



El uso de medios tecnológicos en las sociedades de capital no cotizadas

Mecanismos prácticos para la continuidad de la vida societaria durante el estado de alarma

CMS España

Índice

1. Introducción
2. Convocatoria del consejo de administración a través de medios telemáticos
3. Celebración telemática de consejos
4. Adopción de acuerdos por el consejo de administración por escrito y sin sesión
5. Formuladas las cuentas por el órgano de administración, ¿se puede auditar a distancia?
6. Medios tecnológicos para la convocatoria de las juntas generales
7. Asistencia a la junta general por medios telemáticos
8. Voto a distancia y con antelación por los socios
9. Firma electrónica de actas y otros documentos societarios
10. Posibilidad de crear una página web corporativa

Introducción



En los últimos años hemos asistido a la progresiva incorporación de las tecnologías a los distintos ámbitos de la vida personal, social, profesional y empresarial. El derecho de sociedades no ha sido ajeno a esta transformación, también ha ido incorporando a su práctica usos y soluciones de carácter tecnológico a través de su normativa reguladora, la jurisprudencia, la doctrina administrativa y la práctica profesional.

Esta incorporación ha sido paulatina y se ha producido con una intensidad heterogénea en función del tipo de sociedad, correspondiendo el liderazgo inequívocamente a las sociedades cotizadas, y con un impacto dispar en las distintas entidades en función de multitud de variables.

La crisis que estamos viviendo, que implica la proscripción temporal de lo presencial, constituye una buena ocasión para reflexionar sobre los instrumentos existentes para el funcionamiento ordinario de las sociedades de capital sin la reunión presencial de sus distintos órganos, utilizando para ello los medios de comunicación a distancia y las nuevas tecnologías. Una correcta implementación y uso de los mismos permitirá que los órganos sociales puedan funcionar con una cierta normalidad y que las sociedades cumplan con sus obligaciones formales adecuadamente y puedan adoptar acuerdos ordinarios y extraordinarios, incluso en circunstancias tan particulares y difíciles como las actuales.

El Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (en adelante "RDL 8/20 COVID"), en lo que afecta al funcionamiento de las sociedades de capital, ha abundado en la idoneidad de lo telemático como solución, facilitando que, aquellas sociedades que no quieran acogerse a las moratorias que el propio RDL 8/20 COVID prevé, o que por otras causas requiera de la actuación de sus órganos sociales durante la crisis, puedan funcionar evitando las reuniones físicas.

La crisis sanitaria actual debiera servir como catalizador para acelerar el proceso de incorporación de estas tecnologías al funcionamiento cotidiano de las sociedades, de modo que, una vez superado el escenario actual y de nuevo en la normalidad, constituyan una herramienta útil de uso permanente y generalizado para mejorar el funcionamiento de las sociedades y sus órganos sociales, contribuyendo a la conectividad, la eficiencia y el ahorro de costes.

En las siguientes páginas pretendemos ofrecerles una visión práctica sobre cómo cumplir con el ciclo de la vida societaria vinculado a las cuentas anuales, que se inicia en estas fechas con la formulación por el consejo y culminaría en circunstancias normales con el depósito de las mismas antes del 31 de julio. Ello, pese a que una de las novedades introducidas en el artículo 40 del RDL 8/20 COVID consiste precisamente en una moratoria de estas obligaciones (art. 40.3 para la formulación, 40.4 para la auditoría y 40.5 para la junta). El enfoque pretendido es valorar cómo podemos completar ese ciclo, cuando la sociedad no quiera acogerse a la moratoria, con el mínimo impacto de lo presencial y apalancándose por tanto en las nuevas tecnologías.

Lógicamente, el ejercicio que realizaremos da respuesta a un supuesto tipo básico, por lo que habrá que adaptarlo a la realidad y particularidades de cada sociedad y sus órganos sociales, pero en lo fundamental debiera proveer de pautas útiles para el general de las sociedades mercantiles de capital y será útil para la circunstancia presente, pero debiera serlo también para el futuro.

Así, partiremos de una sociedad con un ejercicio social coincidente con el año natural y gobernada por un consejo de administración –otras formas de administración simplifican la materia–, que formula sus cuentas, para lo que debe convocar el consejo y celebrarlo, las somete a auditoría, y, de nuevo el consejo –quizá mediante un acuerdo por escrito y sin sesión–, convoca una junta de una sociedad no unipersonal que debe aprobar sus cuentas para su posterior depósito. El reto consistirá en celebrar las reuniones y documentar sus acuerdos sin que lleguen a reunirse dos personas.

El objetivo final pretendido no se limita a dar solución a la actual coyuntura, sino que, trascendiendo de la misma, pretende dar un repaso a las herramientas en el funcionamiento telemático que ofrece la legislación vigente, cómo implementarlas cuando sea necesario, y cómo pueden contribuir de manera permanente al incremento de la eficiencia y la conectividad en la vida societaria.

El enfoque que pretendemos es eminentemente práctico y no dogmático, sin perjuicio de las necesarias referencias jurisprudenciales o doctrinales cuando sea conveniente.

Convocatoria del consejo de administración a través de medios telemáticos



La LSC no regula la forma de convocatoria del consejo de administración, limitándose a establecer que la competencia recae en el presidente y en quien haga sus veces y estableciendo la facultad de que un tercio de los miembros del consejo puedan convocarlo en determinadas circunstancias (246 LSC).

La ausencia de previsiones legales se salva con la regulación estatutaria del régimen de funcionamiento y la autonomía autorregulatoria del órgano de administración, autonomía que se manifiesta con distinta intensidad en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada, dado que para estas últimas existe una reserva estatutaria más intensa que exige que sus elementos esenciales como son las reglas de convocatoria y constitución y el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría consten en estatutos.

Por lo tanto, la norma deja libertad para que cada sociedad establezca el modo de convocatoria. La necesaria operatividad de estos órganos, el reducido número de integrantes de los mismos (normalmente entre tres y cinco, aunque en las sociedades anónimas no hay límite de vocales y en las limitadas puede tener hasta doce miembros), impone que el modo de convocatoria no sea formalista, a diferencia de lo previsto para la convocatoria de junta, de modo que es impropio de este tipo de órganos el utilizar las publicaciones. La práctica indica que los utilizados son siempre medios de convocatoria individual como lo era la carta certificada, el burofax o el telegrama, si bien este ha caído en desuso, mientras que se ha extendido la utilización del correo electrónico.

En cuanto a cuál será la dirección de correo electrónico a la que se debe remitir la convocatoria, dependerá de la que determine cada consejero a requerimiento del presidente. De este modo, a partir de confirmar la identificación personal de cada consejero en la dirección de correo electrónico que él haya facilitado o puesto a disposición de la sociedad, se presumirá la recepción y acuse de recibo del envío de la convocatoria del consejo de administración y será su responsabilidad mantener operativa dicha cuenta y atender las convocatorias o requerimientos que a la misma se dirijan. A tal efecto aconsejamos dejar constancia en el primer acta de consejo de administración la identificación de las direcciones de correo electrónicas habilitadas por los consejeros debiéndose notificar al presidente del consejo de administración, también por correo electrónico, cualquier modificación.

Muchas sociedades han optado por crear cuentas de correo electrónico de la propia empresa para cada uno de los consejeros, lo que presenta ciertas ventajas y facilita la gestión por el consejero.

En los supuestos en que se ha regulado que la convocatoria se realice por burofax o por carta certificada, Correos ofrece los servicios de Carta Certificada *Online* y Burofax *Premium Online*, que permiten cursar dichas notificaciones sin necesidad de desplazarse a correos.

En conclusión, para cursar la convocatoria de consejo en cualquiera de las formas más frecuentes –burofax, carta certificada o, desde luego, correo electrónico– no será necesario el desplazamiento físico, pudiendo hacerlo el presidente sin necesidad de desplazarse y desde su ordenador.

Celebración telemática de consejos



Visto que no existen obstáculos a que se pueda convocar el consejo por medios electrónicos, la cuestión se centra en valorar si la reunión del consejo exige la presencia física de todos los consejeros en el lugar de celebración, lugar. Como es sabido, este lugar no tiene que coincidir con el del domicilio social, ni encontrarse dentro del mismo término municipal, a diferencia de lo que ocurre con carácter general con las juntas (175 LSC), ni tan siquiera en la misma provincia o comunidad autónoma, pudiendo celebrarse incluso en el extranjero.

La Ley de Sociedades de Capital (LSC) no contiene ninguna previsión específica que haga referencia a la celebración del consejo por medios telemáticos. Por el contrario, y conforme se trata en otro apartado de esta misma nota, los artículos 182 y 189 de la LSC sí hacen referencia a la utilización de medios telemáticos en la celebración de la junta de las sociedades anónimas.

No obstante, la falta de regulación legal no impide que el consejo pueda celebrar sus reuniones sin necesidad de la asistencia presencial de sus miembros. La amplia autonomía para la autoorganización del consejo, reconocida en el artículo 245 LSC, constituye el soporte legal para poder establecer unas regulaciones internas sobre la materia. Es más, en nuestra opinión, aunque es conveniente una regulación estatutaria de la cuestión, en la sociedad anónima no es imprescindible y, en la limitada, sólo en la medida en que afecte a la convocatoria, la constitución y el modo de deliberar. En aspectos complementarios o de desarrollo de lo anterior, podrá el órgano de administración de la sociedad de responsabilidad limitada autorregularse sin necesidad de incorporar dichas previsiones a los estatutos.

El RDL 8/20 COVID para facilitar la celebración de reuniones de los órganos sociales y la asistencia de sus miembros durante el estado de alarma, ha previsto que se puedan celebrar telemáticamente aun cuando no hubiera previsión estatutaria al respecto:

Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones podrán celebrarse por videoconferencia que asegure la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real con imagen y sonido de los asistentes en remoto. La misma regla será de aplicación a las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas. La sesión se entenderá celebrada en el domicilio de la persona jurídica.

Como se puede observar, la norma exige que dichos medios de conexión telemática incluyan audio y vídeo, cuando, en nuestra opinión, aunque es muy recomendable por los motivos que se expondrán, no debiera ser imprescindible la imagen, siempre y cuando, sin ella, se pueda verificar la identidad del participante. Esta conexión exclusivamente por audio no es difícil en los consejos de administración de las sociedades de capital y acontece a diario en otros ámbitos de relaciones ente desconocidos, como por ejemplo en la contratación telefónica.

Partiendo de lo expuesto, es perfectamente viable el permitir que todos o la mayoría de los consejeros se conecten telemáticamente, lo que se puede hacer a través de distintas herramientas, con muy distintas utilidades, que deberán tener en común los siguientes elementos necesarios y considerar los distintos aspectos que trataremos a continuación. En todo caso, quienes lo hagan acogiéndose al artículo 40.1 RDL 8/20 COVID deberán incluir imagen y vídeo, sin que sea imprescindible cuando la regulación de la sociedad hubiera previsto otros sistemas.

Características necesarias:

- Que permita el reconocimiento de la persona que se conecta:

En positivo supone que se pueda reconocer a la persona que se identifica como consejero, de modo que el resto de consejeros, o al menos el presidente, puedan verificar la identidad de cada uno de los conectados, lo que lógicamente será más fácil con sistemas que incorporen vídeo que con los que sólo permitan audio.

En negativo, esta característica permite establecer mecanismos de seguridad y control que impidan la conexión o el acceso de personas ajenas al consejo que no hayan sido debidamente invitadas por el presidente, con el objetivo de preservar la confidencialidad de las reuniones del consejo y evitar injerencias en la sociedad, su información y en las decisiones del órgano de gestión.

- Debe permitir la conexión múltiple con interacción:

Múltiple en la medida en que haya varios consejeros conectados telemáticamente. No basta con conectar y desconectar a unos u a otros sino que tienen que estar simultáneamente conectados pudiendo conocer íntegramente todos ellos cuanto acontezca con cada uno de los conectados.

La interacción debe entenderse en el sentido de que no basta con que se permita una conexión pasiva, sino que el consejero debe poder participar en las deliberaciones, opinando y debatiendo con todos simultáneamente y en tiempo real, ya que dicha participación constituye el elemento sustancial de la reunión del consejo. Sin posibilidad de deliberación, aun habiendo voto, no se podría hablar con propiedad de reunión del consejo, y ello sin perjuicio de lo que se dirá respecto a la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión.

Características aconsejables:

- Que permita compartir documentos:

Lo normal en la reunión del consejo es que se compartan documentos, y aunque lo ideal es que estos sean repartidos con antelación, lo cierto es que no siempre es posible. Adicionalmente, en ocasiones durante la propia celebración se elaboran documentos, o se hacen presentaciones –por consejeros o terceros–, o se piden de las áreas de soporte documentos o información complementaria, o simplemente se escribe en una pizarra. Para todo ello es cierto que hay soluciones, como la remisión de los documentos por correo electrónico o fotos de las pizarras por *WhatsApp*, pero no son idóneos y no sirven por ejemplo para compartir

presentaciones. Hoy en día son numerosas las aplicaciones que permiten compartir a la vez audio, vídeo y documentos en tiempo real y que se haga por cualquiera de los participantes. Es importante acudir a estos sistemas con carácter general y siempre que se prevea que, por los motivos expuestos –presentaciones, nueva documentación, pizarras–, va a ser necesario.

— Que permita la constancia del voto:

Aunque el acta de la sesión es suficiente para reflejar lo ocurrido, nada obsta a solicitar que se requiera a quienes participan a distancia que remitan el voto emitido a través de un correo electrónico dirigido al presidente, con el punto a que se refiere y el sentido del mismo.

Conviene detenerse algo en este aspecto concreto y formular una referencia a la posibilidad de voto anticipado. Cuando se delega el voto es perfectamente posible y en cierta medida conveniente que se anticipe el voto. En otro apartado de estas páginas se analiza la posibilidad de voto anticipado en junta y se citarán diversas resoluciones que reconocen esta posibilidad. En nuestra opinión esos principios no son plenamente trasladables a las reuniones de consejo. Ello se debe a que mientras el socio tiene derecho a asistir a la junta y derecho de voto, el consejero tiene obligación de asistir al consejo y participar en las votaciones. Por ello, no es lo mismo y no se pueden aplicar las mismas reglas y principios que rigen el funcionamiento de la junta. Esto no excluye la posibilidad de abstenerse, pero exige participar en la deliberación y emitir el voto en un sentido u otro siendo incluso exigible, desde la perspectiva del deber de lealtad entre los miembros de un órgano colegiado, explicitar, aunque no necesariamente deba constar en el acta, el sentido del voto o de la abstención. Casa mal con lo anterior la emisión del voto anticipado, lo que no quiere decir que esté proscrito, ni incluso que no pueda tener sentido, por ejemplo cuando las cuentas se han distribuido antes y el consejero que las ha examinado vota favorablemente a su formulación. En nuestra opinión, siendo posible, deberá ser excepcional.

Cuestiones a considerar:

— Preservación del deber de secreto:

Conforme al 228 b) LSC el consejero debe guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, lo que desde luego alcanza a las deliberaciones del consejo. Este principio por sí mismo descarta la conducta a la que nos referiremos. En consejos donde hay consejeros designados a propuesta de socios minoritarios enfrentados a la mayoría o con consejeros con una interpretación poco rigurosa del deber de lealtad, la conexión telemática comporta la posibilidad real de que se produzca una asistencia a la reunión a un tercero ajeno al consejo –un asesor, un familiar, un directivo, un proveedor, un competidor, etc.–, sin que el resto del consejo sea consciente de ello. Esto supondría una grave vulneración de las reglas de funcionamiento, pero es difícilmente evitable cuando la participación es por conexión telemática, independientemente de que se realice por audio o vídeo. En estas situaciones, además de poder advertir a los consejeros de esta prohibición, es conveniente evitar el riesgo primando las reuniones presenciales.

— Grabación de la sesión:

Aunque con la tecnología actual cualquier reunión física se puede grabar por cualquiera de los asistentes, particularmente el audio de la misma, lo cierto es que el hecho de que la sesión se celebre con conexión telemática facilita enormemente la grabación, incluso de vídeo. Cuando esto es aceptado por todos los consejeros constituye una oportunidad; pero cuando no existe ese consentimiento en un entorno virtual es difícil evitarlo. No es extraño que en determinadas reuniones de consejo se haya llegado a obligar a firmar un compromiso de no grabar y una renuncia a usar en modo alguno lo que, incumpliendo el compromiso, se hubiera obtenido, junto a una penalidad elevada en el caso de quebrantamiento de los anteriores compromisos.

— Gestión de situaciones de conflicto de interés:

En ciertos supuestos, uno o varios consejeros no podrán participar en determinadas deliberaciones y votaciones de las que tengan lugar en el seno de una sesión del consejo, típicamente por encontrarse en una

situación de conflicto de interés (228 c) LSC). El sistema de conexión deberá tener una función que permita desconectar –cegar– al consejero afectado por la situación de conflicto mientras se trata ese asunto. Cuando la reunión es presencial, el mecanismo es evidente: abandona temporalmente la sala. Cuando la conexión es telemática, no se puede dejar la gestión de la participación al albur de la recta actuación del consejero afectado. Por ello, debe suspenderse su conexión, evitando cualquier participación, no solo activa sino también pasiva, ya que está excluido de deliberar y de votar pero tampoco puede atender la deliberación del resto. Es particularmente importante prever este tipo de situaciones cuando quien se puede encontrar en conflicto es el gestor de la conexión (el moderador en conference call o en otro tipo de aplicaciones), ya que en este caso su desconexión puede no resultar tecnológicamente posible sin desconectar al conjunto.

— Retribución:

Una mención sintética a que cuando la retribución del consejero está vinculada total o parcialmente a la participación en las sesiones (217.2b LSC), la asistencia telemática permitirá su devengo igual que la presencial, si bien serán difícilmente justificables determinados gastos –como los típicos de desplazamiento, pernocta y manutención–; de hecho, el ahorro de estos costes es un argumento invocado en muchas ocasiones a favor de la conexión telemática –por ejemplo cuando los consejeros residen en ciudades o incluso países distintos–. Sin embargo, sí se podrán satisfacer los gastos vinculados a dicha conexión o a los sistemas de firma electrónica a los que se hace referencia en otros apartados de estas páginas.

Inconvenientes menores:

— Mayor pasividad o menor involucración de los consejeros, especialmente con perfiles *multitasking*:

A nadie se le escapa que una de las características de los tiempos actuales es la dificultad cada vez más acusada para poner toda la atención en una sola tarea durante un tiempo prolongado. De ello no se escapan quienes forman parte de consejos de administración, por lo general gente ocupada y activa. Por ello, por contrario que pueda resultar al deber de diligencia, no se puede ignorar que la conexión telemática – particularmente la telefónica– resulta especialmente idónea para una “presencia” pasiva, para la inhibición, para simultanear la “asistencia” con la atención a otras obligaciones o responsabilidades. Todo ello redundará en un detrimento del seguimiento y participación en la sesión, con lo que supone de deterioro de su calidad y de falta de respeto al resto de asistentes.

— Firma del acta y otros documentos:

Cuando por las circunstancias concurrentes en el consejo deban firmarse documentos, tales como actas, cuentas, informes emitidos por el consejo en los distintos supuestos previstos por la norma, etc., es evidente que la presencia física facilita la firma. Pero, como se explica en el apartado correspondiente, hoy en día hay mecanismos que permiten articular la firma de un mismo documento de manera cuasi simultánea y con garantías suficientes por personas que no se encuentran en la misma localización. Simplemente conviene adoptar las previsiones necesarias.

De lo expuesto resulta palmario que, aunque la conexión telefónica debiera ser suficiente, no resulta idónea, ni desde la perspectiva de identificación, ni de interacción, ni de seguridad, ni de compartir documentos. Por ello recomendamos métodos más sofisticados que por otra parte son de uso común en la actualidad, que incluyan no sólo el vídeo sino también la gestión documental telemática. También hay proveedores de servicios especializados en la gestión de consejos de administración, con plataformas tecnológicas específicamente diseñadas para la organización de reuniones telemáticas y la gestión documental previa, inmediata y posterior a la celebración de las sesiones del órgano de administración.

Los consejos telemáticos a los que hemos hecho referencia constituyen una alternativa a las reuniones presenciales. Difieren de los acuerdos por escrito y sin sesión en que, como hemos dicho, estos últimos no son idóneos para lo deliberativo sino exclusivamente para lo decisorio. A título de ejemplo, la sesión de formulación de cuentas y propuesta de aplicación del resultado casa mejor con una reunión de consejo –presencial o telemática– en la que deliberar y luego adoptar acuerdos; mientras que, por ejemplo, la decisión de convocar la junta para la aprobación

de las cuentas formuladas con un orden del día estándar, se puede adoptar perfectamente a través de un acuerdo por escrito y sin sesión, mecanismo al que se hará referencia en un apartado posterior de estas notas.

Siendo la conexión telemática la solución cuando uno de los miembros no puede desplazarse, la opción cuando además no puede participar en la sesión, por coincidirle con otra obligación o tener una imposibilidad transitoria para ejercer su cargo –enfermedad inhabilitante, por ejemplo– consistirá en la delegación de voto. La delegación que deberá realizarse necesariamente en otro consejero, con o sin instrucciones sobre el sentido del voto, siendo indistinto que dicho consejero participe presencial o telemáticamente.

De lo expuesto se puede concluir que es perfectamente posible habilitar mecanismos de conexión telemática para la participación en sesiones del consejo y, en circunstancias como las que vivimos en la actualidad, puede resultar incluso imprescindible. No obstante, no queremos dejar de señalar que las reuniones presenciales son el mecanismo de funcionamiento ordinario y que el contacto interpersonal aporta elementos y matices que se pierden en lo virtual. Además, en determinadas situaciones, particularmente cuando hay conflictos en el seno del órgano de administración o cuando la confidencialidad deba extremarse por cualquier causa, lo virtual presenta más riesgos que ventajas y, de su ponderación, puede y en muchos casos debe resultar preferible exigir y mantener la reunión presencial.

Adopción de acuerdos por el consejo por escrito y sin sesión



La obligación actual y la conveniencia general de limitar reuniones y desplazamientos, particularmente cuando miembros de los consejos de administración residen en diferentes ciudades, conviene explorar la posibilidad de que el consejo de administración adopte acuerdos por escrito y sin sesión, en especial para aquellos tipos de acuerdos que no requieran de los consejeros su deliberación y, por lo tanto, baste con el simple acuerdo respecto a su contenido.

El artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) dice: “*En la sociedad anónima la votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento*”. A pesar del silencio legal, para las sociedades de responsabilidad limitada se viene admitiendo la celebración de sesiones del consejo por escrito y sin sesión, lo que resulta altamente recomendable por su operatividad.

Esta posibilidad ha sido expresamente recogida en el artículo 40.2 RDL 8/20 COVID, que además ha dulcificado su aplicación en la medida en que permite su uso aun cuando no esté en estatutos y no lo condiciona a que lo acepten la totalidad de los miembros del órgano, bastando que lo decida el presidente o lo soliciten al menos dos miembros del órgano:

2. Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, los acuerdos de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones podrán adoptarse mediante votación por escrito y sin sesión siempre que lo decida el presidente y deberán adoptarse así cuando lo solicite, al menos, dos de los miembros del órgano. La misma regla será de aplicación a las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas. La sesión se entenderá celebrada en el domicilio social. Será de aplicación a todos estos acuerdos lo establecido en el artículo 100 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, aunque no se trate de sociedades mercantiles.

La realización de reuniones por el procedimiento por escrito y sin sesión permiten evitar desplazamientos, así como evita necesidades de convocar o buscar fechas que encajen a los consejeros para reunirse, algo altamente improbable en las circunstancias actuales. Debe tenerse en cuenta que este procedimiento no debemos confundirlo con la sesión realizada por medios telemáticos (como la videoconferencia).

El artículo 100.2 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) destaca que se requiere que ninguno de los consejeros se oponga al procedimiento de adopción de los acuerdos por escrito y sin sesión. Sin perjuicio de lo anterior, esto no supone que sea necesaria la unanimidad en la adopción de acuerdos sino simplemente para la

aplicación del procedimiento, unanimidad que como hemos expuesto ha quedado suspendida por el RDL 8/20 COVID. La ley no establece plazo de oposición ni medio para hacer constar la oposición o la ausencia de ella. Por esto, un mero requisito negativo (que nadie se oponga) se acaba convirtiendo en la práctica en uno positivo: conformidad expresa con el procedimiento que queda reflejada en la propia participación.

Lo habitual será que el presidente del consejo de administración, tras consultarlo informalmente con el resto de consejeros, circule la propuesta, recoja los votos emitidos por cada uno de los consejeros y haga saber a estos el resultado.

La forma de remitir el voto dependerá de cada sociedad, que podría regularlo en los estatutos o en un Reglamento del Consejo. En la práctica, bastaría con remitir el voto por correo electrónico puesto que, en cualquier caso, lo esencial es que se pueda llegar a demostrar la conformidad con el procedimiento y que quede claro el sentido del voto.

Para asegurar la identidad de los consejeros, sería conveniente habilitar un correo electrónico a todos los consejeros para la remisión de estos documentos, aunque entendemos que lo anterior no cierra la puerta a la posibilidad de remitir el voto a través de otros medios de firma digital mediante la oportuna inclusión de la huella digital en el documento o la firma a través de otros aplicativos webs que garanticen la identidad del consejero que hubiese emitido su voto.

Tal y como establece el artículo 100.3 del RRM el voto de cada consejero deberá remitirse dentro del plazo de 10 días a contar desde la fecha en que se reciba la solicitud de emisión del voto, careciendo de valor en caso contrario. Una vez recibidos todos los votos, el secretario dejará constancia en acta con el visto bueno del presidente.

En la práctica existen dos opciones principales para documentar los acuerdos por escrito y sin sesión: (i) circular una única acta en la que cada consejero va firmando y remitiendo el documento al siguiente o (ii) la remisión por parte de cada consejero de un documento de idéntico contenido firmado por cada uno de ellos, que el secretario compila para que todos ellos formen el acta. En el caso concreto del consejo para la formulación de cuentas, como todos y cada uno de los consejeros han de firmarlas, puede tener más sentido circularizarlas junto con el acta, aunque nada impide que no se haga así y que se firmen más adelante. Por el contrario, si lo que se pretende es convocar la junta general ordinaria de socios que deberá aprobar las cuentas anuales de la sociedad, la segunda opción resultaría más adecuada puesto que agilizaría los trámites y permitiría cumplir sobradamente con el plazo de convocatoria de junta.

Como se puede observar, este mecanismo excluye formalmente lo deliberativo para centrarse en lo decisorio, sin perjuicio de que lo habitual es que las decisiones que se adoptan y reflejan sean el resultado de contactos previos y debates bilaterales o multilaterales entre los miembros del consejo. En la práctica, constituye un mecanismo útil para decisiones no complejas y poco controvertidas, como delegaciones de poderes especiales o autorizaciones singulares para determinados actos.

En todo caso, la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión no equivale en circunstancias normales a una reunión del consejo, lo que los caracteriza precisamente es que no hay tal reunión, y, por lo tanto, no constituye un consejo trimestral en el sentido del 245.3 LSC.

Formuladas las cuentas por el órgano de administración, ¿se puede auditar a distancia?



Para todas aquellas compañías obligadas a auditar sus cuentas anuales, tras la formulación de las cuentas anuales por el órgano de administración, se abre un periodo en el que los auditores deberán verificar su debida formulación y si, efectivamente, las mismas reflejan la imagen fiel de la sociedad. A dichos efectos, es una práctica común que, a partir del mes de abril, si no antes, los auditores se trasladen a los domicilios sociales de las sociedades objeto de auditoría para llevar a cabo su encargo.

Este periodo ha quedado suspendido en el escenario actual por aplicación del artículo 40.4 RDL 8/20 COVID:

En el caso de que, a la fecha de declaración del estado de alarma, el órgano de gobierno o administración de una persona jurídica obligada ya hubiera formulado las cuentas del ejercicio anterior, el plazo para la verificación contable de esas cuentas, si la auditoría fuera obligatoria, se entenderá prorrogado por dos meses a contar desde que finalice el estado de alarma.

Es probable que muchas sociedades tengan interés, pese a lo anterior, en presentar sus cuentas auditadas dentro del plazo ordinario, por ejemplo, cuando perteneciendo a grupos internacionales puede ser un requerimiento de sus matrices impuestos en sus jurisdicciones, sin que se hayan producido cambios como los que se han implementado en el RDL 8/20.

Dentro de la prerrogativas de auditor, se encuentra el derecho a requerir, y el correspondiente deber por parte de las entidades auditadas a suministrar, cuanta información fuera necesaria para realizar los trabajos de auditoría de cuentas y para la emisión del informe de auditoría (artículo 56 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio). En los casos en que los auditores de cuentas o sociedades de auditoría no hubieran podido obtener la información requerida y dicha información fuese relevante para el desarrollo del trabajo de auditoría de cuentas y para la emisión del informe, deberán dejar constancia documental del requerimiento de información realizado en sus papeles de trabajo, así como, en su caso, de las respuestas de la entidad auditada a dicho requerimiento.

El informe de auditoría es un documento que se debe firmar por el auditor, para su posterior notificación a la entidad auditada, por lo que la emisión y entrega al mismo de la documentación reclamada no requieren de una reunión presencial.

Ante la extraordinaria y excepcional situación con la que nos encontramos, y en la que es muy probable que el desplazar a los equipos de auditoría al domicilio de las compañías no sea posible o aconsejable por estar los mismos confinados en sus domicilios, o tener limitado su movimiento para salvaguardar la salud de los auditores, se deberán valorar alternativas que pudieran ayudar a efectuar su labor sin menoscabo de su función de comprobación.

Entre otras alternativas a las ya conocidas por los propios auditores como la plataforma CaseWare-Cloud (<https://www.casewarecloud.com/>), se pueden considerar herramientas de *data room* virtuales (o VDR por sus siglas en inglés), inicialmente creadas para dar soporte al intercambio de información para la realización de procesos de *due diligence*. Estas se presentan como auténticas soluciones tecnológicas para el intercambio de información, con una ventaja incuestionable como puede ser tanto el intercambio de la información requerida por el auditor de forma ágil y ordenada, como permitir una trazabilidad y seguimiento al tratamiento realizado por el auditor. Lo mismo cabe decir de otras herramientas, como el Q&A, incluidas en las propias plataformas y a través de las cuales se podrá suministrar información adicional y contestar todas aquellas preguntas formuladas por los auditores, dirigiendo las mismas al interlocutor adecuado dentro de la entidad auditada. A título enunciativo pero no limitativo, entre otras plataformas podemos encontrar algunas de las que hemos utilizado en alguna ocasión y que han funcionado correctamente, todas ellas con un coste razonable dependiendo del plazo en el que se deba tener activada la plataforma y el volumen de información volcada: Intralinks (<https://www.intralinks.com/es>), Merrill Corporation (<https://www.merrillcorp.com/us/en.html>), etc. Por supuesto, todas las anteriormente referidas plataformas de intercambio de información garantizan la confidencialidad de la información subida a través de dicha plataforma, así como cumplen con el Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

La cuestión que lógicamente plantea más dificultades es la relativa al inventario que deben realizar los auditores en el ejercicio de sus funciones y que de modo general exige una constatación física y directa de la situación de los bienes de la sociedad. Habilitar herramientas que digitalicen el inventario es de gran utilidad, ya no sólo para el ejercicio de las funciones de los auditores, sino también para una mejor gestión del inventario. Cuando la digitalización no sea suficiente, se deberá valorar el permitir el inventario cerrando las naves logísticas o fabriles para que el auditor acceda a las mismas sin interacción con más operarios que los imprescindibles para el apoyo a la labor del auditor.

No obstante, a los auditores les preocupará principalmente (i) que algunos los clientes no estén preparados al nivel de digitalización que exige esta circunstancia extraordinaria, hecho que podrá ralentizar el proceso para formular unos estados financieros acordes a la normativa así como obtener evidencia sobre la fiabilidad de los mismos y (ii) que en la medida de lo posible los auditores necesitarán confirmar algunos extremos con evidencias in situ, dado que existen aspectos que solo se pueden verificar allí (por ejemplo el estado y tránsito del almacén, del inmovilizado, el ritmo de trabajo, el estilo de la dirección, riesgos de fraude, entre otros).

Claro está que en estos momentos habrá que buscar, adicionalmente a lo ya propuesto, algunas alternativas que les permita el obtener suficiente confort a estos efectos. De hecho, la evidencia relacionada se obtiene desde hace tiempo con las circularizaciones a asesores externos, abogados, bancos, de cartas y correos electrónicos.

Dicho lo anterior, no debiera suponer un obstáculo la distancia en aquellas compañías lo suficientemente digitalizadas para poder suministrar la información requerida por el auditor.

Por último, conviene destacar que lo aquí expuesto es trasladable con carácter general a cualquier otro informe legalmente preceptivo y que las compañías pudieran requerir, tales como, a título enunciativo pero no limitativo, el informe de experto acerca de las valoraciones de aportaciones no dinerarias en las sociedades anónimas (67 LSC) o el informe de experto consecuencia de la falta de acuerdo sobre el valor razonable de la compañía en alguno de los supuestos de exclusión o separación de socios (354 LSC).

Medios tecnológicos para la convocatoria de las juntas generales



Completado el ciclo de adopción de acuerdos del consejo, y en particular el de formulación de cuentas y sometimiento de las mismas a auditoría –en aquellas sociedades obligadas a ello–, procede la convocatoria de la junta. Esta constituye una competencia única de los administradores y, para el caso de que la administración social recaiga en un consejo de administración, de carácter indelegable (166 y 249 bis LSC).

Fundamentalmente existen tres posibilidades entre las cuales las sociedades pueden optar para regular la forma en que debe ser convocada la junta general (173 LSC):

- Publicación en la página web corporativa.
- Publicación en el BORME y/o en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia.
- Comunicación individual y escrita.

La elección de la forma de convocatoria deberá adaptarse a las características de la sociedad, tales como el número de socios –solo en las muy atomizadas tiene sentido soportar el coste de las publicaciones–, la ubicación de los socios –las publicaciones o determinados modos de comunicación individual tradicionales son inútiles con socios que residen en el extranjero– o el grado de sofisticación e involucración de los socios.

En un apartado posterior se hará referencia a la página web corporativa, en lo que aquí atañe simplemente se reseñará que la publicación en la página web corporativa constituye un método ágil y con poco coste. Sin embargo, la mayoría de las sociedades de capital no han habilitado una página web corporativa hábil a los efectos indicados.

En todo caso, tanto la publicación de la convocatoria en la página web como la gestión de publicaciones en el BORME o en diarios puede realizarse telemáticamente, por lo que la situación actual no supone un obstáculo o dificultad.

Como alternativa a las formas de convocar anteriormente mencionadas, es posible que se hubiera previsto la convocatoria individual y por escrito de la junta. Los principales medios admitidos que cumplen los requisitos de la Ley de sociedades y capital (LSC) son el burofax, la carta certificada, el telegrama, la entrega en mano con firma del destinatario, la remisión mediante acta notarial de notificación y, en fin, la convocatoria remitida mediante

correo electrónico. Respecto a los primeros, ya se ha dicho en relación con la convocatoria de consejo cómo se pueden gestionar de modo telemático, los segundos, como es evidente, plantean mayores dificultades.

La resolución de la actualmente denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante y por tradición, la "DGRN") del 13 de enero de 2015, admite el correo electrónico como mecanismo de convocatoria de la junta. A tal efecto y para el caso de que los socios decidieran incorporar a estatutos la convocatoria por correo electrónico, resultará de vital importancia para los administradores que, con carácter adicional a la restante información a incluir en el libro registro de socios de la compañía, se requiera a los referidos socios para su inclusión en el libro, la dirección de correo electrónico habilitada a estos efectos para recibir dicha convocatoria.

Cabe indicar que la doctrina administrativa exige que la convocatoria que se realice por medios telemáticos deberá estar complementada con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío. Así, el envío al correo facilitado por el socio, la solicitud de confirmación de lectura, o determinados medios que permitan obtener prueba de la remisión y recepción de la comunicación mediante el uso de firma electrónica –a los que haremos referencia en otro apartado de esta nota–, pero también es posible el uso de nuevas aplicaciones móviles, que garantizan la autenticidad de la identidad del socio y su recepción.

En cualquier caso y sin perjuicio del carácter imperativo de las formalidades a seguir para la válida convocatoria de la junta, conviene señalar la decisión final de la DGRN en la resolución citada admitiendo que, pese a que la convocatoria se hubiera realizado por correo electrónico sin emplear ulteriores complementos que garantizaran su recepción, el socio convocado había tenido conocimiento de la misma con suficiente antelación para poder asistir. De este modo, acreditado el conocimiento por el socio, aún sin haberse cumplido las formalidades legales para la convocatoria, los acuerdos adoptados cuya inscripción se solicitaba debían inscribirse en el Registro, sin perjuicio de que judicialmente se pudiera atacar la validez de los mismos. En relación con esto último y citando jurisprudencia del Tribunal Supremo y otras resoluciones de la propia DGRN, la resolución citada resuelve que: *"Por lo demás, debe tenerse en cuenta la indudable conveniencia del mantenimiento de la validez de los actos jurídicos, en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, así como la necesidad de facilitar la fluidez del tráfico jurídico, evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios, que no proporcionen garantías adicionales"*.

Asistencia a la junta general por medios telemáticos



Vista la posibilidad de convocar a todos los socios por medios electrónicos, cabe plantearse si estos se van a ver obligados a concurrir presencialmente en un lugar de reunión o si, por el contrario, la ley pone a su disposición la posibilidad de reunirse por medios telemáticos.

Como hemos avanzado en anteriores apartados de esta misma nota, la Ley de Sociedades de Capital (LSC) permite, en su artículo 182, la utilización de medios telemáticos para la asistencia "en remoto" a la junta general de las sociedades anónimas.

Si bien la LSC se refiere exclusivamente a las sociedades anónimas, la posibilidad de asistencia telemática cabe predicarla también de las juntas de las sociedades de responsabilidad limitada, cuando se den las condiciones legalmente exigidas. Así lo reconoce la Dirección General de los Registros y del Notariado (actualmente denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), en su resolución de 19 de diciembre de 2012.

Detallamos a continuación una serie de condiciones que los socios deben tener en cuenta si su intención es hacer uso de este mecanismo que la ley pone a su disposición

La posibilidad de asistencia telemática a la junta general debe estar debidamente prevista y regulada en los estatutos sociales:

A diferencia de lo que apuntábamos en secciones anteriores en relación con las reuniones del consejo de administración, la ley es inequívoca al establecer que la asistencia telemática a las juntas generales debe estar debidamente prevista en los estatutos sociales. Por tanto, en aquellos casos en que los estatutos sociales no

contemplen esta posibilidad, deberán modificarse los mismos con carácter previo a poder hacer uso de este mecanismo, lo cual obliga a que la junta general se reúna de manera presencial para acordar dicha modificación estatutaria.

El sistema de conexión telemática debe permitir reconocer a la persona que se conecta:

Al igual que indicábamos en relación con la posibilidad de que los consejeros se conecten telemáticamente a las reuniones del consejo de administración, la utilización de estos sistemas pasa por que se pueda reconocer a la persona que se identifica como socio, de modo que el resto de socios, o al menos, el presidente de la junta, puedan verificar la identidad de cada uno de los conectados, lo que lógicamente será más fácil con sistemas que incorporen vídeo que con los que sólo permitan audio. A su vez, estos sistemas son de utilización muy complicada en sociedades formadas por un número muy elevado de socios.

El sistema de conexión telemática debe permitir la interacción entre los socios:

De nuevo, es importante destacar que no es suficiente que los socios puedan estar conectados a la reunión, sino que la conexión en remoto debe permitir que los mismos tomen parte activa en las deliberaciones y puedan, por tanto, interactuar con el resto de comparecientes, con independencia de que estos últimos se hallen físicamente presente o también conectados telemáticamente. En palabras de la citada resolución de la DGRN de 19 de diciembre de 2012, debe asegurarse que *"los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre y (...) que los socios puedan intervenir"*.

Debe existir, en todo caso, un lugar físico de celebración de la junta:

Salvo que los estatutos sociales indiquen otra cosa, la junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio (175 LSC). Más allá de que la Ley permite a los socios configurar estatutariamente un lugar alternativo de celebración de la junta, lo que nos interesa a estos efectos es la imperatividad de que la junta se celebre, a efectos formales, en el lugar establecido estatutariamente. Ello lleva a concluir que, aun en el caso en que todos los socios optasen por conectarse telemáticamente a la junta general, el lugar de celebración, desde un punto de vista formal, será el que se haya determinado en la convocatoria de conformidad con lo establecido en los estatutos de la compañía. Más allá de tratarse de una mera formalidad, la importancia de fijar una ubicación física para la celebración de la junta reside en la necesidad de permitir la asistencia personal de los socios que prefieran, legítimamente, proceder de tal modo. No obstante, este requisito podría entenderse cumplido si el gestor de la conexión telemática se situara en el domicilio social.

En la convocatoria deben preverse los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios o accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta:

Sin duda el gran reto al que nos enfrentamos en el intento de poner la tecnología al servicio del día a día de los órganos sociales de las compañías no es otro que el de garantizar que la mayor comodidad o flexibilidad que nos proporcionan estos métodos no vayan en detrimento de los derechos de los socios y de la observancia de normas imperativas. Es por ello que los administradores tienen el deber de velar por que la asistencia telemática a la junta no tenga un impacto negativo en el desarrollo de la reunión. A modo de ejemplo, debe incentivarse que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a la 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.

Debe garantizarse el ejercicio del derecho de información por todos los socios:

Cuando los socios participan de modo telemático, al no coincidir en un mismo espacio físico, no existe la posibilidad de que se haga entrega física de la documentación que, en ejercicio de su derecho de información, el socio o accionista solicite durante la celebración de la junta. La utilización del mecanismo del artículo 182 LSC que establece 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, será útil para salvar esta dificultad logística sin que la misma produzca un menoscabo de los derechos de información del socio o accionista.

La tecnología ofrece múltiples soluciones que facilitan la conexión telemática, entre las cuales debemos decantarnos por las que ofrezcan mayores garantías de privacidad y seguridad:

Si bien nada obsta a que los socios, si se dan todas las condiciones que hemos ido enumerando, se conecten a la reunión vía Skype, Google Hangouts Meet, Vidyomobile u otras aplicaciones similares, resulta aconsejable que se exploren otras alternativas, cada vez más habituales en la práctica, que sin duda ofrecen mayor garantía de privacidad y seguridad. Un buen ejemplo es la opción de habilitar un área privada de socios en el caso de que la compañía cuente con una página web corporativa –cuestión de la que nos ocuparemos en detalle en otro apartado de esta nota–, en la que más allá de publicar la convocatoria de junta y demás usos que la ley o los estatutos sociales pudieran prever, los administradores puedan habilitar un mecanismo para facilitar las relaciones telemáticas entre los socios y entre estos y la compañía, como es el caso de la asistencia a la junta por medios telemáticos.

Las conexiones en remoto pueden fallar en el momento más inoportuno:

Si bien no es el escenario más deseable, es de vital importancia tener previsto que, por desgracia, la conexión a la junta por medios telemáticos puede dar lugar a problemas técnicos que dificulten el normal desarrollo de la misma. Mientras un socio no logre conectarse de un modo que permita que se le reconozca y que pueda interactuar con el resto de socios, no podrá considerarse que dicho socio está presente, lo cual puede tener incidencia si la presencia de dicho socio es necesaria para (i) alcanzar el *quorum* mínimo para constituirse en junta general o (ii) adoptar determinados acuerdos.

En el mismo sentido, si durante la junta general uno de los socios perdiera la conexión, ello tendrá los mismos efectos que si este, estando físicamente presente, hubiera abandonado la reunión. En tal situación, nada obsta a que la reunión pueda continuar en ausencia de este socio, sin perjuicio de que aquellos acuerdos que requieran su presencia para alcanzar la mayoría necesaria para su aprobación no podrán ser adoptados en tanto en cuanto el socio no participe en la votación.

En cualquier caso, un criterio de prudencia hace aconsejable que, si se llega a producir tal situación, el presidente decida suspender la reunión durante diez o quince minutos para dar tiempo al socio a restablecer la conexión, permitiendo así que la junta continúe su curso de un modo normal.

Firma del acta y otros documentos:

Remitiéndonos a lo indicado en otros apartados de esta nota, cuando en la reunión de la junta general deban firmarse documentos por los socios o por cualquier otro asistente, existen mecanismos que hacen posible que un mismo documento sea firmado digitalmente, de modo cuasi simultáneo y con garantías suficientes, por personas que no se encuentran en la misma localización. Para evitar la más que habitual circulación de documentos originales para su firma por todos los socios, con los consiguientes riesgos y costes que ello lleva aparejado, es cada vez más habitual recurrir a estos mecanismos.

De todo lo anterior podemos concluir que la posibilidad de que los socios se conecten telemáticamente a las reuniones de la junta general no es solo un escenario expresamente previsto por el legislador, sino que es una realidad cada vez más común. De hecho, cada vez existen mecanismos más sofisticados para hacerlo posible. No obstante, y a pesar de que en ocasiones resulta inevitable proceder de este modo (la actual crisis sanitaria es un ejemplo de ello), no podemos dejar de reconocer que en ocasiones las reuniones presenciales pueden facilitar el ejercicio del conjunto de derechos.

Voto a distancia y con antelación por los socios



Una vez analizado cómo es posible la participación de los socios en la junta general ordinaria de socios/accionistas mediante conexión telemática, debe valorarse si es posible, ante la propia dificultad de conectarse simultáneamente a la celebración, emitir el voto a distancia y de forma telemática con carácter previo a la celebración de la junta. Recordemos que conforme a lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), es en la junta general ordinaria en la

que los socios se reunirán para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas anuales del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.

Recordemos que el voto es un derecho personal. La imposibilidad de asistir a la junta general o conectarse a la misma por medios telemáticos tiene como solución el poder delegar el socio su representación en otro socio o en un tercero, si bien, particularmente en las sociedades de responsabilidad limitada, la delegación en terceros está sujeta a limitaciones particularmente estrictas. Téngase en cuenta que es frecuente que socios minoritarios – normalmente quienes tienen menos posibilidades de acudir (no deciden la fecha y el horario) y para quienes es más costoso y menos útil participar (no son decisivos en la adopción de la mayoría de acuerdos)– no estén alineados con el interés o intención del resto de socios, lo que merma su confianza de cara a la delegación.

Una posible solución pasaría por incluir en la propia delegación instrucciones expresas al representado acerca del sentido del voto a emitir, no obstante, con dicha delegación no se evita el riesgo de que en quien se hubiera delegado la representación no acudiera a la junta o no cumpliera el mandato, conllevando dicho posible incumplimiento responsabilidad entre socio y representado, pero no pudiendo afectar la validez del propio acuerdo adoptado, salvo en situaciones excepcionales. Distinta podrá ser por ejemplo la responsabilidad del representante cuando tal condición recayera en el administrador de la sociedad para el caso de que el mismo no acudiera a la junta, por ser su asistencia a la junta un deber, no solo de la relación de mandato establecida, sino conforme a lo previsto en el artículo 180 LSC.

Dicho lo anterior, y a los efectos de poder asegurar efectivamente la emisión y el sentido del voto en la junta general ordinaria, vemos cómo la emisión de voto a distancia y con antelación se convierte en garantía para que los socios que no pudieran ni asistir ni conectarse a la junta puedan participar en las decisiones sociales. La admisión del voto a distancia supondría, en todo caso, que la validez del voto no dependa del resultado de la deliberación o del posicionamiento de otros socios que no se puede conocer antes de la celebración de la junta o no se puede conocer de forma definitiva.

A tal efecto, la posibilidad de emitir el voto mediante correspondencia postal, electrónica o de cualquier otro medio de comunicación a distancia se prevé en el artículo 189.2 LSC, pero únicamente para las sociedades anónimas y siempre y cuando dicha posibilidad se encuentre prevista en los estatutos sociales. En cualquier caso, únicamente podrá incluirse esta posibilidad si se garantiza debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto.

Sin embargo, la posibilidad de emisión del voto a distancia ha sido admitida también para las sociedades limitadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la actualidad denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en sus resoluciones de fecha 19 de diciembre de 2012, 25 de abril y 16 de mayo de 2017 y 8 de enero de 2018. Su admisión está condicionada al cumplimiento efectivo de los requisitos legalmente previstos en el artículo 189.2 LSC, para sociedades anónimas.

Deteniéndonos en los límites y requisitos aplicables a la posibilidad de emitir el voto a distancia, analicemos alguno de ellos:

- Su inclusión en estatutos sociales para que el procedimiento sea válido esta fuera de toda duda.
- El tenor literal del artículo 189.2 LSC limita la posibilidad de votar a aquellos asuntos contenidos en el orden del día. Adicionalmente el legislador va más allá y concreta diciendo “el voto de las propuestas sobre puntos contenidos en el orden del día”. Dicho literal establece que para que un socio pueda realizar un completo discernimiento sobre el sentido de su voto con carácter previo a la junta, teniendo en cuenta que no va a poder participar en la deliberación conjunta con el resto de los socios, este deberá haber recibido las propuestas de acuerdo sobre los puntos contenidos en el orden del día. A tal efecto y examinando los concretos acuerdos a debatir y votar en sede de junta general ordinaria:
 - a. Aprobación, en su caso, de la gestión social. El voto sobre dicho asunto podrá ser afirmativo o negativo, así como se podrá incluir en el voto alguna manifestación respecto de la cual se solicite su expresa constancia en acta.

- b. Aprobación, en su caso, de las cuentas anuales del ejercicio anterior. Nuevamente dicho acuerdo tiene carácter binario, pudiendo los socios votar en favor o en contra del mismo, pero consideramos que no debiera conllevar problemas de interpretación en la medida en que se conoce el contenido del acuerdo y se tiene acceso a las cuentas desde la convocatoria de la reunión.
- c. Aprobación de la aplicación del resultado. Sin perjuicio de la existencia de una propuesta de aplicación concreta presentada por el órgano de administración, tanto en el acto de formulación y en el contenido de la memoria como en su caso en la convocatoria, los socios pueden separarse de dicha propuesta y proponer aplicaciones del resultado distintas y puede ser que el socio esté dispuesto a votar favorablemente a varias de ellas, le resulten aceptables acuerdos diversos. La emisión del voto con carácter anticipado conlleva dificultades materiales para considerar esas alternativas, ya que dicho voto se pronuncia sobre una propuesta previa concreta. En este supuesto aconsejamos que en la emisión del voto se incluya no sólo el sentido concreto, sino también una solución del tipo de, por ejemplo: *“se vota favorablemente a la aplicación del resultado propuesta por el órgano de administración y a cualquier otra que suponga un reparto de dividendos superior al propuesto en la memoria”*.

Aun cuando estas reflexiones se refieren principalmente al voto a distancia en sede de junta ordinaria, lo anterior es aplicable *mutatis mutandis* y con carácter general a cualquier junta extraordinaria que pudiera celebrarse y a todos y cada uno de los acuerdos que requirieran emisión de voto –excluyéndose, por ejemplo, aquellos acuerdos meramente informativos– en cada una de ellas. Para ello se debiera analizar la naturaleza del acuerdo y si el mismo es binario (afirmativo o negativo) así como sus concretas particularidades.

- Podrá ejercitarse por el socio/accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia que garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto. De entre dichos mecanismos, quisiéramos detenernos, por su mayor agilidad, relevancia y actualidad, en los dos últimos:
 - a. Correo electrónico. Para asegurarse sobre la identidad de los socios, aconsejaríamos hacer constar en el libro registro de socios, junto al resto de información necesaria para su identificación, la dirección de correo electrónico del socio habilitada para, entre otras cuestiones, la emisión de su voto conforme a lo previsto en la LSC y en los estatutos sociales; o
 - b. Otros medios telemáticos. Entre otros medios de comunicación telemática y, para el concreto caso, de emisión del derecho de voto garantizando la identidad del socio, se podría facilitar el voto a través de medios digitales: la página web corporativa con un usuario habilitado por socio (área privada de socios) y/o a través de otros medios de firma digital que, mediante la oportuna inclusión de la huella digital en el documento así como de la firma a través de dispositivos móviles (por ejemplo, <https://www.signaturit.com>), garanticen la autenticidad de la identidad del socio que hubiera emitido su voto.

Dentro de las posibilidades abiertas, recomendamos que, al igual que se planteaba en el caso de la DGRN de 2018, se incluya en los estatutos la necesaria remisión del voto con, como mínimo, 24 horas de antelación a la celebración de la junta, para que los administradores tengan oportunidad de preparar la necesaria documentación para la junta, así como con suficiente plazo para poder subsanar cualquier deficiencia detectada en la emisión del voto por el socio con carácter previo a la junta.

El que el socio remita el voto telemáticamente y de modo anticipado comporta que se le tenga por presente en la junta a efectos de constitución, aun cuando no hubiera votado más que respecto a uno de los puntos del orden del día incluidos en la convocatoria.

Finalmente, por respeto al socio que emita su voto de forma telemática y con carácter previo a la junta y, en consecuencia, sin posibilidad de informarse durante la junta ni de participar en la deliberación del acuerdo, momento en que muchos de los socios deciden su voto por la información adicional recibida durante la deliberación, el órgano de administración deberá procurar extremar la atención al derecho de información del socio con carácter previo a la celebración de la junta, siempre conforme a lo dispuesto en los artículos 196 LSC –para sociedades de responsabilidad limitada– y 197 LSC –para sociedades anónimas–.

Firma electrónica de actas y otros documentos societarios



En los apartados anteriores nos hemos centrado en la deliberación y voto, pero de todo ello se requiere una cierta constancia documental en soportes que además requieren la firma de uno o varios de los intervinientes.

Cuando la reunión del consejo de administración o de la junta general se celebre por medios telemáticos, existen sistemas de firma electrónica que permiten articular la firma de un mismo documento de manera cuasi simultánea y con garantías suficientes por personas que no se encuentran en la misma localización, desde cualquier tipo de dispositivo: ordenador, *tablet* o *smartphone*.

La firma electrónica, según se define en el Reglamento (UE) N° 910/2014 (eIDAS), en vigor desde el 1 de julio de 2016, es un conjunto de datos que pasan a formato electrónico anexos a otros datos electrónicos, o asociados de manera lógica con ellos, que utiliza el firmante para firmar.

Es importante destacar que las firmas electrónicas hoy en día permiten firmar documentos *online* de forma segura, gozando éstas de la misma validez jurídica que las firmas manuscritas sobre papel, tal y como dispone el artículo 25.1 del citado Reglamento eIDAS, así como la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica.

Además de la firma electrónica simple, existen otros dos tipos de firmas: la firma electrónica avanzada y la cualificada:

- La firma cualificada sería la que cualquier ciudadano puede realizar con su DNI electrónico, que incorpora el certificado electrónico mediante el cual se puede efectuar cualquier trámite ante la Agencia Tributaria para el que resulte necesario identificarse.
- La firma electrónica avanzada, a la cual haremos especial referencia en el presente apartado, está vinculada al firmante de forma única y permite su identificación, ya que ha sido creada utilizando datos de creación de la firma que el firmante puede utilizar bajo su exclusivo control.

De conformidad con el artículo 25 del Reglamento eIDAS ningún documento firmado con cualquiera de los tres tipos de firmas electrónicas podrá ser rechazado como evidencia legal ante ningún tribunal.

Sin perjuicio de lo anterior, y a los efectos del presente artículo, la denominada firma electrónica avanzada resultará la herramienta idónea para la firma de cualquier documento societario que no requiera su posterior elevación a público e inscripción en el Registro Mercantil (lo cual exigirá firma manuscrita original de aquellas personas con facultad certificante); y, sin duda alguna, supondrá una alternativa considerablemente mejor a la firma digitalizada (escaneada), considerada como simple y con escasas garantías jurídicas.

Así, en el momento de dar comienzo a la reunión del consejo o de la junta general por medios telemáticos, será posible que el secretario de la reunión remita a los asistentes vía *online* la preceptiva Lista de Asistentes, de conformidad con los arts. 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, a los efectos de que esta sea firmada en tiempo real por los mismos; así como el acta de la propia reunión, una vez celebrada ésta, a las personas que en cada caso deban firmarla. En este sentido, la modificación introducida en 2013 por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en materia de legalización de libros mercantiles, que impuso la obligación de legalizar de manera telemática los mismos (no siendo válidos los soportes en papel) facilita el uso de la firma electrónica para la firma de actas y demás documentos relacionados, que en ningún caso deberán firmarse posteriormente en papel con firma manuscrita para poder incluirse en el Libro de Actas de la sociedad.

Existen varias empresas que ofrecen una o varias soluciones de firma electrónica, con distintos grados de seguridad y de validez legal. Sin ánimo de ser exhaustivos, en el presente apartado hemos querido analizar sucintamente dos de las herramientas más utilizadas en la práctica para la firma de documentos societarios, a saber: Signaturit, empresa europea con sede en Barcelona, y DocuSign, empresa estadounidense con sede en San Francisco.

- DocuSign ofrece los tres tipos de firmas electrónicas y permite enviar solicitudes de firma y firmar documentos desde cualquier lugar y mediante cualquier dispositivo, aunque resulta necesario descargar su aplicación.

A nivel legal, DocuSign cumple tanto con la normativa de EEUU relativa a las firmas electrónicas –UETA y eSIGN Acts– como con la normativa europea más reciente –el Reglamento eIDAS–. Sin embargo, las soluciones de firma que ofrece DocuSign no recogen datos biométricos del firmante durante el proceso de firma.

- Por su parte, Signaturit ofrece tanto la firma electrónica simple como la avanzada y sí recopila los datos biométricos del firmante cualquiera que sea la solución de firma que se decida utilizar.

La importancia de recopilar los datos biométricos del firmante –esto es, puntos del trazo, velocidad, aceleración y presión al firmar– reside en que es información única de cada persona y, por lo tanto, permite identificarla de forma única.

Estos datos, contenidos en el documento firmado y en el documento probatorio, conforman las evidencias electrónicas necesarias para que la firma electrónica sea considerada avanzada, puesto que tiene suficiente carga de datos identificativos según el Reglamento eIDAS.

Expuesto cuanto antecede, cabe concluir que la firma electrónica, en sus diversas variantes, permite verificar formal y legalmente la identidad a distancia del firmante, asegura la integridad del documento y garantiza la veracidad de la firma, por lo que constituye una herramienta esencial para la formalización de las actas del consejo y de la junta general celebradas de forma telemática, así como sus documentos relacionados que requieran de la firma de todos o parte de los asistentes.

Posibilidad de crear una página web corporativa



A lo largo de la presente nota hemos mencionado en diversas ocasiones la posibilidad que tienen las compañías de crear una página web corporativa. En este apartado analizaremos esta cuestión desde un punto de vista fundamentalmente práctico, tratando de sintetizar el régimen jurídico aplicable y centrándonos en las ventajas que supone la implementación de la página web corporativa como herramienta para el día a día de la sociedad.

La Ley de Sociedades de Capital (LSC) regula esta cuestión en sus artículos 11 bis y siguientes. Las sociedades cotizadas están legalmente obligadas a tener una página web de esta naturaleza.

No debemos confundir la figura de la página web corporativa, creada de conformidad con lo que establece la normativa societaria y para los fines que se indican en la misma, con cualquier otra página web de la que pudiera ser titular la sociedad con fines comerciales o publicitarios. En palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado, actualmente denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en su resolución de 10 de octubre de 2012, *“por web corporativa no se quiere decir cualquier página web que la sociedad tenga abierta en Internet (por ejemplo, a fines comerciales o de marketing) sino aquella página web que cumpla con las funciones intra y extra societarias mínimas que la Ley le atribuye en los actuales artículos 11 bis, 11 ter y 11 quáter de la Ley de Sociedades de Capital.”*

La competencia para crear una página web corporativa corresponde a la junta general, mientras que, salvo que los estatutos indiquen lo contrario, su modificación o traslado son competencia del órgano de administración. Dicho lo anterior, lo más habitual en la práctica es que sea la junta general quien acuerde formalmente la creación de la página web corporativa, dejando en manos del órgano de administración la efectiva implementación de la web, esto es, la concreción de la dirección URL o sitio en Internet, la inscripción en el Registro Mercantil y la comunicación a los socios. Este enfoque planteó inicialmente algunas dudas interpretativas, pero la cuestión fue aclarada en la referida RDGRN de 10 de octubre de 2012, que reconoció que proceder de este modo se ajusta a la legalidad.

Desde un punto de vista puramente procedimental, aunque la junta es soberana para decidir sobre la creación de la página web corporativa, no existe obligación legal de que su existencia conste en los estatutos sociales. Esto

último determinará el título en virtud del cual se debe crear la página web: si se ha dejado constancia de la web corporativa en los estatutos sociales, al tratarse de una modificación estatutaria deberá hacerse mediante escritura pública de conformidad con lo establecido en el artículo 290 LSC y 95 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM); en caso contrario, bastará la certificación del acuerdo de la junta, o de la decisión del socio único, con las firmas legitimadas.

Una vez que la página web está creada e inscrita, y su inscripción ha sido debidamente publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME), se puede afirmar que la misma está “operativa” desde el punto de vista societario. Es precisamente desde este momento que, en virtud de lo establecido en el artículo 173.1 LSC, las convocatorias de junta general deberán cursarse mediante anuncio publicado en la página web corporativa. No obstante, los estatutos sociales pueden prever, en sustitución de esta forma de proceder, la convocatoria se realice 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 la documentación de la sociedad.

Sin perjuicio de que, como hemos visto, la LSC configura la página web corporativa como un espacio sencillo y público en el que publicar determinados anuncios, como el de convocatoria de junta general u otros más concretos (a modo de ejemplo, el artículo 319 LSC obliga a publicar en la página web, además de en el BORME, el acuerdo de reducción del capital de las sociedades anónimas), es posible dotar a la página web de un mayor protagonismo en el día a día de la vida societaria, convirtiéndose en un portal más complejo y elaborado que incluya áreas privadas de socios y consejeros. Como hemos avanzado en secciones anteriores de esta nota, la ventaja de crear estas áreas privadas, tanto para socios como para administradores, radica en la posibilidad de que las comunicaciones societarias se hagan de manera telemática garantizando una mayor seguridad y privacidad de las mismas.

Una de las ventajas de crear estas áreas privadas de información y contacto para socios o administradores, a las que todos ellos puedan acceder con un usuario y una clave personal, consiste precisamente la posibilidad de que los socios puedan depositar su voto con carácter previo a las reuniones de órganos colegiados, siempre y cuando se den los presupuestos necesarios, que hemos explicado en detalle en otros apartados de la presente nota.

La existencia de la página web corporativa tiene incidencia, asimismo, en el ejercicio por los socios de su derecho de información. En este sentido, los estatutos sociales de la compañía pueden prever que, si existiera página web corporativa, la puesta a disposición de los socios de la documentación que tengan derecho a conocer u obtener en relación con una convocatoria de junta general podrá hacerse mediante su depósito en la misma. En el caso de la junta general ordinaria, esta solución posibilita el cumplimiento de la obligación que promulga el artículo 272.2 LSC de remitir a los socios, a partir de la convocatoria de la junta general, de forma e inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la junta.

Por el contrario, la publicación telemática de información con carácter previo a la junta en la página web corporativa no parece tener tan buen encaje con el derecho que asiste a los socios de la sociedad limitada que representen al menos el cinco por ciento del capital social de examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales. A priori, mientras los socios minoritarios gocen de tal derecho no será posible sustituirlo por la mera publicación de la documentación en la web corporativa. No obstante, el artículo 272.3 LSC regula este derecho de modo que sea posible su exclusión en estatutos sociales, por lo que cabría plantearse excluirlo o, en un grado intermedio que a nuestro juicio juega incluso a favor de los intereses del minoritario, modular dicho derecho de modo que el acceso físico a los documentos en el domicilio social sea sustituido por su puesta a disposición del socio solicitante en alguna plataforma digital que permita dejar constancia de la fecha en que se han facilitado los datos.

Como último apunte, y una vez vistas algunas de las principales aplicaciones que pueden darse a la página web corporativa, deben subrayarse las dos principales desventajas que, a nuestro juicio, lleva aparejada la opción de crear una página web corporativa. La primera de ellas tiene que ver con las responsabilidades que pueden derivarse del uso de la página web corporativa, mientras que la segunda se refiere a los costes que suelen llevar aparejados la creación y el mantenimiento de la misma.

De conformidad con lo que establece el artículo 11 ter LSC, desde el momento en que la página web esté creada y en funcionamiento, la sociedad será la responsable de garantizar su seguridad, la autenticidad de los documentos

publicados en ella y el acceso gratuito a esta con posibilidad de descarga e impresión de lo insertado en ella. La carga de la prueba de la inserción de documentos y de su fecha corresponde a la sociedad; y los administradores tienen el deber legal de mantener lo insertado en la web durante el tiempo legalmente exigido.

La ley establece que los administradores responden solidariamente entre sí y con la sociedad por los perjuicios causados a los socios, acreedores, trabajadores y terceros, por la interrupción temporal de acceso a la web corporativa. Existen formas de tratar de modular tal responsabilidad, como externalizar el servicio de gestión de la página web y de acreditación de su contenido. En este sentido, existen compañías que prestan este tipo de servicios, ofreciendo soluciones tecnológicas que mejoran la eficiencia de los órganos de gobierno de las sociedades, promoviendo la digitalización de los procesos y facilitando el cumplimiento la normativa de buen gobierno corporativo, dedicándose, entre otras cuestiones, a certificar la entrega y puesta a disposición de documentos a los miembros de órganos colegiados.

El otro inconveniente es el elevado coste que para determinadas compañías puede suponer la creación e implementación de su página web corporativa, así como la externalización de determinados servicios como los referidos en el párrafo anterior, que, si bien pudieran parecer accesorios y secundarios, resultan cuasi imprescindibles en la práctica.

Expuesto cuanto antecede, procede plantearse si contar con una herramienta como la que representa la página web corporativa supone realmente una mejora en el funcionamiento de las sociedades de capital. En nuestra opinión la respuesta dependerá del volumen de actividad que tenga la compañía canalizable a través de este instrumento. Si se trata de una compañía con pocos socios o accionistas, cuyo funcionamiento es sencillo, muy probablemente las desventajas que hemos enumerado tendrán un mayor peso que las ventajas que lleva aparejadas este mecanismo, y la página web corporativa terminará siendo un elemento infrautilizado. Por el contrario, en muchas compañías con un mayor dinamismo en sus órganos colegiados, aun cuando este se deba exclusivamente a que cuenten con un elevado número de socios o accionistas, es muy probable que la página web corporativa sea una herramienta de gran utilidad y con un coste muy asumible.

En cualquier caso, no cabe duda de que, en circunstancias como las que estamos atravesando, cualquier sistema o mecanismo que contribuya a flexibilizar la vida societaria y facilitar la interacción telemática de socios y administradores puede resultar de gran utilidad para cualquier compañía.

Han colaborado en esta guía:

- **José María Rojí** | Socio del departamento de Corporate / M&A.
- **Pedro Ferreras** | Counsel del departamento de Corporate / M&A.
- **Guillermo Donadeu** | Asociado Sénior del departamento de Corporate / M&A.
- **Mar Frau** | Asociada del departamento de Corporate / M&A.
- **Jorge Prada** | Asociado del departamento de Corporate / M&A.
- **Álvaro Valentín** | Asociado del departamento de Corporate / M&A.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para más información:

cms-asl@cms-asl.com | cms.law



Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

www.cms-lawnow.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Nairobi, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law

