

Telemática y derecho de sociedades

Francisco J. ALONSO ESPINOSA

Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado

Diario La Ley, Nº 7800, Sección Tribuna, 17 Feb. 2012, Año XXXIII, Ref. D-75, Editorial LA LEY

Leynfor, Editorial Wolters Kluwer España

LA LEY 2022/2012

Los principales ámbitos del Derecho de Sociedades incididos por la telemática son: a) el relativo al sistema de documentación y transmisión de la posición jurídica de accionista denominado anotaciones en cuenta; b) el sistema de gestión telemática de la constitución de la sociedad de capital; c) el relativo al ejercicio «electrónico» de los derechos de asistencia, información, debate y voto en la junta general de accionistas; d) la información societaria como presupuesto de efectos jurídicos de actos u operaciones societarias respecto de socios y terceros.

Disposiciones comentadas

I. *Las acciones representadas mediante anotación en cuenta como sistema de documentación y transmisión electrónica de la posición jurídica de accionista* representa el carácter *pionero* del Derecho de Sociedades en la recepción de las nuevas tecnologías [arts. 5 (LA LEY 1562/1988) a 11 L 24/1988, de 28 de julio (LA LEY 1562/1988), del Mercado de Valores (en adelante LMV) y 118 y 119 RDLeg. 1/2010, de 2 de julio (LA LEY 14030/2010), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC)]. La fórmula es obligatoria para las sociedades cotizadas (RD 116/1992, de 14 de febrero (LA LEY 500/1992), art. 496 LSC (LA LEY 14030/2010)) y generalizada a los «instrumentos de inversión» distintos a los valores negociables (contratos de opciones y futuros); incluso se observa en forma impropia en sede de sociedades cooperativas (porque las anotaciones en cuenta no son tales ya que la posición de socio en la cooperativa no puede ser incorporada a valores negociables). El éxito de este sistema es rotundo. Desde su aspecto macroeconómico, la anotación en cuenta es factor clave de la dinamización de los mercados de valores experimentada en los últimos decenios al permitir el fomento de la transparencia en los mismos, la realización de operaciones en tiempo real de ingentes masas de dinero y valores, así como ha resultado ser instrumento indispensable para la inversión a nivel mundial; los mercados de valores y la libre circulación de capitales no tendrían su actual desarrollo sin tal sistema de documentación y transmisión de derechos y posiciones jurídicas. Desde el prisma jurídico-privado cabe destacar la probada seguridad y eficacia de la anotación en cuenta, confirmada por la práctica ausencia de litigios después de más de 20 años de vigencia. Pero la incidencia de la anotación en cuenta desde el prisma de los principios básicos del Derecho de Sociedades es, en cambio, escasa, si se contempla desde los principios jurídico privados de dotación de seguridad traslativa y agilidad a los negocios jurídicos sobre acciones y demás valores negociables. Tales principios continúan incólumes si bien bajo régimen jurídico en parte distinto por exigencia de la nueva técnica de documentación y transmisión de derechos. En concreto, la sustitución del papel-título por documentos electrónicos ha derivado en la sustitución del principio de confianza en la apariencia por el principio de responsabilidad objetiva del intermediario fehaciente (Sociedad de Sistemas, entidad gestora del «registro

contable») ante emisor, adquirentes y transmitentes de los valores. Conviene recordar al efecto la existencia de dos sistemas jurídicos de documentación-transmisión de la posición de socio: el contractual y el cartáceo. El sistema cartáceo de documentación y transmisión de la posición de socio es exclusivo de la Sociedad Anónima (y S. Com. por A.) como paradigma de la sociedad de inversores, al presente representada por la sociedad cotizada. Su origen y esencia es la acción al portador. Ésta permitió y permite la objetivación total de la posición del socio y propicia su máxima negociabilidad. Pero el sistema cartáceo presentaba dos problemas básicos. En primer lugar, la incorporación de la posición de socio a un título en papel al portador se manifestó como fuente de inseguridad del tráfico, en particular ante adquisiciones a *non domino* de los títulos combinadas con la apariencia de propiedad a favor del poseedor ilegítimo (cfr. art. 545 CCom (LA LEY 1/1885).); en segundo lugar, ante el desarrollo de los mercados organizados de acciones se manifestó cómo «las ventajas del papel dieron lugar a los inconvenientes del papeleo». La solución al primero de tales problemas se encauzó a través de la seguridad cautelar proporcionada por la fe pública mediante exigencia de intervención por fedatario público del modo en los negocios traslativos de acciones al portador (ahora en la disp. adic. 3.^a LMV (LA LEY 1562/1988)). Es aquí donde cabe situar el fundamento del sistema de anotaciones en cuenta. Éste exige un intermediario profesional autorizado y supervisado por el Estado al que *ex lege* corresponde el desempeño de las funciones del registro de los valores, esto es, la función combinada con el Registro Mercantil (en su caso, cfr. art. 30.ter LMV (LA LEY 1562/1988)) de acreditar la existencia o veritas de los mismos, su contenido y titularidad incluso ante la sociedad cotizada, la de gestión y liquidación de sus actos traslativos u otros negocios e imputación de su titularidad y la seguridad del sistema a través de la responsabilidad ante eventuales perjudicados. Desaparece, en suma, la confianza en la apariencia como base del tráfico cartular (a pesar del texto del art. 9 LMV (LA LEY 1562/1988), tributario de los títulos) porque no hay «hechos de apariencia» que generen la misma al no existir títulos tangibles y los efectos prácticos de la misma se sustituyen por un sistema de responsabilidad del intermediario profesional. El sistema de documentación electrónica de las acciones (y de instrumentos financieros en general) no impone sino que, por sí mismo, determina la mejora de la transparencia en la sociedad. En primer lugar, porque determina la nominatividad obligatoria o conocimiento seguro de adquirentes y transmitentes pero no en el sentido cartáceo propio de los títulos-valor nominativos sino como exigencia inherente al propio sistema de documentación. En segundo lugar, el sistema determina el derecho de conocimiento por la sociedad de sus accionistas (art. 497 LSC (LA LEY 14030/2010)), que depende y es obligación del intermediario profesional. En tercer lugar, el sistema propicia la mejora de la supervisión por los poderes públicos sobre la sociedad en cuestión. En suma, la anotación en cuenta recoge y hace propio según su esencia las exigencias de objetivación, agilidad traslativa y seguridad del tráfico propio del sistema de los títulos para compatibilizarlas con el sistema técnico que aquélla presupone; se reproduce la funcionalidad y efectos del sistema cartáceo originario pero en el seno de un sistema técnico capaz de eliminar los inconvenientes del papel; por otra parte, el funcionamiento del sistema se garantiza mediante medidas que propician seguridad cautelar a cargo de un tercero de interés público que asume responsabilidad civil objetiva ante eventuales perjudicados (RD 116/1992 (LA LEY 500/1992)).

II. La gestión «telemática» de la constitución de la sociedad de capital se inicia con la SLNE (Ley 7/2003, ahora en arts. 434 (LA LEY 14030/2010) y 454 LSC (LA LEY 14030/2010)), se amplía a toda Sociedad de Responsabilidad Limitada por virtud del RD 1332/2006, de 21 de noviembre (LA LEY 11548/2006), regulador del Documento Único Electrónico y se produce una relativa generalización del mismo por virtud del art. 5 RDL 13/2010 (LA LEY 24219/2010), de 3 de diciembre. La política jurídica subyacente a estas normas es procurar la constitución «Express» de sociedades como medida de fomento de la iniciativa empresarial. Se liga un objetivo de política macroeconómica con un sistema de constitución acelerada del titular de la empresa. El modelo no parece considerar la existencia de un régimen de *sociedad en formación* que ha permitido y permite ese mismo objetivo, al

tiempo que se confunde la constitución de la sociedad (elemento subjetivo de la empresa) con la organización de la empresa en sentido objetivo. Pero no es lógico pensar que una medida tan inocua como la eliminación de la fase de sociedad en formación tenga efectos de fomento de la actividad empresarial. Se confunde el plano de la formación de la sociedad con el de la organización de la empresa que ha de operar bajo titularidad de aquélla. La experiencia es incontestable: en España, desde 2008, se destruyen más empresas de las que se crean. El problema no está en la «prisa» ante la constitución formal del titular de la empresa sino en diseñar y ejecutar políticas certeras de fomento de la actividad empresarial.

El régimen de la *gestión telemática de la constitución de la sociedad de capital* (art. 5 RDL 13/2010 (LA LEY 24219/2010), de 3 de diciembre) se basa en la simple reducción de los plazos. El sistema se basa en cinco presupuestos: i) exclusión del papel como soporte de la documentación legal precisa y sustitución de éste por documentos electrónicos y procedimientos telemáticos de gestión; ii) estandarización de estatutos sociales y generalización, hasta su práctica inutilidad, de la cláusula de objeto social (lo inició la SLNE; nótese la contradicción con el art. 346.1 LSC (LA LEY 14030/2010) tras L 25/2011 (LA LEY 15916/2011) y STS de 10 de marzo de 2011); iii) interconexión telemática entre los sujetos encargados del control de legalidad de la constitución y la AEAT; iv) reducción de aranceles notariales y registrales, y v) facultad de elección de estos procedimientos por los socios fundadores, por lo que ninguno de ellos es imperativo, si bien se *configuran como preferentes*. ¿Se aporta algo nuevo desde el prisma sustancial? Parece que no. Sólo una posible mejora de la gestión y una reducción no significativa de los plazos de constitución formal; pero el sistema en sí no produce fomento alguno de la actividad empresarial. A cambio, se sacrifica el principio de autonomía estatutaria y la función notarial-registral se reduce a la de mera gestión, se devalúa la eficacia de la cláusula de objeto social, al tiempo que la «prisa» permite crear sociedades cuya extinción es luego más complicada. Cabe preguntar: ¿no es suficiente el régimen de la sociedad en formación *ex arts. 36 a 38 LSC* (LA LEY 14030/2010)?, ¿no se acababa de mejorar tal régimen ampliando *ex lege* el ámbito de operatividad de los gestores en función del objeto social sin necesidad de pacto expreso?

A) La *constitución «express» de la sociedad de responsabilidad limitada* pretende su constitución —en el sentido de inscrita en el Registro Mercantil y dotada de CIF definitivo— en el plazo de unos cinco días contados desde que los socios fundadores suministran al notario los antecedentes necesarios. Se articula un proceso que se desarrolla en su totalidad mediante documentación electrónica y comunicación telemática. Así: i) el notario autorizante debe requerir el certificado negativo de denominación al RMC (si no se le aporta); ii) el RMC debe expedir tal certificado dentro del día hábil siguiente a la recepción de la solicitud notarial; iii) la escritura de constitución debe ser otorgada dentro del día hábil siguiente a la recepción del certificado negativo de denominación expedido por el RMC; iv) *ipso facto*, el notario debe remitir la escritura pública al Registrador Mercantil para su calificación e inscripción, la cual debe producirse dentro de los tres días hábiles siguientes desde el de recepción de la escritura electrónica, así como debe solicitar el NIF provisional a la AEAT; v) para el caso de que el Registrador mercantil observare defectos subsanables, los socios fundadores *pueden* otorgar poder al notario para que sea éste quien provea su subsanación a través de comunicación telemática con aquél; vi) inscrita la sociedad, el Registrador mercantil ha de expedir al interesado certificación electrónica o «en soporte papel» el mismo día de la inscripción, así como remitir los datos de la inscripción al notario autorizante, que se unirán al protocolo notarial; vii) el Registrador mercantil debe notificar a la AEAT la inscripción de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la AEAT notificar al notario y al Registrador el CIF definitivo.

B) La *constitución «superexpress» de la sociedad de responsabilidad limitada* es un procedimiento más *sumarisimo* que el anterior. Su aplicación exige dos presupuestos: a) que el capital social no supere los 3.100 € (nótese la

discordancia con el art. 4.1 LSC (LA LEY 14030/2010) que dispone como cifra mínima la de 3.000 €); b) que sus estatutos sociales se ajusten a un modelo estándar aprobado por el Ministerio de Justicia (cfr. Orden JUS/3185/2010 (LA LEY 24578/2010), de 9 de diciembre). En este supuesto, el Registrador mercantil debe *calificar e inscribir* dentro de las siete horas hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura de constitución. Se presume (no sin ligereza) que no debe haber defectos. Cabe admitir que no se hallen en los estatutos-tipo (lo cual es cuestionable) pero también se ha de admitir que los defectos podrían detectarse en los contenidos de la escritura pública en sentido estricto (art. 22 LSC (LA LEY 14030/2010)).

C) *La constitución telemática ordinaria de la sociedad de capital se aplica a toda sociedad de capital siempre que en la misma concorra alguna de estas circunstancias:* a) existencia de una o más personas jurídicas entre los socios fundadores; b) capital social superior a 30.000 €; c) irrelevancia de la modalidad de órgano de administración; d) no exclusión expresa por los socios fundadores de esta modalidad de constitución. En este supuesto no se determinan plazos «express». El plazo de calificación y, en su caso, inscripción, es el ordinario (art. 18.4 CCom (LA LEY 1/1885)).

III. *La página web de la sociedad de capital como medio de información societaria con efectos jurídicos respecto de socios y terceros* tiene su origen en la Sociedad Anónima cotizada (Informe Aldama, 2003). Aparece sólo con función de medio de simple información (art. 528 LSC (LA LEY 14030/2010)). Tras el RDL 13/2010 (LA LEY 24219/2010) y la L 25/2011 (LA LEY 15916/2011), la página web puede ser presupuesto de ejercicio de derechos de participación de los socios (convocatoria de la junta general, art. 173.1) y de ciertos derechos de socios y terceros ante ciertas modificaciones estatutarias (arts. 289 (LA LEY 14030/2010) y 319 LSC (LA LEY 14030/2010)) o estructurales (L 3/2009). Es obligatoria en la Sociedad Anónima cotizada [art. 516.2 c) LSC (LA LEY 14030/2010)]. La página web con este nivel de eficacia fue introducida con ligereza por el RDL 13/2010 (LA LEY 24219/2010). Ahora aparece regulada por el art. 11 bis LSC (LA LEY 14030/2010) tras su reforma por L 25/2011 (LA LEY 15916/2011) y, con reservas, por la Instrucción DGRN de 18 de mayo de 2011, pues cabe dudar de su vigencia. Hay previsiones sobre la misma en la Directiva 2009/109/CE (LA LEY 17437/2009) (que previene la Plataforma Electrónica Central—PEC—) y en el art. 6 Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril de 2011 (LA LEY 8454/2011), relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. La página web de la sociedad se configura como técnica de información electrónica sustitutiva del modelo de anuncio en diarios o de comunicación individual a socios.

A) *La creación del sitio web exige el simple acuerdo de la junta general de socios.* Puede o no ser regulada en los estatutos sociales; pero no cabe duda de la preferencia por su regulación estatutaria al suponer publicidad registral y seguridad debida a los destinatarios de su contenido y eficacia. Así lo dispone la Instrucción DGRN de 18 de mayo de 2011 para que la publicidad-web tenga efectos jurídicos, pero nótese que la misma no guarda coordinación con el nuevo art. 11 bis LSC (LA LEY 14030/2010) al exigir éste simple acuerdo social de la junta general para su creación y regulación. Así, en el orden de su régimen de eficacia se reconoce un margen no adecuado de libertad al bastar la constancia de su existencia en el RM o mediante simple notificación del acuerdo de su creación a todos los socios. Se establece que la prueba de la constancia de contenidos en la página web y su fecha recae sobre los administradores. Surge la cuestión inmediata: ¿qué se aporta al efecto al notario y al Registro?, ¿caso una simple certificación del acuerdo por los administradores? En cuanto a la constancia ininterrumpida de los contenidos con eficacia jurídica como condición de eficacia de los mismos, resulta que ésta se presume, salvo prueba en contrario. Ello acarrea una importante dificultad probatoria contra socios y terceros como destinatarios de sus efectos. Por ello ha de abogarse por su necesaria inscripción en el RM para la validez de la convocatoria con indicación del nombre de dominio de la página web. De otra forma, el derecho de asistencia de

los socios a la junta general así convocada queda débilmente protegido. Por otra parte, el sistema plantea problemas ante la inscripción de acuerdos sin la previa inscripción del sistema web en el RM; en tal sentido se ha de evolucionar hacia la PEC gestionada, acaso, por el RMC.

B) *La competencia para la supresión y «traslado» de la página web se atribuye a los administradores, salvo disposición estatutaria en contra.* Parece obvio que se trata de una contradicción con la competencia de la junta general respecto de la creación y dotación de régimen a la página web, razón por la cual se ha de entender que la competencia de la junta en tales aspectos debe prevalecer sobre la indebidamente atribuida a los administradores en tales aspectos. En efecto, ¿qué es «traslado»? Parece que debe entenderse como cambio de ubicación virtual del sistema web acordado (dirección URL o del nombre de dominio) por la junta general pero con el mantenimiento de su misma funcionalidad y efectos. Por ello la atribución de competencia a los administradores sobre ello es contradictoria con la propia de la junta general; ¿acaso se ha asimilado el supuesto al cambio de domicilio dentro del mismo término municipal? Si es así, ello se antoja erróneo porque los efectos de una y otra modificación no son equiparables.

IV. *Ejercicio telemático de los derechos de asistencia, voz y voto.* El derecho de asistencia es el derecho del socio a ser reconocido y admitido por la sociedad como miembro de la junta general de socios como contenido esencial de la condición de socio (art. 179 LSC (LA LEY 14030/2010)). El derecho de asistencia puede ser ejercitado bajo dos modalidades: i) la *ordinaria* o de presencia física personal del socio o de su representante en la sesión de la junta constituida; ii) la modalidad *a distancia* o sin presencia o representación física del socio en la junta general. Esta última, a su vez, se desdobra en: a) modalidades ordinarias (correspondencia postal, formularios en papel —cfr. art. 518 e) LSC (LA LEY 14030/2010)—, telefónica), y b) modalidad electrónica o a través de Internet. El modelo de asistencia y voto a distancia no se admite en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, lo cual es cuestionable (arts. 182 (LA LEY 14030/2010), 184.2 (LA LEY 14030/2010) y 189.2 y 3 LSC (LA LEY 14030/2010)). El ejercicio telemático de los derechos de asistencia, voz y voto requiere los siguientes presupuestos: a) que el sistema de ejercicio sea conforme a la *regulación estatutaria* que se disponga (en la Sociedad Anónima cotizada es un sistema obligatorio —así permite entenderlo el art. 521 LSC (LA LEY 14030/2010), aunque es cuestión abierta, que debe ser regulado en estatutos según Ley, Orden ECO/3722/2003 (LA LEY 11/2004) y Cir. CNMV 1/2004—); b) *garantía debida de la identidad del sujeto que ejerce su derecho de asistencia y voto.* El derecho de asistencia *a distancia* puede ser ejercitado por medio de representante (art. 184.2 LSC (LA LEY 14030/2010)), así como la representación puede ser también otorgada a distancia. Cabe entender que, aunque relativos a la sociedad cotizada, los arts. 516 a 518 y 521 LSC (LA LEY 14030/2010) contienen los *principios* a los que, en su caso, debe ajustarse el régimen estatutario de asistencia y voto a distancia: i) acceso ágil, gratuito y no discriminatorio, y ii) aplicación de medios que garanticen la difusión pública y efectiva de la convocatoria de la junta general. En las Sociedades Anónimas no cotizadas deben proceder, menos el relativo a la difusión *pública* de la convocatoria (cfr. art. 518 LSC (LA LEY 14030/2010)). En cuanto a las *modalidades* de participación a distancia, los estatutos pueden incluir y regular alguna(s) o todas (cfr. art. 521 LSC (LA LEY 14030/2010)) de las posibles: i) voto a distancia (antes o durante la celebración de la junta); ii) comunicación bidireccional en tiempo real entre los accionistas asistentes a distancia y la junta en su lugar de celebración; iii) junta virtual o transmisión de la misma en tiempo real.

A) *Voto a distancia* es el del accionista ausente físicamente en la junta *constituida* pero presente *virtual* como parte del quórum y, en su caso, como voto emitido. Es un sistema de ejercicio del derecho de voto *antes o durante* la celebración de la junta general sin necesidad de nombrar representante que haya de estar físicamente presente en la misma [cfr. art. 521.2 c) LSC]. Es lícito cualquier medio de expresión del voto, siempre que permita

comprobar la identidad del accionista, incluso aunque sea a posteriori de la celebración de ésta (documento firmado enviado por fax o como imagen adjunta a un correo electrónico, correo electrónico con firma electrónica, cumplimentación de formulario en página web accesible mediante claves, mensaje de texto e, incluso, telefónicamente previa respuesta a ciertas preguntas). Esta modalidad de ejercicio del derecho de voto es siempre de participación limitada porque el accionista carece de la posibilidad de intervenir en ningún otro sentido (excepto el ejercicio del derecho de información previo a la celebración de la junta). La competencia para la regulación de las condiciones de ejercicio del voto a distancia se asigna a los administradores (art. 182 LSC (LA LEY 14030/2010)). La diligencia exigible a éstos impone reglas garantistas tales como las basadas en el modelo Indra/FNMT (publicidad previa de las propuestas de acuerdos a someter a votación, inalterabilidad de las mismas en el curso de la junta, regulación de los medios de comunicación del voto y plazo de recepción, dirección de remisión, formas de acreditar la identidad del accionista aceptadas por la sociedad, régimen de revocación del voto antes de su emisión, resolución de incidencias, plazo de conservación de documentos). El voto a distancia debe ser admitido en la junta universal.

B) La comunicación bidireccional en tiempo real para que los accionistas puedan dirigirse a la junta general desde un lugar distinto al de su celebración [cfr. art. 521.2 b) LSC] ha de ser distinguido del caso de la junta constituida como tal en su lugar legal de reunión pero repartida en diversos locales situados dentro de la misma localidad del domicilio social interconectados por audio y vídeo. Este modelo es válido siempre que se dé la interconexión entre los diferentes locales de reunión, la debida indicación en la convocatoria y la celebración de la junta en la localidad del domicilio social. El supuesto de comunicación bidireccional en tiempo real atiende al caso de recintos — domicilio del accionista, durante un viaje, etc.— situados en lugar distinto al de la celebración de la junta general pero interconectados de forma que se permita el ejercicio a distancia de los derechos políticos por los accionistas (asistencia, información, voz y voto) en las condiciones establecidas por los estatutos. La validez de este sistema exige ciertas condiciones: a) junta general constituida y reunida en la localidad del domicilio social; b) admisión estatutaria; c) derecho de voto a distancia y de información parcial (escucha) de las intervenciones de los presentes físicamente; d) derecho de debate y de propuesta hasta un tiempo límite ante cada punto del orden del día; e) emisión del voto por el accionista asistente virtual a través de Internet.

C) La transmisión en tiempo real de la junta general [cfr. art. 521.2 a) LSC] constituye el supuesto mínimo de participación a distancia del accionista. Permite el seguimiento del desarrollo de la junta (escucha de las intervenciones, presenciar las votaciones, conocer los acuerdos, etc.) pero sólo propicia la participación efectiva a distancia del accionista si se combina con las otras modalidades.

D) Junta virtual es la celebrada única y exclusivamente a través de comunicación por Internet. Por su propio carácter, este modelo de participación a distancia sólo parece practicable en sociedades de escaso número de socios que lo acepten como junta universal, ya que esta modalidad de junta es la única que permite su celebración fuera del lugar del domicilio social.