos que son, precisamente las garantías mínimas exigidas por la Comisión. Además, es la firma electrónica reconocida aquella que goza de la presunción de autenticidad en materia de prueba y aquella que la ley concede el mismo valor que la firma manuscrita relativamente a los documentos materializados en papel<sup>608</sup>. Así las cosas, concluimos que, en las relaciones telemáticas con la Comisión, el sistema de firma electrónica exigida es efectivamente el de la firma electrónica reconocida.

Resulta de todas las consideraciones antecedentes que la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la divulgación de información de las sociedades merece, en nuestro entendimiento, rasgados elogios. Creemos mismo que no será demasiado afirmarnos que, teniendo en cuenta las medidas de política legislativa decretadas en este ámbito, el legislador unionista y asimismo el legislador nacional bien comprendieran que las nuevas tecnologías de información y comunicación integran una herramienta apta e idónea a procesar la información financiera. Inteligentemente armonizaran los medios tecnológicos con las necesidades jurídicas y permiten que las sociedades cumplan sus deberes corporativos de modo prácticamente estandarizado lo que, naturalmente, confiere al mercado y a sus destinatarios últimos – accionistas, inversores, trabajadores, acreedores – la credibilidad y confianza necesarias a la sustentabilidad y eficiencia económica y, consecuentemente, social. La integración de los medios tecnológicos en la transmisión de información pública consiste en el más importante progreso de la modernización del derecho de sociedades anónimas y de los mercados de valores.

---

<sup>608</sup> En extenso véanse las consideraciones hechas, en el capítulo II de este trabajo, a propósito de la firma electrónica en general y de la firma electrónica reconocida, en particular.

## **CONCLUSIONES**

A lo largo del trabajo aquí presentado se ha intentado, mediante el estudio exhaustivo de las bases jurídicas y doctrinales y a través de la necesaria observación empírica, inferir el estado de la incorporación, y asimismo el impacto, de las nuevas tecnologías en la constitución y funcionamiento de las sociedades mercantiles. Creemos que es ahora oportuno recapitular las ideas principales y las consideraciones que, a nuestro juicio, forman el substrato principal del estudio que ahora se concluye.

- I. El nivel de crecimiento económico de los países depende, entre otras cosas, del grado de competencia de sus empresas que, como hemos pretendido demostrar, se encuentra sobremanera favorecido con el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. En efecto, la utilización de las nuevas tecnologías permite conjuntamente una disminución significativa de los costes asociados a la creación de empresas, una mayor eficiencia, rapidez y transparencia en su funcionamiento y, sobre todo, un ahorro considerable en los gastos inherentes al uso de otros medios de comunicación tradicionalmente utilizados. Concomitantemente, en el momento actual es ya un hecho la creciente utilización de las nuevas tecnologías en diferentes aspectos del funcionamiento de las sociedades mercantiles, por lo que el Derecho no puede ni debe mantenerse ajeno a este fenómeno, haciéndose necesaria una adaptación normativa o, en su caso, una interpretación de las normas vigentes para -en pos de la seguridad jurídica- plasmar el uso de las tecnologías de la información al servicio de las sociedades mercantiles.
  
- II. Por lo que se refiere a la utilización de las nuevas tecnologías en la creación de empresas en forma de sociedades mercantiles (fundamentalmente sociedades de capital), se aprecia el interés manifiesto de las instituciones comunitarias por fomentar el recurso a las nuevas tecnologías para facilitar la creación de empresas con el objetivo último de alcanzar un mercado único más competitivo. Efectivamente, del análisis efectuado en nuestro trabajo se desprende que el uso

de las nuevas tecnologías aporta una significativa disminución y facilitación del número de trámites administrativos en la creación de nuevas empresas. Efectos estos que, a su vez, deben influir positivamente en el crecimiento del tejido empresarial (principalmente de pequeñas y medianas empresas) y consecuentemente de la economía en general.

III. En el ordenamiento jurídico español, la utilización de las nuevas tecnologías en la creación de las sociedades mercantiles sufrió, en 2003, un importante avance con la tipificación de un nuevo subtipo societario: la sociedad limitada nueva empresa. A pesar de las críticas que puedan efectuarse sobre la oportunidad de este nuevo -y muy particular- modelo societario, lo cierto es que con su aparición el legislador ha posibilitado que el otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución de la sociedad nueva empresa se haga exclusivamente mediante la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, facilitando los trámites necesarios y acortando significativamente los plazos habituales para la constitución ordinaria de sociedades de capital. Más tarde, en 2006, el empleo de técnicas informáticas y telemáticas fue extendido a la creación de las sociedades de responsabilidad limitada ordinarias o generales. Con este sistema de tramitación telemática, se posibilita que el tipo societario preferido por la mayor parte de los emprendedores y que representa el núcleo del tejido empresarial español se pueda constituir de forma más rápida, más cómoda y, sobre todo, más barata. De las últimas intervenciones legislativas, concluimos asimismo que el legislador tiene aspiraciones de -esperemos que dentro de un período relativamente breve- extender el uso de las nuevas tecnologías a la creación de los demás tipos de sociedades de capital (la sociedad anónima), como actualmente sucede en otros países.

IV. En el ámbito del funcionamiento de la Junta General evidenciamos que el uso de las nuevas tecnologías se traduce -o se puede traducir- en una notable contribución para mejorar algunas de las deficiencias endémicas de este órgano y fomentar, así, la participación de los socios facilitándoles el ejercicio de sus derechos individuales. En definitiva, constatamos que, entre otras utilidades,

asumen un papel fundamental aquellas que se relacionan con la convocatoria y con la asistencia, discusión y voto durante la celebración de la Junta, facilitando incluso que esos derechos políticos del socio puedan ejercitarse a distancia por medios telemáticos.

- V. Con la entrada en vigor del TRLSC, el 1 de septiembre de 2010, el régimen de la convocatoria de juntas de sociedades de responsabilidad limitada, aunque de forma meramente parcial, ha quedado unificado con el de las sociedades anónimas. El sistema básico de convocatoria, en ambos tipos societarios, consiste en un sistema de convocatoria pública: anuncio en BORME y prensa. Sin embargo, contrariamente a lo que sucede en las sociedades anónimas, en las limitadas el mencionado sistema básico de convocatoria pública no presenta carácter imperativo y puede, por eso, ser sustituido por un sistema estatutario de convocatoria privada a través de una comunicación escrita e individual a los socios, la cual puede revestir una de las siguientes formas: 1) carta certificada con acuse de recibo; 2) correo electrónico con acuse de recibo sin la necesidad de intervención de un tercero de confianza; 3) correo electrónico enviado con la colaboración de un tercero de confianza (al momento la empresa Correos de España). Se aprecia fácilmente que las tecnologías de la información pueden contribuir a facilitar las convocatorias de juntas generales y a reducir notablemente los costes para la sociedad.
- VI. Puede decirse, entonces, que el legislador español ha admitido la posibilidad de recurrir a los medios electrónicos en la convocatoria de las juntas generales de las sociedades de responsabilidad limitada generales y de su subtipo sociedad nueva empresa, aunque no se ha pronunciado al respecto en relación con la convocatoria de juntas de las sociedades anónimas. Esta imprevisión legal implica que aquellas sociedades anónimas que pretendan introducir los medios telemáticos en la divulgación de sus convocatorias (mediante sistemas de convocatoria privada a través de comunicaciones telemáticas a cada uno de los socios) lo tendrán que hacer a título meramente complementario, puesto que deberán respetar en todo caso la forma legalmente exigida (sistema público de

convocatoria) que, como comprobamos, no admite la utilización de estos medios.

- VII. Las tradicionales formas de convocar a los socios a las juntas generales son poco eficaces, especialmente en el seno de las sociedades cotizadas, teniendo en cuenta sus características particulares, en particular, la disgregación del capital social entre millares de accionistas repartidos por todo el mundo. Por ello, y con el objetivo de lograr una mayor difusión de la convocatoria entre los accionistas, se ha establecido -mediante un complejo proceso normativo- la obligación para las sociedades cotizadas de hacer publicidad en su sitio web de las convocatorias de sus juntas generales. Pese a las dudas doctrinales que rodean la naturaleza -imperativa o facultativa- de esa publicitación en web de la convocatoria de las juntas de las sociedades cotizadas, hemos pretendido demostrar que solamente el carácter cogente del precepto se ajusta a la intención verdaderamente perseguida por el legislador nacional e impulsada, además, desde las instituciones comunitarias: que el anuncio de la convocatoria se realice mediante la utilización de medios que permitan un acceso rápido y no discriminatorio a los accionistas. En nuestro estudio, hemos dejado constancia de la posibilidad de optimizar la eficacia en la difusión de la convocatoria para los accionistas a través de la implementación, fijada en las normas internas de la sociedad, de un sistema de aviso o alerta a los socios sobre la publicación de la convocatoria en el sitio web.
- VIII. Todavía en materia de convocatoria de la Junta, llama la atención el estatuto propio conferido por el legislador a la sociedad nueva empresa, contemplando expresamente la utilización de nuevas tecnologías (en consonancia, por lo demás, con las peculiaridades de este subtipo social). De la interpretación realizada de la normativa aplicable, resulta -a pesar de las muchas dudas existentes- que las convocatorias de las juntas de las sociedades limitadas nueva empresa podrán adoptar la forma individual y escrita, y permitir así una completa información a los socios. Se reconoce expresamente en la Ley que la convocatoria podrá ser vehiculada por correo certificado con acuse de recibo o a través de medios telemáticos. La utilización de estos últimos medios deberá

garantizar al socio el conocimiento de la convocatoria mediante la acreditación fehaciente del envío del mensaje de correo electrónico de la convocatoria o mediante el envío del acuse de recibo del socio. Igualmente, y para mayor seguridad jurídica, el “*plus probatorio*”, es decir, la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico, podrá alcanzarse con la intervención de un tercero de confianza y, también con la utilización de un programa informático que permita probar las entregas en el buzón del destinatario del mensaje.

- IX. El recurso a las nuevas tecnologías puede resultar también extraordinariamente útil en la celebración de la Junta General. En particular -así lo considera el legislador comunitario- puede servir para combatir la pandemia del absentismo de los accionistas en grandes sociedades cotizadas, ocasionada por una evidente falta de interés de los accionistas inversores en los asuntos sociales. A su vez, en las pequeñas y medias empresas, cuyas reuniones son tradicionalmente participativas, las nuevas tecnologías podrán facilitar la presencia y participación de un número aun más elevado de socios.
- X. La asistencia telemática a las juntas generales se ha reconocido expresamente en el TRLSC 2010 para las sociedades anónimas, dejando su concreción a lo que dispongan al respecto los estatutos de cada sociedad o, en su caso, los reglamentos de funcionamiento de la Junta General. Existen varias posibilidades de asistencia telemática: la mera asistencia telemática de los socios -sin participación interactiva- a las reuniones de la Junta, siguiendo en directo el desarrollo de la sesión; la asistencia telemática interactiva, en comunicación bidireccional, bien permitiendo solamente la participación en la discusión sin admitir el ejercicio del derecho de voto, bien permitiendo este último sin posibilitar la intervención en la discusión, o bien permitiendo participar plenamente en la discusión y votar en directo. La participación telemática plena (asistencia, deliberación y voto en directo por medios de comunicación a distancia) supone el estado más avanzado de la aplicación de los medios electrónicos al funcionamiento de las Juntas Generales. Sin embargo son aún pocas las sociedades que la prevén en sus estatutos o reglamentos de Junta

General y menos aún las que la llevan a cabo en la práctica. Aún queda mucho camino por andar y serán necesarios, seguramente, nuevos impulsos normativos.

- XI. Hemos visto igualmente que, en esta sede de asistencia telemática -al contrario de lo que sucede en el ámbito de la convocatoria- la Ley no contempla directamente su aplicación en las sociedades de responsabilidad limitada; ni para admitirla, ni para rechazarla. Por ello, partiendo siempre del carácter flexible de este tipo societario expresado en la amplia libertad estatutaria concedida por el legislador, entendemos que las sociedades limitadas también podrán valerse de las nuevas tecnologías para admitir la presencia telemática de sus socios en las Juntas Generales, siempre, claro está, que tal posibilidad esté prevista en los estatutos sociales.
- XII. En nuestro estudio consideramos también la posibilidad de la existencia de Juntas cuyo desarrollo transcurre total y exclusivamente en el espacio virtual, a través de un medio que admita la comunicación bidireccional entre los asistentes virtualmente, sin ninguna presencia física. Sobre la admisibilidad jurídica de estas reuniones concluíamos, para el ámbito de las sociedades anónimas bajo el régimen de la LSA 1989, que el principal obstáculo residía en la imposición legal de que las Juntas mismas se celebrasen en la localidad del domicilio social (salvo en el caso de Juntas universales). Imposición esta que, sin embargo, no existía para las sociedades de responsabilidad limitada en la LSRL 1995. Con el TRLSC 2010 el legislador ha uniformado ambos regímenes normativos, estableciendo -en el régimen hoy vigente, común para ambos tipos societarios- que los estatutos podrán disponer libremente el lugar de celebración de las Juntas Generales (actuando como criterio legal supletorio el domicilio social de la entidad), incluyendo -entendemos- una celebración virtual sin un lugar físico concreto. Concluimos, pues, que las ciberjuntas son perfectamente admisibles en el actual régimen jurídico de las sociedades de capital. Sin embargo, es preciso poner de manifiesto algunos problemas no desdeñables en relación con la celebración de juntas puramente virtuales. A modo de ejemplo, la ciberjunta puede ser incompatible con la presencia de Notario para levantar acta y también

con la celebración de Juntas en sociedades con un elevado número de socios, como sucede en las sociedades anónimas cotizadas. Ahora bien, aunque resulte evidente que la celebración de ciberjuntas no estará exenta de obstáculos, consideramos que, aun así, podrán revestir un papel extremadamente importante, sobre todo en el seno de las pequeñas y medianas empresas, donde el menor número de socios y la mayor regularidad con que se realizan Juntas Generales, facilitarán probablemente el recurso -siquiera puntual o coyuntural- a las ciberjuntas (v.gr., para resolver asuntos urgentes cuando los socios no puedan reunirse físicamente por cualquier circunstancia).

- XIII. La viabilidad de las Juntas puramente virtuales depende en última instancia de la posibilidad de que todos los participantes puedan comunicarse entre sí, de forma multidireccional, para ejercer a distancia todos los derechos (políticos) correspondientes. Así, además de intercambiar ideas sobre los asuntos en discusión tendrá que ser posible que cada uno de los socios ejerza su derecho de voto de forma telemática. Sobre el ejercicio a distancia del derecho de voto, comprobamos que no ha sido un asunto que haya merecido una especial atención por el legislador, mientras que sí ha sido tratado con mayor detenimiento en el ámbito de los Códigos Éticos y de Buen Gobierno, que tienen como primeras destinatarias a las sociedades que cotizan en mercados de valores; aunque, en la práctica son escasas las disposiciones al respecto incluidas en los reglamentos de Juntas Generales de sociedades cotizadas. Tanto la LSA 1989 (tras la reforma de 2005) como el TRLSC 2010 se limitan a reconocer para la sociedad anónima la posibilidad de la emisión del voto a distancia mediante la utilización de medios de comunicación a distancia, siempre que esté previsto así en los estatutos de la sociedad. Por tanto, que, una vez más, el legislador relega al plano estatutario la implementación de las nuevas tecnologías en el funcionamiento de sus órganos sociales. Sea como fuere, hemos señalado distintas modalidades del ejercicio del derecho de voto a distancia, unas con el auxilio de las nuevas tecnologías y otras recurriendo a las “viejas” formas de comunicación. Dependiendo del medio utilizado, la emisión del voto puede ocurrir en un momento anterior al de la celebración de la junta o durante la propia sesión. De entre estas dos



posibilidades, esgrimimos argumentos que nos permiten concluir que la mejor alternativa es aquella que permite la emisión del voto (a distancia) durante la propia sesión, ya que posibilitará a los socios asistir y participar en la discusión, y conformar así de la mejor manera el sentido de su voto.

- XIV. Hemos analizado también la figura de la representación voluntaria del socio en la Junta General, como mecanismo jurídico que sirve para procurar una mayor participación de los socios en la Junta y para facilitar el ejercicio de los derechos políticos al socio que, por la causa que fuere, no puede asistir a la Junta. Sobre esta materia se expuso cómo, además de la presencia física del representante en la sesión como modo de representación del representado, es actualmente posible que el representante ejerza el mandato por vía telemática, siempre que se trate de una comunicación que permita al representante ejercer a distancia todos los derechos abarcados por el mandato (asistencia, deliberación y voto). Naturalmente, no tendría sentido que el representante se limitase a ejercer su voto a distancia antes de la Junta, pues eso puede hacerlo directamente el socio.
- XV. El epicentro del estudio que ahora se completa reside, sin duda, en apurar las implicaciones legales de la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito del funcionamiento de la Junta General. Aun así, no se trataría de un estudio completo, dentro de las limitaciones que naturalmente presenta, si no hiciésemos una referencia a la utilización de los medios telemáticos en el funcionamiento del Órgano de Administración de las sociedades cuando adopte la estructura o forma de Consejo de Administración. A semejanza de lo que pasa con las reuniones de la Junta General, también las reuniones del Consejo de Administración tienen que ir precedidas de una convocatoria. Tanto el TRLSA 1989 como la LSRL 1995 y ahora el TRLSC 2010 omiten hacer referencia a la forma y los medios con que puede efectuarse la convocatoria del Consejo, de lo que se infiere que no impiden la utilización de cualesquiera medios o procedimientos telemáticos para el envío de la convocatoria a los miembros del Consejo.

XVI. Esta libertad legal se produce asimismo en lo que atañe al lugar de celebración de las reuniones del Consejo. Por eso afirmamos que estas reuniones pueden incluso transcurrir en el espacio virtual total o parcialmente. En las reuniones totalmente virtuales la Sociedad tendrá que otorgar a los consejeros (o sus representantes) las facilidades técnicas para participar plenamente en la sesión mediante una comunicación interactiva y bidireccional. A su vez, en las reuniones parcialmente telemáticas pueden darse dos posibilidades distintas: 1) que el consejero que participa telemáticamente en la sesión disponga de condiciones técnicas para intervenir efectivamente en la discusión; 2) que el consejero solamente pueda seguir por medios telemáticos la reunión, pero sin poder intervenir, en cuyo caso podría nombrar un representante para participar físicamente en la sesión y recibir en directo las órdenes del representado en lo relativo a la deliberación y voto.

XVII. El derecho de información implica que, en determinadas circunstancias, debe facilitarse a los socios el acceso por escrito a la información societaria. La forma escrita puede revestir formato electrónico y, por tanto, la utilización de los medios telemáticos para facilitar por escrito informaciones a los socios es perfectamente posible e incluso deseable, pues facilitará la comunicación y reducirá notablemente los costes en tiempo y dinero. Sin embargo, conviene distinguir algunas situaciones: i) que los estatutos admitan expresamente la utilización de los medios electrónicos junto con los medios tradicionales de información; ii) que los estatutos rechacen por completo la utilización de los medios telemáticos en el ejercicio del derecho a la información; iii) que los estatutos estipulen que el ejercicio del derecho de información se hará solamente a través de medios telemáticos rechazando los tradicionales medios de comunicación; iv) que los estatutos omitan cualquier referencia a la utilización de los medios electrónicos en el ámbito del ejercicio del derecho de información de los socios. A nuestro juicio actualmente no sería posible establecer formas exclusivamente electrónicas de envío de información a los socios, pues -a pesar de lo avanzado de la sociedad de la información- posiblemente muchos socios no recibirían esa información, provocando situaciones de desigualdad en el

ejercicio de derechos. Al revés, ante el silencio legal vigente, será admisible rechazar por completo la utilización de los medios electrónicos. No obstante, consideramos que la utilización de las nuevas tecnologías reviste particular interés en el seno del derecho de información de los socios, puesto que facilitaría el envío de información con mayor rapidez y menor coste.

XVIII. Donde la aplicación de las nuevas tecnologías en el funcionamiento de las sociedades mercantiles reviste un carácter más obligatorio e impositivo es en el ámbito de las sociedades cotizadas. En este sentido, el legislador impone que las cotizadas dispongan de una página web para concretar el derecho de información de los socios y para difundir la información relevante exigida legalmente. Las medidas de política legislativa decretadas a propósito de la utilización de las nuevas tecnologías como medio de divulgación de información, muestran una efectiva coordinación del legislador nacional con el legislador comunitario, culminando en un importante paso en el progreso de la modernización del derecho de sociedades. Las nuevas tecnologías se ofrecen aquí como una herramienta apta e idónea para procesar la información societaria y financiera permitiendo, de esta forma, que las sociedades cumplan sus deberes corporativos de modo estandarizado confirmando al mercado y a sus destinatarios principales (accionistas, inversores, trabajadores y acreedores) un elevado grado de transparencia y consecuentemente de credibilidad y confianza.

XIX. El sentimiento que queda, al final de todo, es que el legislador no se ha preocupado especialmente, hasta al momento, de la utilización de las nuevas tecnologías en la constitución de las sociedades mercantiles y en su funcionamiento. La verdad es que, salvo algunas excepciones, las referencias legales son meramente puntuales y no presentan cohesión con el sistema ni están articuladas entre sí. Concluimos así que, a excepción del régimen de las sociedades cotizadas -donde se impone alguna obligación legal en relación con la utilización de medios telemáticos-, en el resto de sociedades mercantiles el recurso a las nuevas tecnologías se deja a la libre voluntad de los socios expresada en los estatutos sociales o, en su caso, a la libre voluntad de los

administradores reflejada en el reglamento de funcionamiento del órgano de administración.

- XX. Probablemente, el legislador español ha preferido optar por esta aplicación voluntaria de las tecnologías de la información a las sociedades cotizadas a la vista de las diferencias evidentes en el funcionamiento de los distintos tipos sociales (en rigor de las distintas clases de empresas), y también posiblemente a la vista de la escasa utilización de las nuevas tecnologías en el tejido empresarial español. Entendemos, no obstante, que el legislador puede y debe ir más lejos en la consagración (imposición) de las nuevas tecnologías al servicio de las sociedades de capital. Es lamentable, en este sentido, que se haya desaprovechado la oportunidad ofrecida por la reciente publicación del TRLSC 2010, primero para coordinar y ajustar los regímenes de las sociedades de responsabilidad limitada con el de las sociedades anónimas (uno de los objetivos declarados en la Exposición de Motivos), cuyas discrepancias no son justificables en esta materia, y segundo para dar un paso más concretando los medios y procedimientos electrónicos que -por la vía estatutaria- pueden utilizar las sociedades mercantiles en distintos aspectos de su creación y funcionamiento (labor que el propio legislador admite como posible para perfeccionar el conjunto sin necesidad de sustituciones normativas).

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, bajo dirección de Aurelio Menéndez, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2008.
- AA VV, *Ley de sociedades de responsabilidad limitada (comentarios de urgencia a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada)*, bajo la coordinación de R. CABANAS TREJO y J. M. CAVALIA MORENO, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- ABAD VALDENEBRO, Eduardo, «La información financiera de las sociedades cotizadas», *Sociedad Cotizada*, FERNANDO VIVES Y JAVIER PÉREZ-ARDÁ, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- ABALLÉA, Thierry, COHEN-SALMON, Serge, «Le vote électronique dans les sociétés commerciales: vers une internationalization du role des organes de decisions (réflexions à partir des Lois NRE et signature électronique)», en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 3, 2003, página 285 a 295.
- ABBADESSA, «Il nuovo ruolo dell'assemblea nella società per azioni», en *Associazione Disiano Preite, Verso un nuovo diritto societario*, Il Mulino, Bologna, página 163 y siguientes.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, volume II – *Das sociedades*, Coimbra, 2002.
- Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, Ministerio de Administraciones Públicas, *Trámites administrativos para la creación de empresas en España (E06-2007)*, Colección “Evaluaciones de la Agencia”, n.º 6, Madrid, diciembre 2007 (disponible en [http://www.map.es/publicaciones/Agencia\\_estatal\\_de\\_evaluacion\\_de\\_las\\_politicas\\_publicas/monografias/parrafo/018/text\\_es\\_files/file1/E06-2007.pdf](http://www.map.es/publicaciones/Agencia_estatal_de_evaluacion_de_las_politicas_publicas/monografias/parrafo/018/text_es_files/file1/E06-2007.pdf)).
- AGUILERA ANEGÓN, Gonzalo, «La presentación telemática», en *Revista de Derecho y nuevas tecnologías*, año 2008-1, n.º 16, páginas 19-39.
- AGUILERA ANEGÓN, Gonzalo, «Aspectos registrales y fiscales de la presentación telemática», en *Revista de Derecho y nuevas tecnologías*, año 2008-1, n.º 16, páginas 39-83.

- ALCOCK, BIRDS & GALE, Act Companies 2006: The New Law, revised and published as Alcock, Birds and Gale on the Companies Act 2006 (2008), Jordan Publishing.
- ALCOVER GARAU, Guillermo, «Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, coord. por Fernando Rodríguez, vol. I, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, págs.. 375 a 398.
- ALIAGA CASANOVA, Alfonso Carlos, «El documento electrónico y el proceso monitorio. Reflexiones sobre su aplicación práctica.», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Año 2005, n.º 8, páginas 39 a 54.
- ALONSO UREBA, A. “La sociedad Unipersonal”, en AA.VV. (dirs. ALONSO UREBA, CHICO ORTIZ y LUCAS FERNÁNDEZ), *La Reforma del Derecho español de Sociedades de Capital*, ED. Civitas, Madrid, 1987.
- ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco e KRASNOPEROVA, Larisa, «Algumas considerações sobre o regime jurídico da assinatura electrónica e digital, na Rússia e em Portugal», *Scientia Iuridica*, Tomo LIV, n.º 302, Abril-Junho 2005, págs. 297 a 320.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 3ª Ed., Publicação Coimbra: Arménio Amado, Coimbra, 1978.
- ANSA, *L'Utilization des Moyens de Télétransmission et les Assemblées Générales d'Actionnaires*, informe presentado por el grupo de trabajo de la ANSA presidido por el director general, PHILIPPE BISSARA, enero, 2000.
- ÁNGEL ROJO, «Lección 2 – El Empresario», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, coordinación a cargo de María Luisa Aparicio González, cuarta edición, Thomson.
- ÁNGEL ROJO, «Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial» en Curso de Derecho Mercantil, dirección a cargo de Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez y coordinación de Maria Luisa Aparicio, Thomson Civitas, 2ª ed, 2006.

- AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., «La convocatoria de las juntas generales de accionistas por decisión de la autoridad judicial en las sociedades anónimas», en *Revista General de Derecho*, núm. 584, 1993, páginas 487 y siguientes.
- AREAN LALÍN, M., «La distinción entre Juntas generales ordinarias y extraordinarias en la sociedad anónima», en *La Ley*, 1986 – 1, páginas 613 y siguientes.
- ASCENSÃO, José Oliveira de, «A Sociedade da Informação», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, págs. 163 a 184.
- ASCENSÃO, José Oliveira de, «E agora? Pesquisa no Futuro Próximo», *Sociedade da Informação – Estudos Jurídicos*, Almedina, Coimbra, 1999.
- AUGOUSTATOS ZARCO, Nicolas, «La convocatoria de la Junta General de socios mediante el correo electrónico», en *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, bajo coordinación de Agustín Madrid Parra, María Jesús Guerrero Lebrón, 2007, páginas 387-412.
- AVILA JARRÍN, F. J., *Convocatoria judicial de la junta general en S.A. y S.L.*, Barcelona, 2004.
- BAINBRIDGE, Stephen M., «Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance», *UCLA, School of Law Research*. Paper No. 02-06. February 2002. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=300860> or DOI: 10.2139/ssrn.300860.
- BARBA DE VEGA, J., «Junta general», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, de Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), J. D. Rodríguez Martínez y J. Barba de Vega, Pamplona, 1998
- BAUMS, Theodor, «El Código alemán de Gobierno corporativo del año 2002: relaciones entre la regulación legal y autorregulación», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, 10.º aniversario de la RdS, Aranzadi, 2005.

- BEBCHUK, Lucian A., «Letting Shareholders Set the Rules», *Harvard Law Review*, vol. 119, páginas 1784-1813, 2006. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=891823>.
- BEBCHUK, Lucian A. «The case for increasing shareholding power», *Harvard Law Review*, vol. 118, n.º 3, páginas 833-914, January 2005, Harvard Law and Economics Discussion Paper n.º 500. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=387940>.
- BEBCHUK, Lucian A. «Designing a shareholder access rule (2004)», *Corporate Governance Advisor*, vol. 12, páginas 28-32, 2004. Harvard Law and Economics Discussion Paper n.º 461. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=511882> or DOI: 10.2139/ssrn.511882
- BEKKERS, Victor, KOOPS Bert-Jaap e NOUWT, Sjaak, *Emerging Electronic Highways – new challenges for politics and law international*, Kluwer Law International, London, 1996.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar, *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, 1993.
- BERCOVITZ RODRÌGUEZ\_CANO, A., «Modificación de los estatutos sociales, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Coordinador: U. Nieto Carol, Madrid, 1998, página 407 y siguientes.
- BISBAL i MÉNDEZ, J., «La junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Tratado de la sociedad limitada*, bajo coordinación de José Cándido Paz-Ares Rodríguez, 1997, páginas 663-688.
- BISBAL i MÉNDEZ, J., «La sociedad anónima unipersonal», en *La Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Rojo, A. (dir.), Civitas, Madrid, 1987.
- BOLÁS ALFONSO, J., *La junta general de accionistas*, Ed. CISS, Valencia, 1999.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina, «Modificaciones estructurales por la Junta general», en *Reflexiones sobre la Junta General de las Sociedades de Capital – Jornada Internacional*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 de Abril de 2009.



- BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La junta general de las sociedades capitalistas*, 1ª ed, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2008.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina, «La junta general de la sociedad anónima europea domiciliada en España», en *La Sociedad anónima europea domiciliada en España*, AA VV, bajo dirección de Josefina Boquera Matarredona, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, páginas 259 a 284.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina, (dir.), *La sociedad Limitada Nueva Empresa. Comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, página 101 y siguientes.
- BOQUERA/LATORRE, «Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada», *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, 10ª ed., Madrid, 1994 (con apéndice actualizador de 1995).
- BUSI, Carlo Alberto, «Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata», en *Trattato di Diritto dell'economia*, bajo dirección de Eugénio Picozza e Enriço Gabrielli, volumen cuarto, Cedam, Padova, 2008.
- CABANAS TREJO, Ricardo, «artículo 46.º», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1995, página 261 y MARTÍNEZ NADAL, Apol.lònia, «sub artículo 46.º», en *Comentario a la ley de Sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1995, página 536.
- CABRAS, Giovanni, «L'assemblea in videoconferenza nella società di capital», *Vita Notarile*, 2001.
- CAMARA, K. A. D. Alejandro Danao, «Shareholder Voting and the Bundling Problem in Corporate Law». *Wisconsin Law Review*, 2004. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=639381>.

- CARBAJO CASCÓN, Fernando, «Los órganos sociales: junta general y administradores», en AZÓN VILAS, Félix Vicente (Coord.), *Derecho Mercantil*, Consejo General del Poder Judicial (Servicio de formación continua) y Caja Duero, publicación electrónica, Madrid, 2004, págs. 478-523.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando, *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando, *La sociedad de capital unipersonal*, Aranzadi Editorial, 2002.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando, *Los requisitos de convocatoria de junta general de la sociedad anónima*, Colección jurisprudencia práctica, 106, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.
- CAROTTI, «La nuova disciplina dell'assemblea nelle s.r.l.», in *Corr. Trib.*, 2004, n.º 27, página 2109.
- CASTRO, Catarina Sarmiento e, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, 2005, Almedina, Coimbra, p. 19.
- CERF, Viton G. [et. al], *A Brief History of the Internet*, disponible en <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml#Introduction>, última consulta efectuada en 11 de diciembre de 2007.
- CERVELLÓ GRANDE, J. M. y FERNANDÉZ, I. “La contratación electrónica y firma digital”, coord. por MATEU DE ROS CEREZO, R. y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M: (coord.), in *Derecho de Internet*, 2000, páginas 385-406.
- COELHO, Eduardo de Melo Lucas, *Direito de Voto dos Accionistas nas Assembleias Gerais das Sociedades Anónimas*, Rei dos Livros, 1987.
- Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Informe Anual 2007. Sobre los mercados de valores y su actuación*, Madrid, 2008.
- CONDE TEJÓN, Antonio, «Mejoras sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas: directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo

y del Consejo, de 11 de julio de 2007. DOUE L núm. 187/17, de 14 de julio de 2007, en Revista de derecho de sociedades, n.º 30, 2008, páginas 663-680.

Consejo de la Unión Europea, Conclusiones de la Presidencia – 13 y 14 de marzo de 2008 ([http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_Data/docs/pressdata/es/ec/99415.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/es/ec/99415.pdf)).

Conselho Geral da Ordem dos Advogados, A Assinatura Electrónica – Teoria e Prática», organización y publicación pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, 2000.

CORREIA, Miguel Pupo, «O caso Echelon: aspectos jurídicos», Direito da Sociedade da Informação, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

CORREIA, Miguel Pupo, «Comércio electrónico: forma e segurança», As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação, Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2000.

COURET, Alain, et al. Sociétés par actions simplifiées, Collection « Pratique des affaires », Paris, 1994.

CRESPO RODRÍGUEZ, Miguel y ZAFRA JIMÉNEZ, Transparencia y buen gobierno: su regulación en España, La ley, Madrid 2005.

CUENTA GARCÍA, A. y FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. L., «Competencias de los órganos sociales en la sociedad de responsabilidad limitada», en Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital, AA VV, bajo dirección de José Miguel Embid Irujo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, páginas 206 y siguientes.

CUERVO ÁLVAREZ, José, “La firma digital y entidades de certificación”, Informática y derecho, n.º 31-31, 1999.

CUÑAT/BOQUERA, «El ejercicio transfronterizo del derecho de representación», en Estudios en homenaje al Profesor García Villaverde, Madrid, 2007, página 341 y siguientes.

DARPA, «ARPA – DARPA: The History of the Name» disponible en [http://www.darpa.mil/body/arpa\\_darpa.html](http://www.darpa.mil/body/arpa_darpa.html).

- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., “El documento electrónico, informático y telemático y la firma electrónica”, in *Actualidad Informática Aranzadi*, n.º 24, julio, 1997, páginas 13-15.
- DAVIES, Lars e REED, Chris, “Law Trouble with Bits – First Steps in Internet Law”, in *The Journal of Business Law*, Julho, 1996.
- DAVIO, Etienne, «Questions de certification, signature et cryptographie», *Internet Face au Droit - Cahier du Centre de Recherches Informatique et Droit*, n.º 12, Bruxelles, Kluwer, 1997.
- DE ANGELIS, «Srl, si vota a maggioranza variabile – il nuovo diritto societario», in *Italia oggi*, de 4 de marzo de 2003, página 31, disponible a través de la página web, [http://www.italiaoggi.it/giornali/preview\\_giornali](http://www.italiaoggi.it/giornali/preview_giornali).
- DÍAZ BERMEJO, Guillermo, «La Firma Electrónica y los Servicios de Certificación», in *Boletín de Noticias Jurídicas*, n.º 399, 14 de diciembre de 2007.
- DIBATTISTA, Gianni, «Democrazia societaria e voto per corrispondenza nelle società privatizzate», in *Le Società*, n. 1/1997, página 17 a 24.
- DIVAR, Javier, *Régimen Jurídico de las Sociedades Cooperativas*, Universidad de Deusto, 1987.
- DOMINGUEZ GARCÍA, «El régimen jurídico de la escisión de sociedades anónimas per aportación como cuestión abierta (RDGRN 10 junio 1994)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 4, 1995, página 271-280.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., «Del texto refundido de la LSA de 1989 a la Ley de Transparencia de 2003: Hitos y situación actual del ordenamiento español en materia de gobierno corporativo», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, 10.º aniversario da RdS, Aranzadi, 2005, pp. 251 a 286.

EIZAGUIRRE BERMEJO, José María de, «Diez postulados para otra reforma del Derecho de sociedades», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 252, 2004, páginas 429-462.

ELÍAS-OSTÚA RIPOLL, Raúl de, «La junta universal», en *Revista de Derecho de Sociedades*, número 3, 1994, páginas 190 a 202.

ESCRIBANO GÁMIR, R Cristina, «Ley alemana sobre pequeñas sociedades por acciones y desregulación del derecho de sociedades por acciones (Gesetz "für Kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktiensrechts" de 2 agosto 1994)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 1994.

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, «El Prseidente de la Junta General de Accionistas: designación, funciones y responsabilidad», en *Revista de Derecho Mercantil*, n. 266, octubre-diciembre, páginas 941 a 994.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado», en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, II, 10.º aniversario de *Revista de Derecho de Sociedades*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, páginas 727 a 768, 2006.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la junta general de los socios en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid, 1998, I, páginas 233 a 258.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, "La nueva "sociedad por acciones simplificada" del Derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación de la tendencia a la desregulación y "contractualización" del derecho de sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 3, 1994.

ESTEBAN VELASCO, El poder de decisión en las sociedades anónimas, Civitas, Madrid, 1982.

- FARIA, José Eduardo, «Direitos humanos e globalização económica: notas para uma discussão», *Revista do Ministério Público*, ano 18, n.º 71, Julho-Setembro 1997.
- FARRANDO MIGUEL, Ignacio, «Examinando críticamente la regulación de la junta universal en la Ley de Sociedades Anónimas», *Revista de Derecho Mercantil*, número 262, 2006, octubre-diciembre, Madrid, 1307-1354.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luís, «El Reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas (art. 113 LMV), en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 93, 2004, páginas 55 y ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luís, e VINCENT CHULIÁ, Francisco, «Internet y Derecho de Sociedades. Una primera aproximación», *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, n.º 237 (julio-septiembre, 2000), 915-1002.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *La firma electrónica (aspectos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre)*, Colección de Derecho de las nuevas tecnologías, Reus S. A., editorial, 2006
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luísa, «Limitaciones Constitucionales e Inconstitucionales a la Libertad de Expression en Internet», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n.º 18, n.º 53, 1998.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria, «El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 22, 2004, páginas 87-113.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., y MARTIN REYES, M. de los A.: *Fundamentos de Derecho Mercantil*, 2ª ed., dos volúmenes, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel, «Reactivación de la junta general en el Código Unificado de gobierno corporativo: aproximación a las competencias implícitas», en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho mercantil*, 2007/11 junio 2007.

FERRARA, Francesco, *Interpretação e Aplicação das Leis*” traducción de Manuel de Andrade, 3ª. Ed. Coimbra, 1978.

FICO, Daniele, «Il diritto di voto per corrispondenza nella società quotate», in *Le Società*, n° 6/1998, página 636 a 643.

FLORES DOÑA, María de la Sierra, «El cumplimiento telemático de los deberes de información relevante a la CNMV, *Revista de derecho del mercado de valores*, n.º 3, 2008, páginas 79 a 130.

FLORES DOÑA, Mª de la Sierra, «Las TIC como sustento de la transparencia corporativa y vehículo de comunicación en los Mercados de Valores europeos», *Revista de derecho del mercado de valores*, n.º 2, 2008, páginas 79 a 130.

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005.

FUSI - MAZZONI, *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.

GALÁN CORONA, Eduardo, « La Junta general», en *la Sociedad de responsabilidad limitada*, bajo coordinación de Nieto Carol, Dykinson, Madrid, 1998, páginas 599 a 642.

GALÁN CORONA, Eduardo, « La Junta general», en *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1994, página 492 a 642.

GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, XXIX, t. I, Padova, Cedam, 2005.

GALINDO GIL, Pedro, *El procedimiento de constitución telemática de la sociedad limitada nueva empresa*, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n. 39, junio 2003, Consejo General del Notariado, Madrid.

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, «El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de sociedades anónimas por la Ley de transparencia», en *Derecho de*

sociedades anónimas cotizadas, 10 aniversario de la Revista de derecho de sociedades, Aranzadi, 1ª edición, 2005, páginas 991 a 1020, en particular página 1002.

GANDÍA CABEDO, Juan Luis y ANDRÉS PÉRES, Tomás, e-gobierno corporativo y transparencia informativa en las sociedades cotizadas españolas: un estudio empírico, Dirección de estudios y estadísticas, monografía n. 8, febrero 2005, in [http://www.cnmv.es/publicaciones/Mon2005\\_8.pdf](http://www.cnmv.es/publicaciones/Mon2005_8.pdf).

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La convocatoria de la junta general de la sociedad anónima», en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Bruseta Pont, vol. 2, 1995, páginas 1441-1470.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, «La sociedad anónima: principios fundamentales. La fundación de la sociedad anónima. Las aportaciones sociales. La sociedad comanditaria por acciones.» en Lecciones de Derecho Mercantil, bajo dirección de Aurelio Menéndez, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2008.

GARCÍA GARCÍA, Enrique, «El consejo de Administración: funcionamiento», en Órganos de la Sociedad de Capital, tomo II, Consejo de Administración, auditores y liquidadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, páginas 1335 a 1376.

GARCÍA-PITA y LASTRES, José Luis, «Recensión al libro “La junta general en las sociedades de capital” de Fernando Sánchez Calero, Revista de Derecho de Sociedades, n.º 30, 2008.

GARCÍA VIDAL, Ángel, *Derecho de marcas e Internet*, 2002, Tirant lo Blanch.

GARCÍA VIDAL, Ángel, «Marcas y nombres de dominio en Internet», Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, tomo 18, 1997, págs. 187-214

GARCÍA VIDAL, Ángel, «La tutela de los signos distintivos frente a los nombres de dominio (un análisis de las resoluciones judiciales españolas)», Comercio Electrónico en Internet, coord. por Anxo Tato Plaza, Ángel Fernández-Albor Baltar, 2001, págs. 117-135.



- GARCÍA VILLAVERDE, «Derecho de información del socio y del administrador (sobre la existencia de un derecho de información de los miembros del Consejo de administración), en CDC, n.º 10, páginas 8-30, especialmente página 7 y siguientes.
- GEMMA FAJARDO, I., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos, 1997.
- GIRÓN TENA, José, *Derecho de Sociedades. Parte General y sociedades personalistas*, Artes Gráficas, Benzal, Madrid, 1976.
- GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, «La legitimación para asistir a la Junta General y su acreditación en el sistema de anotaciones en cuenta», en *Reflexiones sobre la Junta General de las sociedades de capital*, Jornada Internacional, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 de abril de 2009.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén, *La sociedad unipersonal en el Derecho español (Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad Limitada Nueva Empresa)*, La Ley, 2004.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto, «El consejo de Administración: concepto y estructura», en *Órganos de la Sociedad de Capital*, tomo II, Consejo de Administración, auditores y liquidadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, páginas 1353 a 1355.
- GOSHEN, Zohar y PARCHOMOVSKY, Gideon, «On Insider Trading, Markets and Negative property Rights in Information», Fordham Law & Economics Research Paper número 6, Social Science Research Network Electronic Paper Collection, setiembre 2000.
- Grupo del Banco Mundial, *Doing Business 2008*, Mayol Ediciones.
- GUERRIERI, Sub artículo. 2479, in AAVV., *Il nuovo diritto delle società*, bajo la coordinación de Maffei – Albert, Padova, 2005, Vol. III, página 2030.

- GUIMARÃES, Maria Raquel Guimarães, «Comércio electrónico e transferências electrónicas de fundos», *Comércio electrónico. Estudos Jurídico-Económicos*, Glória Teixeira (coordinadora), Almedina, Coimbra, 2002, págs 58 a 80.
- HANCE, Olivier, *Business et droit l'Internet*, Best of Editions, London, 1996.
- HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther, «La obligación de difusión de información relevante y sus excepciones», n. 4, 2009, páginas 165 a 192.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago, *La sociedad limitada nueva empresa*, Tratado de Derecho Mercantil, Manuel Olivencia, Carlos Fernández-Nóvoa, Rafael Jiménez de Parga (directores) y Guillermo Jiménez Sánchez (coordinador), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006.
- HOPT, K. J, et. al., *Comparative corporate governance – The state of the art and emerging research*, Oxford University Press, 1998.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., «El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas», *RdS*, 20, 2003, pp 275 a 291.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "Derecho de la contratación electrónica", 2.<sup>a</sup> edição, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael, «El ejercicio electrónico de los derechos del socio de la sociedad anónima», en *Estudios en homenaje al Prof. García Villaverde*, páginas 801-824, 2006.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, *Principles for Ongoing Disclosure and Material Development Reporting by Listed Companies*, página 5. Octubre 2002.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel, *Responsabilidad civil por la información divulgada por las sociedades cotizadas – su aplicación en los mercados secundarios de valores*, La Ley, monografía n.º 2, *Revista de Mercado de Valores*, 2008.

- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.: Lecciones de Derecho Mercantil, 5ª ed., Madrid, 1999.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (Coord.): Derecho Mercantil, 2 volúmenes (vol. I, 4ª ed. Barcelona, 1997, y vol. II, 4ª ed., Barcelona 1998).
- JUAN Y MATEU, Fernando, «La reforma de la Aktiengesetz alemana por la UMAG de 22 de septiembre de 2005», en Revista de derecho de sociedades, n.º 25, 2005, páginas 187-202.
- JULIÁ IGUAL, Juan Francisco, POLO GARRIDO, Fernando, GARCÍA MARTÍNEZ, Gabriel, «La información divulgada a través de Internet por las cooperativas», en CIRIEC – España: Revista de economía pública, social y cooperativa, n.º 49, 2004.
- KANTROWITZ, Bárbara e ROGERS Adam, «The Birth of the Internet», Newsweek, 8 de agosto de 1994.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, Elementos de Derecho civil. Parte General. Volumen primero. Introducción., 3ª edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2002.
- LARGO GIL, Rita, La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes, 2ª edición, revisada, ampliada y puesta al día, colección Estudios y comentarios legislativos, Ed. Civitas, 2000.
- LARGO GIL, Rita, «Adopción de los acuerdos de fusión de sociedades en Junta Universal (RDGRN, 30-6-1993)», en Revista de derecho de sociedades, n.º 2, 1994, páginas 247-258.
- LENER, R., «L'assemblea nella riforma del diritto societario», in Rivista del Diritto Commercial, 2002, I, 171 a 180.
- LEÓN SANZ, Francisco José «Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: I. Transformación», en Revista de derecho de sociedades, n.º 31, 2008, páginas 19-31.

- LEOZAPPA, Antonio Maria, «Profili sulla disciplina del voto per corrispondenza (legge 30 luglio 1994, n. 474), in *Rivista della Società*, 1995, I, páginas 648 a 671.
- LIEBSCHER, Thomas, «Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Lichte von Holzmüller, Macroton und Gelatine», *ZGR – Zeitschrift für Unternehmens - und Gesellschaftrecht*, 2005, páginas 1 a 33.
- LLEBARÍA SAMPER, Sergio, «Economía familiar y asistencia a juntas: algunas reflexiones», en *Reflexiones sobre la Junta General de las Sociedades de Capital – Jornada Internacional*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 de Abril de 2009.
- LOJENDIO OSBORNE, Ignacio María de, «La junta general de accionistas», en *Derecho Mercantil*, obra coordinada por Guillermo J. Jiménez Sánchez, Vol. I, 2003.
- MANZO, «Commento all'art. 2479», in *La riforma del diritto societario*, bajo la coordinación de Lo Cascio, vol. 8, 2003, página 258.
- MARCHETTI, Piergaetano, «Il ruolo dell'assemblea nel T.U.e nella corporate governance», *Assemblea degli azionisti e nuove regole del governo societario*, Scuola di Notariato «cino da pistoia», Firenze, Strumenti ed esperienze notarili, 1999.
- MARÍN CALERO, Carlos, Artículo 134, en BOQUERA MATARREDONA, Josefina, (dir.), *La sociedad Limitada Nueva Empresa. Comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- MARQUES, Garcia y MARTINS, Lourenço, *Direito da Informática*, 2000, Almedina, Coimbra.
- MARTÍN DE VIDALES, Mónica y LÓPEZ-JORRÍN, Álvaro, «El consejo de administración de las sociedades cotizadas», en *La Sociedad Cotizada*, VVAA, Fernando Vives y Javier Pérez-Ardá (coordinación), Marcial Pons, Madrid, 2006, páginas 261 a 306.
- MARTÍNEZ GONZALEZ, C., Comentario al art. 53.º en *Comentarios a la Ley 2/1995 de sociedades de responsabilidad limitada*, bajo dirección de O. Alzaga Villamil y Rodríguez-Miranda Gómez, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa, «Sobre la transposición al derecho español de la Directiva de voto transfronterizo», en Reflexiones sobre la Junta General de las Sociedades de Capital – Jornada Internacional, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 de Abril de 2009.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa, «La Directiva sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en la Junta general de las sociedades cotizadas, y su impacto sobre el Derecho español», Revista de Derecho de Sociedades, número 29, 2007, páginas 39-89.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa., «El impacto de las nuevas tecnologías de la comunicación sobre la convocatoria y la información ante la junta general de las sociedades cotizadas», en Revista de Derecho Bancario y bursátil, año 25, núm. 104, páginas 37-54.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa., «Derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día. Su ejercicio en los supuestos de asistencia telemática del socio a la junta general, en Revista de derecho de sociedades, n.º 26, páginas 39-57.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa., «Derecho de información del accionista e instrumentos y obligaciones de información de la sociedad», en AA VV, Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados) / coord. Por Fernando Rodríguez Artigas, vol. 1, 2006, páginas 329-374.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Teresa, El derecho de información del accionista en la sociedad anónima, McGrawHill Madrid, 1999.

MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, El principio mayoritario de funcionamiento de la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada (análisis del art. 53.º de la LSRL de 1995), Thomson, Civitas, abril - 2008.

MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, segunda edición, Estudios de Derecho Mercantil, 2000, Madrid.

- MARTÍNEZ ROSADO, Javier, «La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (presentada por la Comisión el 5 de enero de 2006) sobre el ejercicio de los derechos de voto por parte de los accionistas de sociedades que tengan su sede social en un estado miembro y cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado, por la que se modifica la Directiva 2004/109/CE», en Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, n.º 16, 2008, pags. 1-19.
- MARTINS, A. G. Lourenço, MARQUES, J.A. Garcia e DIAS, Pedro Simões, *Ciberlaw em Portugal – O Direito das Tecnologias da Informação e Comunicação*, Centro Atlântico, Lisboa, 2004.
- MARTINS, A. G. Lourenço, *Direito da Informática – Parte II*, edición del Instituto Jurídico de la Comunicación, Coimbra, 1996 actualizada en diciembre de 1999.
- MASQUELIER, Frédérie y KERGUNIC, Nicolas, *SAS – Societé par actions simplifiée (création, gestion, évolution)*, Delmas, 2005.
- MATEU DE ROS, Rafael, *El Código Unificado de Gobierno Corporativo – Estudio del informe del grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas aprobado por la CNMV el 22 de mayo de 2006*, Thomson Aranzadi, 2006, página 277.
- MCLUHAN, Marshall y POWERS, Bruce R., *La aldea global: transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI*, tradução de Cláudia Ferrari, 3ª ed., Gedisa Ed., Barcelona, 1995.
- MCLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin, *The medium is the message*, Gingko Press, Barcelona, 2001.
- MENEZES CORDEIRO, António, *Manual de directo das sociedades*, vol. II, *Das sociedades em especial*, Coimbra, Almedina, 2006.
- MIRANDA SERRANO, Luis María, «La junta universal de accionistas o socios (una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas)», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 243, 2002, enero-marzo, Madrid, páginas 71-200.

- MIRONE, Aurelio, «Il voto per corrispondenza nelle società quotate: profili di disciplina», in *Rivista della Società*, anno 44°, 1999, IV, páginas 751 a 793.
- MONCALEANO RODRÍGUEZ, Gloria, CABALLER MELLADO, Vicente, «Las nuevas tecnologías de la información en las cooperativas. Una aplicación a las cooperativas de crédito y citrícolas de la Comunidad Valenciana», en *CIRIEC – España: Revista de economía pública, social y cooperativa*, n.º 49, 2004.
- MONIZ, Helena, «Internet e globalização – problemas jurídico-penais – notas breves» As *Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000.
- MONTALENTI, Paolo, «Administración y control en la sociedad anónima en el sistema italiano después de la reforma», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, 10.º aniversario da RdS, Aranzadi, 2005, pp. 89 a 117.
- MONTALENTI, Paolo, «La riforma del diritto societario: profili generali», in *AAVV*, a cura di S. Ambrosini, *la Riforma della società*, Torino, 2003, página 57 a 81.
- MORALES, J. D., *La Ley Sarbanes-Oxley y la Auditoria*, Ernst&Young, España.
- MUÑOZ PAREDES, José María, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, Thomson – Civitas, 2005, Cizur Menor.
- MUÑOZ PAREDES, José Maria, «Asistencia y delegación de voto por medios de comunicación a distancia en las juntas generales de accionistas», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 102, abril-junio, 2006, páginas 187-194.
- MUÑOZ PAREDES, José Maria, «Ejercicio a distancia de los derechos de socio en la Junta General de Sociedades cerradas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 27, 2006, páginas 321-327.

- NOACK, Ulrich, y BEURSKENS Michael, Modernising the German GmbH - Mere Window Dressing or Fundamental Redesign?, *European Business Organization Law Review* (EBOR) 97–124 (2008).
- NOACK, Ulrich, «Hauptversammlung der Aktiengesellschaft und Moderne Kommunikationstechnik – Aktuelle Bestandsaufnahme und Ausblick», *NZG*, 2003.
- NOACK, Ulrich, «Neuerungen im Recht der Hauptversammlung durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz und den Deutschen Corporate Governance Kodex», en *Der Betrieb*, 2002.
- NOACK, Ulrich, «Zukunft der Hauptversammlung - Hauptversammlung der Zukunft», en *Die virtuelle Hauptversammlung*, bajo coordinación de Zetzsche, Berlin, 2002.
- NOACK, Ulrich, «Die internetgestützte Hauptversammlung», en *Noack/Spindler: Unternehmensrecht und Internet*, 2001, páginas 13-35.
- NOACK, Ulrich, «Online-Hauptversammlung – Stand der Dinge und wichtige Reformvorschläge», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftrecht*, 2001, página 1057 y siguientes.
- OCDE, *Framework for the Evaluation of DMR & Entrepreneurship Policies and Programmes*, Final draft, CFE/SME, 2007.
- OCDE, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE*, 2004, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf>.
- OLÁBARRI, Pablo y BELDA, Rocío, «El estatuto del consejero: derechos y deberes», *La Sociedad Cotizada*, AAVV, Fernando Vives y Javier Pérez-Ardá (coord.), Marcial Pons, 2006, páginas 307-359, en particular páginas 310 y siguientes.
- OLAVO CUNHA, Paulo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2006.



- OLCESE SANTONJA, Aldo, *Teoría y práctica del gobierno corporativo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.
- OTERO LASTRES, José Manuel, «Acerca de la junta general de accionistas de la S.A.», en *Estudios sobre la Sociedad Anónima II*, dirigido y presentado por Victor Manuel Garrido de Palma, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- PALA LAGUNA, Reyes, «La obligación de información del Consejo a los mercados: folletos y hechos relevantes», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, 10.º aniversario de la Revista de derecho de sociedades, Aranzadi, 1ª edición, 2005, página 1291 a 1316.
- PAREJO NAVAJAS, Teresa, «Análisis de las figuras esenciales del régimen jurídico de la firma electrónica: la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica», in *Revista de la Contratación Electrónica*, número 70, abril 2006, páginas 3 a 32.
- PARERAS, Luís G., *Internet y Derecho*, Masson, Barcelona, 1997.
- PATTI, I diritti dei soci e l'assemblea nella nuova disciplina della S.r.l., in *Le Società*, 2005.
- PAZ-ARES, Cándido, «La sociedad colectiva y la sociedad comanditaria», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, bajo dirección de Aurelio Menéndez, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2008.
- PAZ-ARES, en AAVV, *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, página 1327.
- PEREIRA, Alexandre Dias, «A jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVII, Coimbra.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, *Direito da Internet e Comércio Electrónico*, Quid Iuris, Lisboa, 2001, breviário de termos técnicos – anexo I.

- PINTO, Paulo Mota, «Sobre alguns problemas jurídicos da Internet», *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000.
- POLO SÁNCHEZ, E., «Reflexiones sobre el régimen de quóruns y mayorías en los órganos colegiados de la sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, 1973, páginas 258 y siguientes.
- POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», tomo VI del *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uria, Aurelio Menendez y Manuel Olivencia, Editorial Civitas, Madrid, 1992.
- POSTMAN, Neil, *Tecnopolia. Quando a Cultura se Rende à Tecnologia*, Lisboa: Difusão Cultural, 1994.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS, *The Sarbanes-Oxley Act: Section 404 – Practical Guidance for Management*, 2004. Disponibles en <http://www.pwc.com/>.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS, *The Sarbanes-Oxley Act of 2002: Understanding the Independent Auditor's Role in Building Public Trust: A White Paper*, 2003.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS, *The Sarbanes-Oxley Act of 2002: Strategies for Meeting New Internal Control Reporting Challenges: A White Paper*, 2002.
- PUNTES POYATOS, Raquel, VELASCO GÁMEZ, María del Mar, ANTEQUERA SOLÍS, José Miguel, «Las sociedades cooperativas de segundo grado y su relación jurídica con socios», en *REVESCO: revista de estudios cooperativos*, n.º 93, 2007.
- QUINTO ZUMÁRRAGA, Francisco de, *La firma electrónica. Marco legal y aplicaciones prácticas*, cuadernos prácticos, 2004, Barcelona
- RECALDE CASTELLS, Andrés, «Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas», en *In Dret*, Barcelona, 2007.

- RECALDE CASTELLS, Andrés, «Directiva Europea sobre ejercicio de los derechos de los accionistas», *Expansión* 1-8-2007, 38.
- RECALDE CASTELLS, Andrés Juan, «Del "Código Olivencia" a la aplicación de la Ley de Transparencia (Un balance provisional-y decepcionante- sobre la reforma del "gobierno corporativo" en las sociedades cotizadas españolas», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 81, Nº 692, 2005 , pags. 1861-1904.
- REGINA MADRAZO, «Información no pública en las sociedades cotizadas españolas. Tipología y tratamientos en los reglamentos internos de conducta», *Revista de derecho del mercado de valores*, n. 2, 2008, página 471 a 481.
- REIS, José e BAGANHA, Maria Ioannis, *A economia em curso: contextos e mobilidades, Afrontamento*, Porto, 2001; AMARAL, Francisco, (et. al.) «Globalização e Direito» *Studia Iuridica*, 73 (colloquia 12), Coimbra Editora, 2003.
- REMÓN PEÑALVER, Jesús, «La ley de transparencia y el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas», *Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, páginas 2004, 448 a 469.
- RESCIGNO, Matteo, «La corporate governance nella società non quítate: le regole e la sanzione. Tipologia della realtà ed effettività della tutela» in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*.
- RESCIO, Giuseppe Alberto, «L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali», in *Consiglio Notarile di Milano (Novembre 2002 – Marzo 2003) – reunioni di studio sulla riforma della società*.
- RESCIO, Giuseppe Alberto, «La riforma della società per azioni - l'assemblea della public company e la sua verbalizzazione» , *Revista de derecho de sociedades*, 1998, 43, pp. 1366 a 1392.
- RICO CARRILLO, Mariliana, «El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la Junta General de Accionistas», en *Derecho y Tecnología: revista arbitrada de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 8, 2006, páginas 177 a 188.

- ROBERTO, José Gonçalves, «Relato tradicional versus o relato numa forma electrónica», *Revisores e Empresas*, ano 4, n.º 17, Lisboa, 2002
- ROCHA, Manuel Lopes e MACEDO, Mário, *Direito no Ciberespaço*, Cosmos, Lisboa, 1996.
- RODRIGUES, José Narciso da Cunha, «Internet e Globalização», *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Escritura Pública, Ensayos de Actualidad*, Editorial Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Firma electrónica y documento electrónico, Escritura Pública, Ensayos de Actualidad*, Editorial Consejo General del Notariado, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, «El Reglamento de la Junta General y los derechos del accionista: planteamiento general?», en *Derecho de Sociedades Cotizadas*, bajo coord. Alonso Ureba y Rodríguez Artigas, tomo I, Aranzadi, 2006, Cizur Menor.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, «Comentarios a las recomendaciones del Código Unificado del Buen Gobierno (publicado por la CNMV el 19 de mayo de 2006). Junta General y Derechos del Accionista (Recomendaciones 1, 3, 4, 5 y 6)», *RdS*, 1134-7686, N° 27, 2006, páginas 31-63.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, «La Junta general de socios», en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, coordinación de Fernando Rodríguez Artigas, Alberto Alonso Ureba, et al., vol. I, Madrid, Mc-Graw-Hill, 1996, páginas 589 a 642.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, «La junta general de socios», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 1994, páginas 431-461.

- RODRÍGUEZ-PORRERO, Marta Llaveró, *El Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, monografía mercantil n.º 3, Paloma Pérez de León (directora), Valencia, 1999.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio, *El derecho de información documental del accionista*, Madrid, 2000.
- RONCERO SÁNCHEZ, António, «Ampliación del orden del día y solicitud pública de representación», *Revista de derecho de sociedades*, n.º 26, 2006, páginas 59-71
- RONCERO SÁNCHEZ, António, «La captación del voto a través de la solicitud pública de representación: transparencia, igualdad de oportunidades y conflictos de interés», *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, 10.º aniversario da RdS, Aranzadi, 2005.
- RONCERO SÁNCHEZ, António, *La representación del accionista en la Junta General*, Madrid, 1996.
- SAAVEDRA, Rui, «A Protecção Jurídica do Software e a Internet», *Colecção Témis*, n.º 12, Sociedade Portuguesa de Autores, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1998.
- SACCHI, Roberto, *La partecipazioni dei soci ai processi decisionali della società di capitali*, en AAVV, *Governo dell'impresa e mercato delle regole: scritti giuridici per Guido Rossi*, Giuffrè Milán, 2002, página 183 y siguientes.
- SALDATI, «Il processo di formazione delle decisioni dei soci», in *Diritto e Pratica delle Società*, 2005, dossier n.º 1, abril.
- SALGADO SALGADO, María Beatriz, «La société par actions simplifiée: la estructura más flexible del derecho de sociedades francés», *Revista de derecho mercantil*, n.º 241, 2001, 1515-1538.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, «Régimen jurídico de la información y la transparencia», *Sociedad Cotizada*, Fernando Vives y Javier Pérez-ardá, Marcial Pons, Madrid, 2006, página 741 y siguientes.

- SANCHEZ CALERO, FERNANDO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, 2005.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de derecho mercantil*, 31ª. Ed. (4ª en Aranzadi), revista ampliada y puesta en día, Aranzadi, Cizur Menor – Thompson Aranzadi, 2008.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *La junta general en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, «El declinar de la Junta y el buen gobierno corporativo», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año XXV, octubre-diciembre, 2006, páginas 9-35.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 22ª ed., dos volúmenes, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 4ª ed., Madrid, 1999. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 27ª ed., Madrid, 2000.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, FERNÁNDEZ TORRES, Isabel y FUENTES NAHARRO, Mónica, «La Junta General en las Sociedades Cotizadas (algunas referencias empíricas sobre sus aspectos principales)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 104, octubre-diciembre, 2006, páginas 171- 224.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario, «El acuerdo unánime de celebrar junta universal en la sociedad anónima. Aspectos materiales y formales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 105, año XXVI, enero-marzo, 2007.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario, «De nuevo, en torno a la emisión del voto del socio, como posible declaración de ciencia o declaración de voluntad en la junta de accionistas. BIB 2008/2068», *Setencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, num. 16/2008 (Artículo), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

- SANDULLI, Michele/SANTORO, Vittorio (a cura di), *La riforma delle società*, tomo I, Giappichelli, Torino, 2003.
- SANTONJA, Aldo Olcese, *Teoría y práctica del gobierno corporativo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.
- SANTOSUOSSO, Daniele U., «I sistemi di amministrazione e controllo nel nuovo diritto societario», *Vita Notarile* n. 2, Maggio-Agosto, 2003, página 622 a 648.
- SARALE, Marcella, «Il nuovo volto dell'assemblea sociale», in AAVV, a cura di S. Ambrosini, *la Riforma della società*, Torino, 2003, página 35-58.
- SENA, Giuseppe, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, Studi di diritto privato, IX, Università Di Milano, IX, Milano: Giuffrè, 1961.
- SEQUEIRA MARTÍN, «Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias», en *Revista de derecho de sociedades*, n.º 31, 2008.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Prueba documental» in *Instituciones del nuevo proceso civil* Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, Editorial Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 2000.
- SILVA, Pedro Tavares, CARVALHO, Hugo, e TORRES, Catarina Botelho, *Segurança dos Sistemas de Informação – Gestão Estatégica da Segurança Empresarial*, CentroAtlantico.pt, Lisboa, Abril 2003 - SMITH, Graham J. H. , *Internet Law and Regulation*, 2ª edición, Sweet & Maxwell, London, 1997, reimpresión de 1999.
- SCHMIDT, Karsten, «La junta general en la Ley Alemana de Sociedades Anónimas y en la reforma del Derecho de Sociedades Anónimas», en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, coord. por Fernando Rodríguez Artigas, vol. 1, 2006, páginas 27-64.
- SMITH, Graham J. H. , *Internet Law and Regulation*, 2ª edición, Sweet & Maxwell, London, 1997, reimpresión de 1999.

- SCHMITZ, Ulrike, *Der Einfluß neuer Technologien auf die Aktionärsmitverwaltung*, Schmidt (Otto), Köln, enero, 2003.
- SOVERAL MARTINS, Alexandre, “Empresas na hora”, in *Temas Societários, Colóquios n.º 2*, IDET/Almedina, Coimbra, 2006.
- SPEAR, Roger, «El gobierno democrático en las organizaciones cooperativas», en *CIRIEC – España: Revista de economía pública, social y cooperativa*, n.º 48, 2004 (Ejemplar dedicado a: Gobierno, Democracia y Directivos en las Empresas Cooperativas).
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, «La Junta General de la Sociedad Anónima Cotizada», en *VV.AA., Derecho de Sociedades. Estudios en Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, Mcgraw Hill, 2002, volumen II.
- TRÍAS SAGNIER, Miguel, «La lucha por la captación del voto en la sociedad abierta», in *Estudio de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*, libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, tomo III, 1573 a 1607.
- TURELLI, Sílvia, «Assemblea di csocietà per azioni e nuove tecnologie», *Rivista delle Società*, anno 49/2004, fascicolo 1.º, gennaio-febbraio, 2004.
- URIA, R. y MENÉNDEZ, A., (en Estudio Colectivo): *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, primera edición, Madrid, 1999.
- URIA GONZALEZ, Rodrigo, MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio y MUÑOS PLANAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V – la junta general de accionistas (artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas), dirigido por Rodrigo Uria, Aurelio Menendez y Manuel Olivencia, Editorial Civitas, SA, 1992, Madrid.
- URQUIJO Y DE LA PUENTE, José Luis de, y CRESPO DE LA MATA, António, *El consejo de administración. El gobierno de las sociedades cotizadas. El silencio de los consejos*. Edición Deusto, Bilbao, 2004.



- VALERO TORRIDOS, J., Los órganos colegiados (análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente), Madrid, 2002.
- VALLE HERNÁNDEZ, Ana María del, «El registro mercantil electrónico», en Revista de Derecho y nuevas tecnologías, n.º 18, 2008, páginas 19-33.
- VAÑO VAÑÓ, M<sup>a</sup>. José, «Información y gobierno electrónico en las sociedades cotizada», RDBB, julio/septiembre, XXXIII.
- VELASCO san PEDRO, Luis A., O governo das sociedades cotadas (corporate governance) em Espanha: o “Relatório Olivencia”, BFD, 1999.
- VELASCO SAN PEDRO, «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros», VVAA, El gobierno de las Sociedades Cotizadas, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- VENTURA, Raúl, Sociedade por Quotas, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2006.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, Introducción al Derecho mercantil, 17<sup>a</sup> ed, Valencia, 2007.
- VICENT CHULIA, Francisco, Compendio crítico de Derecho Mercantil, tomo I, dos vols., 3<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1991.
- VIDAL, Dominique, La société par actions simplifiée : (commentaire de la loi 94-1 du 3 janvier 1994), Paris, 1994.
- VITOBELLO – DENTE, La società di capitali, Napoli, 2005, página 409.
- WEBER, Kathrin, Internet und Hauptversammlung (Österreich), 2004 in <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/service/hv/material.shtml>.
- WYMEERSCH, Eddy, «L’impatto della ‘Information and Communication Technology’ su alcuni aspetti della disciplina e della prassi societarie, in Rivista della Società, 2001,

página 1374 a 1421 (traducción de Marco Ventoruzzo), en particular página 1410 y siguientes.

WYMEERSCH, Eddy, A status report on corporate governance rules and practices in some continental european states, en K. J. HOPT/H. KANDA/M. J. ROE/E. WYMEERSCH/S. PRIGGE, Comparative corporate governance – The state of art and emerging research, Oxford University Press, 1998, página 1078 y siguientes.

YANES YANES, P. «El voto transfronterizo. Problemas y orientaciones político-legislativas en la Unión Europea», en Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (dirs. Rodríguez Artigas y otros), vol. I, Cizur Menor (Navarra).

YANES YANES, P. «El voto transfronterizo en las sociedades anónimas: revitalización de las juntas. A propósito de la Propuesta de Directiva de 5 de enero de 2006», *La Ley*, 27/04/2006.

ZAGRA, Giovanni, «Convocazione di assemblea per posta elettronica e svolgimento in videoconferenza – Tribunal Sassari, 19 maggio 2000, decr. – commento di Giovanni Zagra, *La Società*, 2001.

ZIENTEK, Verlagerung der Hauptversammlung ins Internet, Seminararbeit Münster 2006, disponible electronicamente in <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/noack/Texte/Sonstige/niklas.zientekseminararbeit.pdf>

Índice

<b>Agradecimientos</b> _____	<b>II</b>
<b>Abreviaturas</b> _____	<b>III</b>
<b>Nota previa</b> _____	<b>V</b>
<b>Consideraciones iniciales</b> _____	<b>1</b>

## **CAPÍTULO I**

### **Enquadramiento general: de las nuevas tecnologías de la información y comunicación; de la tipología empresarial**

<b>I. De las nuevas tecnologías de la información y comunicación: evolución histórica, noción y seguridad en su utilización</b> _____	<b>14</b>
1. Evolución histórica y noción de las nuevas tecnologías de la información _____	14
2. La seguridad en la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Firma y documentos electrónicos _____	21
2.1. Consideraciones generales _____	21
2.2. Firma electrónica _____	26
2.3. Documento electrónico _____	31
<b>II. Tipología empresarial; especial atención al empresario social</b> _____	<b>47</b>
1. Introducción: costes de creación de empresas _____	47
2. Tipología empresarial. En especial la empresa social _____	55

## **CAPÍTULO II**

### **La utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la creación de empresas**

<b>I. Los trámites administrativos necesarios para la creación de empresas en forma de sociedades mercantiles</b> _____	<b>69</b>
<b>II. La constitución de sociedades mercantiles con medios telemáticos</b> _____	<b>92</b>
1. Breve introducción _____	92
2. Nuevas formas de constitución de empresas. Proceso de tramitación telemática de constitución de empresas _____	95
2.1. La iniciativa española _____	95
2.1.1. Especificidades del sistema de tramitación telemática de las sociedades limitadas nueva empresa _____	97

2.1.2. La constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática – notas _____	106
2.1.3. El Centro de Información y Red de Creación de Empresas _____	108
2.2. La iniciativa portuguesa _____	119
2.3. Otras iniciativas _____	135

### Capítulo III

#### Aplicación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el funcionamiento de las Juntas Generales

<b>I. Adopción de acuerdos sociales de los socios sin celebración de reunión ____</b>	<b>153</b>
1. El estado del arte en el régimen español _____	154
2. El régimen portugués _____	158
2.1. Las “ <i>deliberações unânimes por escrito</i> ” _____	160
2.2. Las “ <i>deliberações por voto escrito</i> ” _____	163
3. El régimen francés _____	175
4. El régimen italiano _____	183
5. El régimen alemán _____	187
6. Acuerdos sociales por escrito en el régimen español: ¿un escenario a considerar? __	187
<b>II. La adopción de acuerdos durante la celebración de junta general _____</b>	<b>196</b>
1. Concepto y naturaleza jurídica del órgano Junta General _____	196
2. Reunión de pluralidad de socios: elemento natural, pero no esencial, de la Junta General _____	203
3. Junta General: ¿la subsistencia de la calificación de órgano soberano o la pérdida de la soberanía? _____	205
4. Clases de Juntas _____	210
5. Convocatoria de la Junta General _____	217
5.1. Finalidad de la convocatoria _____	217
5.2. Competencia para convocar la Junta _____	218
5.3. Requisitos de la convocatoria (formales y materiales) _____	223
5.3.1. Formales _____	224
5.3.1.1. Legales _____	224
5.3.1.2. Estatutarios _____	228
5.3.2. Materiales _____	235
5.4. Requisitos específicos de determinados asuntos _____	238

5.5. Las peculiaridades de la convocatoria de las Juntas Generales de las sociedades cotizadas	241
5.6. Distintas formas de convocar los socios: sistemas de convocatoria privada mediante comunicación electrónica	254
5.6.1. Especificidades de algunos ordenamientos extranjeros	254
5.6.2. Ordenamiento español: las normas y las lagunas legales	269
5.6.2.1. El régimen de las sociedades de responsabilidad limitada	270
5.6.2.2 Las características especiales de la sociedad limitada nueva empresa	279
5.6.2.3. Las sociedades anónimas: el silencio legal	288
6. Constitución de la Junta General	290
6.1. Quórum	290
6.1.1. El caso particular de las sociedades de responsabilidad limitada	296
6.2. Lista de asistentes	299
7. La celebración de la Junta General	303
7.1. Asistencia y debate	304
7.1.1. En España	304
7.1.2. Ordenamientos extranjeros	336
7.2. Juntas exclusivamente virtuales	343
7.3. Problemas jurídicos	354
7.4. La representación voluntaria en la Junta General	362
7.4.1. Consideraciones sobre la representación voluntaria en las sociedades anónimas	365
7.4.1.1. La representación voluntaria y las nuevas tecnologías	379
7.4.2. La representación voluntaria en las sociedades de responsabilidad limitada	388
7.5. La votación	389
7.5.1. El principio mayoritario	392
7.5.2. Mayorías reforzadas	395
7.5.3. Mayorías estatutarias	397
7.5.4. Ejercicio del derecho de voto - modalidades	399
7.5.4.1. El ejercicio del voto a distancia	402
7.5.4.2. El caso particular de la emisión del voto a distancia durante el desarrollo de la sesión de la Junta General	409
8. Acta de la Junta	417
9. Impugnación de acuerdos sociales por los socios que asisten telemáticamente a reunión de la Junta General	426

## **Capítulo IV**

**Aplicación de las tecnologías de la información y comunicación en el funcionamiento del Consejo de Administración**

<b>I. El órgano de administración – consideraciones iniciales</b>	<b>429</b>
<b>II. Planteamiento general sobre la utilización de las nuevas tecnologías en el funcionamiento del órgano de administración</b>	<b>442</b>
1. Tratamiento (silencio) legal del problema	442
2. Algunas soluciones de Derecho Comparado	447
3. El tratamiento de la utilización de las nuevas tecnologías en el funcionamiento del órgano de administración en los Códigos de Buen Gobierno	450
<b>III. La utilización de las nuevas tecnologías en los distintos momentos del funcionamiento del órgano de administración</b>	<b>455</b>
1. Convocatoria	455
2. Lugar de celebración de las reuniones del Consejo – posibilidad de reuniones puramente virtuales	465
3. Quórum	467
4. Deliberación y voto	476
5. Adopción de acuerdos sin sesión	482

**Capítulo V**

**Las tecnologías de la información y comunicación en la divulgación de la información por las sociedades mercantiles**

<b>I. El derecho de información de los socios</b>	<b>486</b>
1. Breves consideraciones previas	486
2. La información a los socios antes y durante la Junta General	490
3. El derecho especial de información de las sociedades cotizadas	498
4. El derecho de información y la asistencia telemática del socio a la reunión de la junta general	502
5. El derecho de información de los miembros del consejo de administración	504
<b>II. La difusión de información financiera de la sociedad</b>	<b>509</b>
1. Planteamiento general y marco normativo	509
2. Obligación de difusión de información relevante	518
3. El cumplimiento telemático de los deberes de información relevante ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores	545
<b>Conclusiones</b>	<b>552</b>

<b>Bibliografía</b>	<b>563</b>
<b>Índice</b>	<b>593</b>