

Consejos de administración virtuales y adopción de acuerdos por escrito y sin sesión durante el estado de alarma

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Celebración de consejos por vía telemática

1.1. El artículo 40.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RDL 8/2020) dispone:

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.

De acuerdo con la norma trascrita, mientras dure el período de alarma, las sesiones de los consejos de administración de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada podrán celebrarse por videoconferencia. ¿Qué tiene esta norma de novedoso con respecto al régimen general (no excepcional)?

1.2. En realidad, en el sistema de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) nada parece impedir que los consejos se celebren «virtualmente», esto es, por vía enteramente telemática, de manera que los consejeros asistan a la reunión por medios de comunicación a distancia. Y ello valdría tanto para las sociedades anónimas como para las limitadas. Nótese, en efecto, que concurriendo las condiciones precisas para preservar el principio deliberativo (*infra*, 1.4), puede afirmarse que existe verdadera reunión, porque lo relevante no es tanto la presencia física de los miembros del órgano como la posibilidad de deliberar, opinar, informarse y decidir sobre los asuntos del orden del día (a través de un sistema que garantice la simultaneidad y la multilateralidad).

Y, además, en el sistema de la LSC tampoco resulta necesaria una expresa previsión estatutaria para que esta forma de celebrar el consejo sea admisible. Salvo, quizás, en el supuesto del artículo 246.2 LSC, ya que en este caso particular la Ley exige en su letra la determinación de una ubicación física para la celebración de la reunión a la que puedan acudir los consejeros (por lo que quizás sea imprescindible que se recoja estatutariamente la posibilidad de celebrar telemáticamente el consejo convocado por un tercio de los administradores —siempre, lógicamente, que esta posibilidad se admita en la concreta hipótesis señalada—).

1.3. Por tanto, la adversativa con la que arranca el artículo 40.1 RDL 8/2020 carece de valor innovador en cuanto a los consejos de administración de las sociedades de capital. El problema es saber si la norma quiere permitir la celebración de los consejos por videoconferencia aun cuando eventualmente los estatutos hubieran establecido de modo expreso que han de ser presenciales.

1.4. Por otra parte, la referencia específica a la videoconferencia resulta entendible dado que, en el estado actual de la tecnología, será naturalmente la forma elegida para establecer la necesaria comunicación. Pero lo realmente importante es que, según el RDL 8/2020, el sistema elegido debe asegurar «la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real con imagen y sonido de los asistentes en remoto». Ello impide considerar aceptables sistemas de comunicación en tiempo real sólo con sonido (sin imagen). Y la verdad es que no parece haber una razón clara para esta limitación. En efecto, lo transcendente es que se preserve el sistema deliberativo (por lo que el sistema de comunicación elegido debe permitir a los miembros del órgano participar en las deliberaciones). Para ello el sistema debe garantizar la «interactividad», es decir, ha de posibilitar que los consejeros efectúen propuestas, realicen manifestaciones, formulen preguntas, conozcan las restantes intervenciones y, en general, que tomen parte en el proceso de toma de decisiones y, finalmente, que se emita el voto. Y no parece que la imagen sea imprescindible para que todo ello se produzca (el problema de la comprobación de la identidad de los participantes en la reunión podría solucionarse por otros medios de identificación no visuales).

1.5. La regla comentada acaba añadiendo que la reunión se entenderá celebrada en el domicilio social (y habrá que entender que los acuerdos adoptados serán válidos aunque los estatutos impongan otro lugar para el mantenimiento de las reuniones físicas del consejo —lo que, por otra parte, no será demasiado habitual—).

2. Adopción de acuerdos por escrito y sin sesión

2.1. El artículo 40.2 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RDL 8/2020) dispone:

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 todas [sic] 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.

2.2. La posibilidad de que el consejo de administración de las sociedades anónimas adopte acuerdos mediante votación por escrito y sin sesión está expresamente reconocida en el artículo 248.2 LSC, el cual no exige que tal manera de proceder se encuentre autorizada en los estatutos. Tan sólo requiere que ninguno de los consejeros se oponga a seguir este procedimiento. Por tanto, en relación con este tipo social es irrelevante que los estatutos no hayan previsto esta forma de adoptar acuerdos (la cuestión radica, más bien, en determinar si el precepto transcrito quiere hacer posible la adopción de acuerdos por escrito aun en el caso de que los estatutos hubieran prohibido expresamente esta práctica).

2.3. La norma no es, en su literalidad, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada. De ahí que, en principio, y dada su excepcionalidad (por cuanto posibilita que un órgano colegiado tome acuerdos sin reunirse y sin discusión previa), suela mantenerse que no resulta directamente aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada (a pesar de lo dispuesto en el art. 100.1 Reglamento Registro Mercantil). Sin embargo, nada parece impedir que los estatutos de las sociedades limitadas autoricen que el consejo adopte acuerdos por escrito y sin sesión (art. 245.2 LSC). Por tanto, en relación con este tipo social la norma tiene la virtualidad de permitir tal modo de proceder aun a falta de expresa previsión estatutaria.

2.4. El artículo 248.2 LSC permite expresamente que se prescinda de uno de los elementos básicos del régimen de actuación colegial, cual es el de la necesidad de que los acuerdos se adopten después de llevar a cabo las correspondientes deliberaciones. El carácter excepcional de la regla se pone de manifiesto en el hecho de que se deja en la mano de cualquier consejero forzar que el órgano se reúna y se produzca la correspondiente deliberación: es preciso, para que puedan adoptarse acuerdos por escrito y sin sesión, que ningún consejero se oponga a este procedimiento (no está claro en qué medida los estatutos podrían obviar este requisito y consentir siempre la adopción de acuerdos en esta forma, aun con la oposición de algún miembro del consejo).

Pues bien, el artículo 40.2 RDL 8/2020 modifica nítidamente en este punto el sistema de la LSC.

Mientras dure el estado de alarma, los acuerdos se adoptarán necesariamente por escrito y sin sesión (independientemente de que se oponga a ello algún consejero) en dos hipótesis: (i) cuando lo decida el presidente del consejo; (ii) cuando así lo soliciten dos cualesquiera miembros del consejo (con independencia de los cargos que ocupen en él y del porcentaje que representen sobre el total de miembros del órgano).

2.5. La regla comentada establece, de manera llamativamente contradictoria, que en estos casos «la sesión se entenderá celebrada en el domicilio social», siendo así que no hay tal «sesión» del consejo. La cuestión carece de importancia por lo que se comentará inmediatamente (*infra*, 2.6).

2.6. El artículo 40.2 RDL 8/2020 prevé que será de aplicación en los supuestos de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM). La norma reviste especial significación —como evidencia su propia redacción— cuando se trate de acuerdos de órganos de personas jurídicas que no sean sociedades mercantiles. En todo caso, conviene observar: (a) Según el artículo 100.1 RRM, los acuerdos se considerarán adoptados en el domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos (formulación más precisa que la contenida en el RDL 8/2020: *supra*, 2.5). (b) Por supuesto, a pesar de lo que establece el artículo 100.2 RRM, dado lo expuesto más arriba (*supra*, 2.4) no será preciso expresar en el acta que ningún miembro del consejo se ha opuesto a adoptar los acuerdos por escrito y sin sesión.

2.7. Conviene advertir, finalmente, que, si bien el artículo 40.2 RDL 8/2020 se refiere a la votación por escrito, nada impide que se utilicen medios telemáticos (por ejemplo, el correo electrónico o aplicaciones informáticas existentes en el mercado que garanticen la fiabilidad y certeza de las comunicaciones *on line*) para que los consejeros emitan el voto, siempre que quede asegurada la autenticidad de éste. Lo que sí parece razonable es que se utilice un procedimiento de emisión del voto que permita conservar la correspondiente manifestación en soporte grabado para ulterior prueba.