

Participación societaria en tiempos digitales

Juntas telemáticas y sus desafíos regulatorios

Carmen Boldó Roda¹.

I. Introducción

La transformación digital del Derecho societario ha incorporado progresivamente la utilización de medios tecnológicos en los procesos deliberativos y decisorios de los órganos sociales. Entre las manifestaciones más relevantes de esta evolución normativa se encuentra la posibilidad de celebrar juntas generales por medios telemáticos. Este fenómeno, potenciado por la emergencia sanitaria global del año 2020, ha impulsado reformas legislativas y criterios administrativos tendientes a reconocer la validez de las reuniones no presenciales en el seno de las sociedades de capital.

De este modo, el Derecho de sociedades, como no podía ser de otro modo, es también escenario del uso de las conocidas como “tecnologías de la información” (TICS). El uso de medios electrónicos e informáticos de comunicación fue impulsado, en muchos ámbitos de nuestra vida, como el laboral, el educativo, etc. por la epidemia de la COVID 19 y las limitaciones de movimiento y reunión a las que la regulación de los diferentes estados de alarma dio lugar. En este sentido, hay que indicar que ello se ha unido al ya incesante movimiento de reforma para promover la digitalización en el ámbito del Derecho, promovido desde las instituciones en los distintos países y su influencia en muchos ordenamientos jurídicos.

En España, las sociedades cotizadas han sido el ámbito idóneo para el desarrollo normativo de la utilización de la tecnología en el funcionamiento de los órganos sociales y en las comunicaciones de la sociedad con sus socios. El desarrollo de instrumentos como la página web, por un lado, obligatoria para las sociedades cotizadas, la comunicación y participación a distancia, han sido poco a poco recogidos en los Códigos de buen gobierno de estas sociedades.

La Ley 5/2021 de 12 de abril por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital española introduce cambios significativos en lo que se refiere al reconocimiento y la posibilidad de la celebración de juntas exclusivamente telemáticas en las sociedades de capital. Se trata de una cuestión cuya regulación se venía demandando por la doctrina desde hace tiempo y cuya práctica se ha impuesto, como hemos señalado, a raíz de la pandemia de la COVID-19. Una vez más se utiliza la una norma de transposición de una Directiva sobre sociedades cotizadas para introducir modificaciones que, no solo afectan a este tipo de sociedades, sino a todas las sociedades de capital en general y por lo tanto también a sociedades anónimas no cotizadas y a las sociedades de responsabilidad limitada. Este último ámbito es en el que se va a centrar nuestro trabajo, analizando el art. 182 bis de la LSC española. Por otro lado, queremos también abordar la regulación de las sociedades exclusivamente telemáticas en la República Argentina y, de este modo, trazar las principales diferencias entre ambos regímenes.

1. Las juntas telemáticas en la normativa societaria española

Como se ha dicho anteriormente, el art. 182 bis de la LSC española permite a los administradores convocar y organizar Juntas generales de manera exclusivamente telemática y no como una mera opción de asistencia telemática de los socios que reconoce art. 182 LSC a todas las sociedades capitalistas. No obstante, se establece la necesidad de tal posibilidad sea recogida en los estatutos. En ello se distingue del régimen excepcional del del art. 3.1 RDL 34/2020, dictado para la

¹ Catedrática de Derecho Mercantil. Universitat Jaume I (ESP)

situación de emergencia sanitaria del COVID 19, en que se podían celebrar asambleas telemáticas *“aunque los estatutos no lo hubiesen previsto.”* No se trata, por tanto, de una habilitación legal directa

para convocar en estas condiciones la junta general, sino que se hace depender de que los socios lo hayan previsto en estatutos.

En realidad, la norma no limita lo que ya se podía hacer, ya que también era posible prever en estatutos la celebración de juntas telemáticas, pero si viene a zanjar la discusión de si era necesario acuerdo unánime, ya que establece una mayoría reforzada y unos requisitos para garantizar una asistencia equivalente a la física. Pero, como se ha señalado, no impide que, por acuerdo unánime, se establezcan otros sistemas, por ejemplo, una junta celebrada a través de un medio de comunicación escrito en tiempo real. Tampoco impide el pacto estatutario que admita la celebración de juntas por escrito y sin sesión, como ha sido admitido en varios Registros Mercantiles.

Por otro lado, hay que diferenciar, pues la asistencia telemática de un socio a la junta general es una facultad que le confiere el art. 182 al socio, mientras que la celebración de la junta por vía exclusivamente telemática se contempla en el art. 182.bis LSC como una facultad discrecional del órgano de administración encargado de la convocatoria. No sería una facultad arbitraria, debido a que el órgano de administración, cuando va a convocar la junta, tiene que decidir entre junta presencial o telemática en función de lo que resulte más conveniente para la sociedad, para facilitar la asistencia de los socios y asegurar un mejor desarrollo de la junta.

Asimismo, se regulan las condiciones bajo las que se puede celebrar la junta por vía exclusivamente telemática. El legislador utiliza una fórmula muy flexible, ya que es consciente de que la nueva realidad exige una adaptación del régimen general previsto para las juntas presenciales que requerirá ajustes que no es fácil prever de antemano. Por ello en todo lo no previsto en este artículo 182 bis., *“las juntas exclusivamente telemáticas quedarán reguladas por las reglas generales aplicables a las juntas presenciales, adaptadas en su caso a las especialidades que derivan de su naturaleza”*. Dicha adaptación debe venir marcada por la ratio de esas reglas generales a ese régimen especial, siempre observando la tutela de los derechos e intereses tutelados por las primeras.

En cuanto al lugar de celebración la junta exclusivamente telemática *“se considerará celebrada en el domicilio social, con independencia del lugar desde donde se conecte quien presida la junta”* (182 bis. 6 LSC). Se impediría, por lo tanto, que se consideren celebradas fuera del término municipal, aunque así se hubiese previsto estatutariamente, con la incidencia que ello puede tener a la hora de elegir notario para levantar acta. Asimismo, esa previsión también parece chocar con lo previsto para las juntas universales, que pueden *“reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero”* (art. 178.2 LSC). De este modo, la LSC española deja a la autonomía estatutaria la posibilidad de habilitar la celebración de las juntas de socios exclusivamente por vía telemática, al igual que hace el art. 182 LSC respecto de la asistencia telemática a juntas celebradas presencialmente.

Las sociedades que se han constituido una vez entrada en vigor la Ley 5/2021, de 12 de abril, pueden contemplar esa posibilidad en los estatutos. Y para las sociedades anteriores, que lógicamente no tenían esa previsión estatutaria, o las posteriores que no la hubieran previsto en estatutos originales, se contempla un régimen de mayorías especial: la modificación estatutaria mediante la cual se autorice la convocatoria de juntas exclusivamente telemáticas deberá ser aprobada por socios que representen al menos dos tercios del capital presente o representado en la reunión (art. 182 bis 2 LSC). Esta mayoría es común tanto para las sociedades de responsabilidad limitada como para las anónimas. La mayoría de dos tercios de capital presente o representado en la junta no coincide con las mayorías reforzadas previstas con carácter general en el art.199 LSC para la sociedad de responsabilidad limitada, ni tampoco con las previstas en el art. 201.1 LSC para la sociedad anónima.

Es suficiente con que los estatutos contengan esa previsión general que autorice a los administradores a convocar la junta general para que sea celebrada exclusivamente por vía telemática. Se entiende que para ello la sociedad tiene que contar con los medios técnicos necesarios para asegurar su validez y el ejercicio por los socios de sus derechos, no teniendo que hacer los estatutos referencia expresa a dichos medios. Por otro lado, y ante ausencia de previsión legal al respecto, la previsión estatutaria podría limitar la autorización de junta telemática no a todas las juntas, sino únicamente a algunas de ellas, por ejemplo, a la junta ordinaria, o por el contrario, admitirse con carácter general y excluirse respecto a alguna junta, dependiendo del contenido de su orden del día.

El precepto no ofrece muchos detalles acerca del contenido de la cláusula estatutaria, pues inicialmente dice que *“los estatutos podrán autorizar la convocatoria por parte de los administradores de juntas para ser celebradas sin asistencia física de sus socios o sus representantes”*, por lo que cabría preguntarse si es suficiente una cláusula semejante, con tal escueto contenido. La respuesta debe ser afirmativa, ya que el legislador no ha querido que sea necesario recoger en los estatutos el régimen de funcionamiento de las juntas, como resulta del art. 182 bis 4 LSC, ya que será la convocatoria la que establezca el procedimiento a seguir. Una vez establecido el contenido de la cláusula estatutaria, hay que determinar el contenido de la convocatoria. El art. 182 bis. 4 establece el contenido mínimo de la misma. Se trata de que la convocatoria indique a los socios que han de hacer para asistir y ejercer sus derechos en la junta. De este modo, tendrá que indicarse la web -URL- a la cual acceder para participar en la reunión. También deberá constar la antelación con la que debe acceder, que la norma limita a una hora antes de la reunión.

De este modo, *“para la celebración de la junta exclusivamente telemática será necesario que la identidad y legitimación de los socios y de sus representantes se halle debidamente garantizada y a que todos los asistentes puedan participar efectivamente en la reunión mediante medios de comunicación a distancia apropiados, como audio o video [ordenador, teléfono móvil, tableta, etc.], complementados con la posibilidad de mensajes escritos durante el transcurso de la junta, tanto para ejercitar en tiempo real los derechos de palabra, información, propuesta y voto que les correspondan, como para seguir las intervenciones de los demás asistentes por los medios indicados. Los administradores deberán implementar las medidas necesarias para ello, en función del estado de la técnica y de las circunstancias de la sociedad, especialmente el número de sus socios”* (182 bis 3). Aparte del requisito de identificación previa a la reunión, el art. 182 bis 4 prevé *“que todos los asistentes puedan participar efectivamente en la reunión”*. La voluntad del legislador es permitir una verdadera “asistencia a distancia”, lo que es lógico ya que no se ha modificado el art. 93 LSC que reconoce el derecho a “asistir y votar en las juntas generales” y el de información. El ejercicio del derecho de información antes de la junta está sujeto al régimen general previsto en el artículo 196 LSC para la sociedad de responsabilidad limitada y en el artículo 197 LSC para la sociedad anónima. La especialidad estriba en el ejercicio del derecho de información durante la junta, ya que el apartado 5 del artículo 182 bis LSC, por remisión al artículo 182 LSC. De este modo, cuando la junta sea exclusivamente telemática, los socios pueden solicitar verbalmente aclaraciones e informes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Con independencia de cómo se haya llevado a cabo esa solicitud, *“las respuestas a los socios o sus representantes (...) se producirán durante la propia reunión o por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta”*. En todo lo que no prevea la ley en el desarrollo de la Junta se aplicarán las reglas de las juntas presenciales (artículo 182 bis 1 LSC). En consecuencia, también para el acta de esta Junta se han de aplicar las normas generales del artículo 202.3 LSC.

II. Aproximación al régimen argentino de juntas telemáticas

El Derecho argentino también ha debido adaptarse para permitir y regular el uso de herramientas digitales en el funcionamiento de los órganos sociales. De este modo, La Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (LGS) no preveía, en su redacción original ni en reformas posteriores, una disposición expresa que autorizara o regulara la celebración de reuniones societarias mediante medios telemáticos. Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que el principio de autonomía de

la voluntad, en tanto no se vulneren normas de orden público, permite que los estatutos contemplen esta modalidad de funcionamiento. Incluso, en ausencia de previsión estatutaria expresa, ciertos autores han sostenido que no existe una prohibición legal para la utilización de medios electrónicos, siempre que se aseguren las garantías esenciales del procedimiento deliberativo, a saber: identificación fehaciente de los participantes, participación simultánea y activa, libertad e igualdad en el ejercicio del derecho de voto, y documentación adecuada de lo acontecido, mediante actas y registros. En virtud de su competencia como órgano de control de las personas jurídicas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Inspección General de Justicia (IGJ) ha desempeñado un papel decisivo en la regulación de esta temática. La normativa más relevante es la Resolución General IGJ N° 11/2020 (IGJ 2020). Emitida en el contexto de la emergencia sanitaria, pero con vocación de permanencia, esta resolución estableció la posibilidad de celebrar reuniones de órganos sociales mediante medios digitales, aun cuando los estatutos no lo contemplen expresamente (IGJ 2020). Estas disposiciones se aplican a Sociedades Anónimas, Sociedades por Acciones Simplificadas, Sociedades de Responsabilidad Limitada, asociaciones civiles y fundaciones. La Ley N° 27.349, que introdujo en el ordenamiento argentino la figura de las SAS, contempla expresamente la posibilidad de celebrar reuniones sociales mediante medios digitales. El artículo 53 de dicha norma autoriza a las SAS a organizar su funcionamiento de manera flexible, incluyendo la utilización de tecnologías de la información para la toma de decisiones. Este marco normativo otorga mayor libertad estatutaria y ha sido un modelo para la flexibilización del régimen general.

Es importante advertir que la IGJ tiene competencia exclusiva en Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mientras que en las provincias actúan Registros Públicos locales. En algunas jurisdicciones, se han dictado regulaciones similares a la Resolución 11/2020, pero en otras, la práctica y el criterio pueden variar significativamente. Por ende, para sociedades constituidas fuera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resulta imprescindible consultar la normativa y la interpretación del registro público correspondiente.

III. conclusión

De la comparación entre ambos sistemas se puede concluir que la regulación española y la argentina sobre juntas generales telemáticas en sociedades de capital difieren en jerarquía normativa, alcance territorial, rigidez estatutaria y exigencias formales.

El análisis comparado evidencia, por lo tanto, una dicotomía regulatoria relevante: el ordenamiento español ha positivizado de forma sistemática y homogénea la posibilidad de celebrar juntas exclusivamente telemáticas, incorporándola al Derecho sustantivo societario, en tanto que el Derecho argentino ha optado por una vía reglamentaria y territorialmente limitada, con mayores dosis de discrecionalidad y adaptabilidad, pero también con menor previsibilidad normativa. Ambos modelos ofrecen ventajas e inconvenientes. El modelo español garantiza una mayor certeza jurídica, mientras que el argentino proporciona una mayor flexibilidad funcional, aunque con menos base normativa.