

Adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Encaje del ordenamiento español en una tendencia de Derecho comparado flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social

Adoption of written resolutions and without a meeting. The fit of the the Spanish legal order into a trend of comparative law that makes the processes of company will formation more flexible

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba

Recibido:24.11.2022 / Aceptado:24.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7555

Resumen: Existe una clara tendencia de Derecho comparado favorable a admitir que en las sociedades cerradas los acuerdos pueden adoptarse por escrito y sin sesión (caso, por ejemplo, de los ordenamientos alemán, británico, italiano, portugués, suizo o argentino). En 1953 el legislador español se situó en esta misma dirección. Sin embargo, a partir de 1995 nuestra legislación societaria omite la referencia expresa a este mecanismo flexible de formación de la voluntad social. Pese a ello, hay argumentos para sostener el encaje de nuestro Derecho en la tendencia referida. Este trabajo expone y analiza estos argumentos, ofreciendo un estudio de la cuestión tanto desde la perspectiva del Derecho vigente (*lege lata*) como desde un punto de vista prospectivo (*lege ferenda*).

Palabras clave: acuerdos por escrito y sin sesión, junta general, junta universal, junta sin sesión

Abstract: There is a clear trend in comparative law in favor of admitting that in closed companies the resolutions may be adopted in writing and without a meeting (as is the case, for example, in German,

* Este trabajo tienen su origen en la ponencia que presenté al Congreso sobre la “Guía de Boas Práticas nas PME-Sociedades por quotas”, organizado por el Instituto Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Dicho evento académico fue celebrado en 2021 de forma telemática, a causa de la grave situación sanitaria originada por la pandemia del Covid-19. Desde aquí quiero agradecer a los organizadores del Congreso su amabilidad al invitarme a participar en él. En especial, al Profesor Jorge COUTINHO D’ABREU, cuyo prestigio como mercantilista es bien conocido dentro y fuera de Portugal. En concreto, para dicho evento académico se me encomendó disertar sobre las recomendaciones de la “Guía de Boas Práticas nas PME-Sociedades por quotas” relativas a los procedimientos de adopción de acuerdos sociales. La ejecución de dicho cometido me llevó a comparar el régimen de adopción de acuerdos portugués con el español y, en particular, a analizar la admisión (y regulación) expresa por el legislador luso de la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en las sociedades por quotas (similares a nuestras sociedades de responsabilidad limitada). Dichas reflexiones, posteriormente revisadas y ampliamente desarrolladas, han desembocado en este trabajo que se inserta dentro de los siguientes Proyectos de investigación: 1º) PROYECTO DE INVESTIGACIÓN NACIONAL (referencia: PID2020-117872RB-100) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (IP: L. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ); 2º) PROYECTO DE INVESTIGACIÓN AUTÓNOMICO (referencia: P20_00002) financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía (IP: L. MIRANDA SERRANO); y 3º) PROYECTO FEDER-UCO (referencia: 1380525-R) financiado por la Universidad de Córdoba (IP: L. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ).

British, Italian, Portuguese, Swiss or Argentine legislation). In 1953 the Spanish legislator moved in the same direction. However, since 1995 our corporate legislation has omitted express reference to this flexible mechanism for the formation of the company will. In spite of this, there are arguments to sustain that our law fits in with the aforementioned trend. This paper presents and analyzes these arguments, offering a study of the issue both from the perspective of current law (*lege lata*) and from a prospective point of view (*lege ferenda*).

Keywords: written resolutions and without a meeting, general meeting, universal meeting, meeting without session.

Sumario: I. El procedimiento de adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión: consideraciones preliminares, propósito y plan. II. Admisión expresa de este procedimiento de formación de la voluntad social en la Ley de Sociedades Limitadas de 1953. III. Ausencia de referencia expresa a este mecanismo de adopción de acuerdos en la Ley de Sociedades Limitadas de 1995 y en la vigente Ley de Sociedades de Capital. IV. Debilidad de los argumentos contrarios a la admisión en nuestro Derecho de este mecanismo de expresión de la voluntad social. V. Argumentos a favor de sostener que en nuestro ordenamiento no existe una admisión expresa, pero sí oculta o implícita, de esta vía flexible de adopción de acuerdos. VI. Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública proclive a admitir cláusulas estatutarias que prevean este mecanismo de expresión de la voluntad social. VII. Práctica notarial y registral en la materia: acceso al Registro Mercantil de cláusulas estatutarias sobre adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. VIII. Inclusión de la práctica societaria referida en una clara tendencia de Derecho comparado flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social. IX. Sobre la necesidad o no de previsión estatutaria que habilite para tomar acuerdos por escrito y sin sesión: respuesta de *lege lata*. X.- Adopción de acuerdos por escrito y al margen de la junta de socios: algunas reflexiones de *lege ferenda*. XI.- Consideraciones finales. XII. Bibliografía.

I. El procedimiento de adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión: consideraciones preliminares, propósito y plan

1. Desde hace algún tiempo, la doctrina alemana viene cuestionándose si el órgano supremo de la sociedad de responsabilidad limitada es la junta general o consiste, en cambio, en los propios socios. Y aunque no cabe hablar de unanimidad en la respuesta que se ofrece a esta cuestión, lo cierto es que muy mayoritariamente se sostiene que, en rigor, el órgano lo constituyen los socios, siendo la junta general uno de los procedimientos establecidos por la ley para que puedan adoptarse los acuerdos de conformidad con el régimen de mayorías legalmente establecido¹. El fundamento de esta discusión dogmática no es difícil de comprender. Como se verá más adelante con mayor detenimiento, el Derecho de sociedades alemán (al igual, por ejemplo, que el británico, el italiano, el portugués, el suizo, el argentino o el mejicano) prevé expresamente la posibilidad de que los socios de una sociedad limitada puedan adoptar acuerdos por escrito y al margen de la junta. De donde buena parte de la doctrina germana deduce que el órgano de este tipo social está constituido por los propios socios. No por la junta general².

2. Este debate dogmático es también trasladable a nuestro Derecho. Es cierto que, a diferencia del legislador alemán, el español no prevé de forma expresa que en las sociedades cerradas, formadas por un escaso número de socios, los acuerdos puedan adoptarse por escrito y al margen de la asamblea³.

¹ Del modo en que se plantea este debate en la dogmática alemana da sucinta cuenta R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios: especial referencia al Derecho alemán y británico”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 36, 2011, p. 321.

² *Ibidem*.

³ Sobre las notas caracterizadoras de las *sociedades cerradas* (cuya forma legal es la sociedad de responsabilidad limitada, aun cuando en España son también perfectamente posibles las sociedades anónimas cerradas, dada la *polivalencia funcional* del tipo sociedad anónima), v., entre otros: P. ULMER, *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, *passim*; J. ALFARO, “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *InDret*, n° 4, 2005, pp. 6 y ss.

Pero, como habrá ocasión de exponer a lo largo de estas páginas, existen argumentos de relevancia para sostener que dicha vía de formación de la *voluntad social* no está vetada a los socios⁴. En todo caso, si está prevista y regulada de modo expreso por el vigente Derecho de sociedades español (de igual forma que lo hacen el alemán y la generalidad de los ordenamientos de nuestro entorno) la figura de la *junta o asamblea universal* que, como se sabe, permite a los socios, en su totalidad, adoptar acuerdos plenamente válidos sin tener que someterse a las exigencias legales de la celebración de la junta (previa convocatoria, lugar de celebración, etc.). Es más, el uso de estas juntas universales está muy extendido en la práctica, dado su especial atractivo para las pequeñas y medianas empresas con un reducido número de socios (ya revistan la forma de sociedad limitada o de anónima)⁵.

3. A mi juicio, la admisión expresa de la asamblea universal y la posibilidad legal (aunque *oculta o implícita*) de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión, en los términos que habrá oportunidad de argumentar más adelante, han de poner en tela de juicio que la junta sea el órgano de formación y expresión de la voluntad social en las sociedades cerradas que, a diferencia de las cotizadas, no exigen imponer una cierta estandarización de esta materia en los estatutos (como sí lo requieren, en cambio, las compañías que cotizan en bolsa, debido a la circulación de sus acciones y a su negociación en un mercado anónimo). De ahí que no parezca descabellado sostener, en la misma dirección que la doctrina mayoritaria alemana antes referida, que en estas sociedades el órgano que crea la voluntad del ente colectivo son los propios socios. Desde este punto de vista, la junta habría de concebirse como un procedimiento *conveniente* de adopción de acuerdos por parte de los socios⁶. Pero no como el órgano de expresión y formación de la voluntad social (que es lo que, sin embargo, afirma un amplio sector doctrinal, debido sobre todo a la influencia de la regulación de las sociedades cotizadas)⁷.

⁴ Abro esta nota para aclarar, como bien señala GARCÍA-CRUCES, que cuando se habla de *voluntad social* (o *colectiva*) en este ámbito se utilizan estos términos en sentido metafórico, ya que, en rigor, “solo puede hablarse de voluntad por referencia a las personas naturales. Por ello la propia sociedad de capital no puede formar esa *voluntad social*. De este modo, la *voluntad social* vendrá determinada por la decisión de esas personas naturales que, conforme con el Derecho vigente, puedan adoptar las decisiones oportunas (...). En definitiva, la denominada *voluntad social* no es psicológicamente una voluntad de la sociedad sino una manifestación de la decisión de aquellas personas naturales que han participado en la conformación de aquélla. El resultado práctico que se sigue es el de afirmar la vinculación de la sociedad, y el gravamen del patrimonio social, como consecuencia de tales decisiones que se imputan a la persona jurídica”: J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, en J.A. GARCÍA-CRUCES e I. SANCHO GARGALLO (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. III (relativo a la junta general y a la administración de la sociedad), Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 2218.

⁵ Al respecto pueden consultarse los datos (sobre sociedades limitadas y anónimas) que ofrece R. LARGO GIL, “Apunte sobre el tratamiento de los acuerdos sociales adoptados en una junta universal aparente” en J. JUSTE MENCIA y otros (Coord.), *Estudios sobre los órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum a Rodríguez Artigas y Esteban Velasco*, t. I, Cizur-Menor, 2017, pp. 445 y ss.

⁶ Que la junta general es un órgano *conveniente* es algo en lo que parece estar de acuerdo la comunidad jurídica. Así se pone de manifiesto, incluso, en aquellos ordenamientos en los que la legislación societaria prevé expresamente la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin junta. Este es el caso, por ejemplo, del Derecho portugués. En él la mejor doctrina recomienda que, en la medida de lo posible, los acuerdos se adopten en junta o asamblea en los siguientes términos: “Recomendase que, tanto quanto possível, os sócios adotem deliberações em assembleia geral (convocada ou universal), aproveitando as virtualidades da colegialidade/ponderação”, por cuanto que “(a)s assembleias gerais possibilitam a participação efetiva de cada sócio na vida da sociedade, com questionamentos, trocas de informação, debates, propostas e contrapropostas, em suma promovem maior transparência e decisões mais refletidas” (v. así la *Guía de boas práticas nas PME-Sociedades por quotas*, disponible en https://eg.uc.pt/bitstream/10316/95763/1/guia_miolo%20%28digital%29.pdf, pp. 9 y 10).

⁷ En esta dirección, a propósito de nuestro Derecho de sociedades: ALFARO, J., “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito y sin sesión”, disponible en <https://almacenederecho.org> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022); IDEM, “La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de veto a los socios”, en J. JUSTE MENCIA (Dir.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum de Rodríguez Artigas y Esteban Velasco*, t. I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, p. 688; IDEM “Comentario del artículo 159”, en J. JUSTE MENCIA y A. RECALDE CASTELLS (Coords.), *La junta General de las Sociedades de capital*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 20 y 21. Como ejemplo del amplio sector doctrinal (al que se alude en el texto) partidario de entender que la junta es el órgano de expresión y formación de la voluntad social (y pese a manifestarse a favor de un cambio legal que reconozca la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión en nuestro ordenamiento): M. GARCÍA MANDALONIZ, “Hacia la Junta (Asamblea) General Electrónica”, *Perspectiva Jurídica*, n° 11, disponible en <http://www.edkpublicaciones.com> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022), quien afirma que “en el Derecho español de sociedades de capitales en vigor se entiende la junta general como un órgano social necesario (...) y no se expresa la posibilidad (aunque esté extendida en la práctica de las pequeñas

4. De cualquier modo, el asunto al que acabo de referirme es controvertido y se resiste a admitir una respuesta categórica. En contra de la solución expuesta, cabría argumentar que cuando los acuerdos se adoptan por escrito y sin sesión, también existe junta, aunque, en rigor, los socios no lleguen a juntarse. Como se sabe, en la postmodernidad los conceptos son líquidos. Y de esa característica participa también la noción de junta general. Los socios pueden elegir que la toma de decisiones se realice de forma asíncrona, es decir, diferida en el tiempo y en el espacio. Se trataría en este caso de una junta celebrada sin la presencia física y simultánea de los socios en un determinado momento y lugar⁸. La pandemia del Covid-19 ha puesto claramente de manifiesto que la presencia física ya no es un requisito esencial para llevar a cabo una reunión, al equiparse plenamente con la virtual. De hecho, así lo corrobora la admisión legal expresa de las *juntas exclusivamente telemáticas*, ya sean generales, universales o especiales⁹. Además, la práctica societaria también viene demostrando que la presencia simultánea de los socios (en un mismo momento y lugar) tampoco constituye un requisito necesario para considerar que se ha celebrado una asamblea universal¹⁰. Se explica así la afirmación de que en la actualidad la presencia de los socios en la junta ha de ser relativizada¹¹. Junto a esto, cabría invocar otro argumento contrario a la tesis que priva a la junta de su condición de órgano de formación de la voluntad colectiva en las sociedades cerradas. Este pivota sobre la facultad reconocida expresamente en nuestro Derecho al consejo de administración para tomar decisiones por escrito y sin sesión, siempre que no se oponga a ello ningún

societarios (en sociedades cerradas) de acordar sin sesión y por escrito”. Por todos, a favor de la que junta es el órgano de formación de la voluntad social en las sociedades de capital (ya sean abiertas o cerradas), y pesa a admitir expresamente que se puedan adoptar acuerdos por escrito y sin sesión: J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, cit., pp. 2217 y ss.

⁸ En esta dirección (esto es, admitiendo la existencia de junta celebrada de forma asíncrona) parece que van encaminadas las siguientes consideraciones que, siguiendo a NOACK, realizó, hace ya algunos años, A. RECALDE CASTELLS, “Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas”, en *InDret*, nº 3, 2007, p. 20: “Por lo demás, *de lege ferenda* se ha llegado a defender que la inutilidad e ineficiencia del actual modelo de junta permitiría en el futuro, incluso, dar un paso hacia el supuesto en el que la junta ni siquiera se celebra en un concreto momento. Se piensa en la posibilidad de configurar la junta general como un proceso referendario que no requeriría la presencia coetánea de los accionistas. La voluntad de estos se iría manifestando (por vía electrónica, bien directamente o bien a través de *proxies*) en relación con los asuntos en los que la sociedad requiere su opinión, sin necesidad de que ello se produzca en una fecha determinada. El debate sobre los asuntos de incumbencia de los socios podría producirse en el marco de foros de accionistas, en los que podrían presentarse las diferentes propuestas para que estas fuesen conocidas por la sociedad y por otros socios o grupos con vistas a buscar alianzas. La voluntad definitiva de la sociedad se establecería si se alcanzan determinadas cuotas del capital a favor de la propuesta”.

⁹ Cuya incorporación a nuestro Derecho ha tenido lugar a través de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas: BOE número 88, de 13 de abril 2021. Sobre ellas, sin pretensión de exhaustividad: S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, “Las juntas totalmente telemáticas en la Ley 5/2021: cláusula estatutaria, convocatoria y celebración”, disponible en <https://www.hayderecho.com> (fecha última consulta: 10 de noviembre de 2022); IDEM, “Las juntas totalmente telemáticas previstas en estatutos”, disponible en <https://www.elnotario.es> (fecha última consulta: 10 de noviembre de 2022); N. AUGOUSTATOS ZARCO, “La junta telemática en las sociedades de capital”, en A. MADRID PARRA y L. ALVARADO HERRERA (Dirs), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Ed. Aranzadi, 2022, pp. 1117 y ss.

¹⁰ Buena prueba de ello son las llamadas *juntas universales ficticias o asambleas de papel*, tan ampliamente utilizadas por las sociedades de carácter cerrado y a las que tendremos oportunidad de referirnos *infra*, en varias ocasiones. En relación con estas juntas, interesa destacar la STS 120/2015, 16 de Marzo de 2015, donde (entre otras cosas) el Alto Tribunal sostiene lo que sigue: “Es cierto que en la sentencia 222/2010, de 19 de abril (siguiendo a otras) declaramos que el cumplimiento de las normas sobre válida constitución de las juntas universales, como alternativa a la exigencia de una correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia del régimen jurídico de este tipo de sociedad, de modo que la celebración de tales reuniones de socios sin cumplir aquellas condiciones, constituye causa de nulidad y de infracción del orden público. Sin embargo, las circunstancias concurrentes en el caso que enjuicamos imponen de inmediato la procedencia de exceptuar de dicha doctrina —o, lo que es lo mismo, de aplicar a la acción de impugnación la regla de caducidad anual— aquellos supuestos en que —como había declarado probado el Juzgado de lo Mercantil y no negado, expresa o implícitamente, la Audiencia Provincial—, por la reiterada decisión de los socios —exteriorizada *acta concludentia*—, las juntas universales no se reúnen de hecho, los temas se tratan por los partícipes en sus conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares y las actas se redactan después de aquellas o de estos, siendo firmadas por todos, sucesivamente, en sus respectivos domicilios. Quienes así actúan no pueden después afirmar —como aquí hacen al cabo de diez años— que, por razones de orden público, la acción de impugnación de los acuerdos, en cuya adopción intervinieron del relatado modo, no caducan en el plazo señalado por la norma en general para los acuerdos nulos” (Fundamento de Derecho 5º).

¹¹ J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, cit., pp. 2224 y ss.

consejero (artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital). Todo apunta a que dicha previsión legal no conduce a poner en duda que quien adopta los acuerdos en estos casos es el consejo de administración, en su condición de órgano societario encargado de la administración, gestión y representación de la sociedad. No los propios consejeros, actuando de forma independiente respecto del consejo¹². En suma, desde el punto de vista al que aquí me refiero, podría concluirse que la tradicional reunión de los socios no es más que el medio que permite el ejercicio de sus derechos, por lo que “cuando la misma finalidad pueda ser realizada a través de otro procedimiento (telemático, postal, etc.) que no implique merma alguna de tales derechos, se habrán también adoptado acuerdos por la junta general”¹³.

5. Al margen de lo anterior, parece claro que la aceptación del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión comporta relevantes *ventajas* para las sociedades cerradas, caracterizadas por poseer un reducido número de socios relacionados normalmente entre sí por vínculos de parentesco o amistad y ser partícipes activos de la gestión social¹⁴. De un lado, por su especial adecuación a las necesidades de este tipo de compañías, al ahorrarles tiempo, costes y esfuerzo en la formación de la voluntad social¹⁵. De otro lado, porque la plasmación de los acuerdos por escrito despliega sobre los socios un *efecto psicológico* similar al que ejerce el documento contractual sobre los contratantes en el ámbito negocial, al hacerles tomar consciencia de que los acuerdos adoptados están dotados de efectos jurídicos. A este efecto psicológico habría que añadir, además, en paralelismo con lo que es predicable de la forma escrita en el ámbito de la contratación, la *función de certidumbre* inherente al documento en el que se hacen constar los acuerdos, en la medida en que confiere certeza a lo acordado. Y no solo frente a la base social, sino también ante terceros ajenos al contrato societario¹⁶.

6. El propósito de este trabajo reside en argumentar la admisión en nuestro Derecho del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión (presencial o virtual). Para ello se comenzará por exponer la solución por la que optó inicialmente el legislador español en 1953 (*infra*, II) que ha encontrado plasmación en el Derecho vigente en los mismos términos en que resultó de la regulación promulgada en 1995, año en el que vio la luz la segunda ley especial reguladora de la sociedad limitada en nuestro país (*infra*, III). A continuación, se analizará la debilidad de los argumentos contrarios a admitir en nuestro ordenamiento este procedimiento de formación de la voluntad social (*infra*, IV),

¹² Sobre esta cuestión (determinar si en las sociedades cerradas el órgano es la junta o son los socios) hemos celebrado (a finales de octubre de 2022) un Seminario en el Área de Derecho mercantil de la Facultad de Derecho y CC. Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba. Desde aquí quiero agradecer su participación y aportaciones a los Profs. Drs. J. PAGADOR LÓPEZ, J.M. SERRANO CAÑAS, A. CASADO NAVARRO y P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, todos ellos compañeros en las tareas docente e investigadora.

¹³ J. A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2226.

¹⁴ J. ALFARO, “Los problemas contractuales...”, *cit.*, p. 6.

¹⁵ En este sentido, a mediados de la pasada centuria, ya afirmaba J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, 1952, p. 273, que “las formalidades de las juntas propias de las grandes sociedades resultan desorbitadas (...) en las pequeñas sociedades anónimas”.

¹⁶ De forma muy expresiva, el notario L. JORQUERA GARCÍA expone la utilidad del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, cuando indica que “basta con recordar el fenómeno sociológico de la reunión espontánea, el 30 de junio de cada año, de miles de socios de innumerables sociedades mercantiles que, no habiendo tenido ninguna ocasión de verse en el curso del año, se despiertan ese día con un ansia incontenible de ver a los demás socios, coinciden por una casualidad mágica en un mismo sitio, incluso viajando desde lugares remotos, y, no teniendo nada mejor que hacer, deciden constituirse en Junta universal y aprobar unas cuentas que, según se supone, conocen en profundidad...” (L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito y sin sesión”, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com>; fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022). Y es que, ciertamente, como tendré ocasión de exponer más adelante, la no admisión expresa de este mecanismo flexible de formación de la voluntad social ha tenido como consecuencia un aumento considerable del número de falsas juntas universales (o juntas de papel), que es precisamente la idea a la que se refiere este autor en las palabras transcritas. También, *ad ex.*, sobre las ventajas de la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión: J. ALFARO, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 25, quien apunta, por un lado, que “el carácter escrito permite garantizar que los socios tienen *voluntad de los efectos*, es decir, que son conscientes de que están adoptando acuerdos sociales con efectos jurídicos” y, por otro, que a través de este mecanismo de adopción de acuerdos “se facilita la formación de la voluntad social, es decir, el consenso societario al dar tiempo, por ejemplo, a que los socios negocien entre sí para conformar las mayorías —o la unanimidad— en la adopción de acuerdos”.

así como aquellos otros que conducen a la solución contraria (*infra*, V). Seguidamente, la atención se centrará tanto en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (*infra*, VI), como en la práctica notarial y registral sobre la materia (*infra*, VII). Una vez analizada de forma sucinta la regulación que ofrecen a esta cuestión algunos ordenamientos de Derecho comparado, en los que se constata una clara tendencia flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social (*infra*, VIII), se llevará a cabo un estudio de *lege lata* que conducirá a admitir la viabilidad de este mecanismo de adopción de acuerdos sin que sea necesaria una cláusula estatutaria que expresamente lo autorice (*infra*, IX). Por último, se realizarán unas reflexiones de *lege ferenda* sobre la materia (*infra*, X), seguidas de unas consideraciones finales (*infra*, XI).

II. Admisión expresa de este procedimiento de formación de la voluntad social en la Ley de Sociedades Limitadas de 1953

7. La primera Ley española de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953¹⁷ admitió de modo expreso la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito, sin necesidad de convocar y celebrar la junta o asamblea de socios. Así se infería indubitadamente de sus artículos 14 y 15¹⁸. En concreto, el primero de estos preceptos disponía lo siguiente: “La voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la sociedad. Cuando el número de socios exceda de quince, o cuando así lo exija la escritura, la mayoría habrá de formarse necesariamente en junta general. *En otro caso, el acuerdo social podrá adoptarse por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro procedimiento que garantice, con arreglo a la Ley o a la escritura, la autenticidad de la voluntad declarada*”¹⁹. Por su parte, el artículo 15, en coherencia con la disposición precedente, añadía que “los acuerdos sociales, *hayan sido o no adoptados en junta general de socios*”, eran susceptibles de impugnación en los mismos términos que los acuerdos adoptados en junta general²⁰.

8. La justificación de esta opción de política legislativa era expresada con gran claridad por el legislador en la Exposición de Motivos de esta Ley. Lo hacía en los siguientes términos: “Parece lógico que cuando la sociedad de responsabilidad limitada, como muchas veces ocurre en la práctica, sea una sociedad de pocos socios ligados entre sí por vínculos de parentesco o de confianza, no se exija la junta general como cauce de formación de la voluntad social”.

9. Es verdad que el legislador renunció a diseñar en la ley este procedimiento de adopción de acuerdos. Antes bien, se decantó por dejar dicha tarea en manos de los propios socios. No otra cosa se desprendía del artículo 7 núm. 9 de la Ley de 1953. Según este precepto, correspondía a la escritura social, en la que se estableciese el modo de adopción de los acuerdos, hacer constar “la forma de deliberar y tomar acuerdos la junta de socios y la forma de convocarla y constituir la, en el supuesto de que exista, o, en caso contrario, la forma de tomar acuerdos por escrito”²¹. En todo caso, la práctica puso de manifiesto que habitualmente se seguía el siguiente procedimiento: quien tomaba la iniciativa para activar este mecanismo flexible de formación de la voluntad social (que, según aclaró la Dirección General de los Registros y del Notariado, había de ser el órgano de administración²²) enviaba a cada socio la pro-

¹⁷ Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada: BOE, nº 199, de 19 de julio de 1953.

¹⁸ Acerca de la regulación de esta materia por el legislador de 1953 en los términos que expongo sucintamente a continuación v. más información en J. D. BARBA DE VEGA, “La adopción de acuerdos por escrito en las sociedades de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 147-148, 1978, pp. 51 y ss.; y más tarde, siguiendo en gran medida al anterior, R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, pp. 316 y ss.

¹⁹ Cursiva propia.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cursiva propia.

²² Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de octubre de 1993: “El segundo de los defectos cuestionados hace referencia a la cuestión de *quién está legitimado para promover la adopción de acuerdos por escrito*. En este sentido, es indudable que *tal cometido es competencia del órgano de administración*, y no sólo porque así resulta de la

puesta de acuerdos a adoptar por escrito, realizándose el envío a través de carta certificada con acuse de recibo o por cualquier otro medio que dejara constancia de la remisión (como la entrega en mano de la propuesta y la subsiguiente firma por el socio de un justificante de haberla recibido).

10. En cuanto al modo de expresar el voto por los socios, se hacía una mención expresa en la Ley de 1953 a la correspondencia postal o telegráfica, aunque se admitía la utilización de cualquier otro medio escrito que permitiese demostrar su existencia y contenido, así como la identidad del emisor. En todo caso, lo que resultaba improcedente era la emisión verbal del voto (por ejemplo, vía telefónica). Sobre todo, porque este modo de votar no se correspondía con el tenor del artículo 7 núm. 9 de la Ley de 1953, al que antes aludí, que se refería expresamente a “la forma de adoptar acuerdos *por escrito*”²³.

11. Tampoco se decía nada en la Ley de 1953 acerca de si este mecanismo de expresión de la voluntad social era válido o no para la adopción de cualquier tipo de acuerdo. Razón por la cual correspondió al Tribunal Supremo pronunciarse sobre este extremo. En su opinión, no cabía prescindir de la junta de socios para decidir sobre las materias a las que se refería específicamente el artículo 17 de la Ley, esto es, las llamadas *modificaciones societarias y estructurales* (aumento o reducción del capital social, prórroga de la duración de la sociedad, fusión, transformación, disolución y, en general, cualquier modificación de la escritura social)²⁴.

12. De todos modos, pese a la posibilidad ofrecida por el legislador de 1953 de adoptar acuerdos por escrito y al margen de la junta o asamblea de socios, lo cierto es que en la práctica notarial era bastante usual la inclusión en los estatutos de una cláusula según la cual los acuerdos habían de adoptarse necesariamente en junta general, dada la mayor seguridad jurídica que se confería en estos casos a la formación de la voluntad social. De ahí que no sea erróneo concluir que, de facto, bajo la vigencia de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, la reunión de los socios en un determinado momento y lugar, pese a no ser el único procedimiento de expresión de la voluntad colectiva reconocido legalmente, se presentaba como la *via natural* para la adopción de los acuerdos sociales²⁵.

III. Ausencia de referencia expresa a este mecanismo de adopción de acuerdos en la Ley de Sociedades Limitadas de 1995 y en la vigente Ley de Sociedades de Capital

13. La situación descrita cambió tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995²⁶, segunda ley especial destinada a regular este tipo social en nuestro ordenamiento. En efecto, a partir de entonces el legislador confirió a la junta de socios, al menos aparentemente, la condición de órgano necesario para la expresión de la voluntad social. Con tal fin, fijó las reglas formales propias de los órganos colegiados a las que debía adaptarse en su funcionamiento. Y, como complemento de lo anterior, confirió a los registradores mercantiles la competencia-deber de controlar su efectivo cumplimiento.

14. Se optó así, al menos a primera vista, por un régimen rígido de formación de la voluntad colectiva que contrasta con lo dispuesto primeramente por los artículos 14 y 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 (antes referidos) y posteriormente con lo establecido por el artículo

aplicación analógica del artículo 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que confiere a éstos la facultad de convocar la junta general, sino, además, porque tal solución es la única coherente con el esquema legal de funcionamiento de la sociedad, y de distribución competencial entre sus órganos, y la única que garantiza su viabilidad y ordenado desenvolvimiento” (cursiva propia).

²³ Cursiva propia.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1962, en la que se aludía, en concreto (como acuerdos que habían de adoptarse necesariamente en junta) a los “que modifiquen en cualquier forma la escritura social”.

²⁵ Así lo constata, *ad ex.*, V. GARRIDO DE PALMA, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Trivium, Madrid, 1966, p. 66.

²⁶ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada: BOE, nº 71, de 24 de marzo de 1995.

10 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico de 1991²⁷, permisivo de la adopción de acuerdos “por correspondencia o por cualquier otro medio que permita tener constancia escrita de la consulta y del voto emitido”. Es claro que la nueva disciplina legal de adopción de acuerdos de 1995 difícilmente satisfacía las necesidades de las sociedades limitadas, configuradas típica y normalmente como entidades cerradas compuestas por un reducido número de socios²⁸.

15. En lo que aquí especialmente interesa, la nueva Ley de 1995 suprimió la referencia legal expresa al procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, dotado de una mayor laxitud que la celebración de una junta o asamblea de socios. Así lo corroboraba el artículo 43.1 de esta Ley, en la medida en que se limitaba a disponer (con omisión de toda alusión a la adopción de acuerdos por escrito o por cualquier otro procedimiento que garantizase la autenticidad del voto) que “[l]os socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta”.

16. Desde un primer momento, este cambio legislativo mereció la crítica de un sector de la doctrina mercantilista. A su juicio (que compartimos), no parecía acertado excluir la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión en un tipo social caracterizado por su flexibilidad y por el papel tan relevante que dentro de él juega el principio de la autonomía de la voluntad²⁹. Y es que, aun cuando la experiencia derivada de la Ley de 1953 puso de manifiesto una escasa aplicación práctica del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, no llegaban a comprenderse bien las razones que llevaron al legislador de 1995 a no contemplar en la ley esa posibilidad, que suponía una nota de flexibilidad diferenciadora del régimen jurídico de la sociedad limitada respecto del de la anónima³⁰.

17. Para otra doctrina, sin embargo, esta valoración negativa carecía de consistencia. Sobre todo, en consideración a dos argumentos principales. De un lado, las mayores posibilidades de deliberación que son inherentes al procedimiento de adopción de acuerdos en el seno de las juntas de socios. De otro lado, la constatación de que las ventajas ligadas al mecanismo de adopción de acuerdos por escrito podían conseguirse en la práctica mediante una combinación de dos instituciones jurídicas sí admitidas y reguladas de forma expresa por la Ley de 1995: **1ª**) la junta universal, que posibilita la adopción de acuerdos sin cumplir las exigencias de celebración de las juntas cuando están presentes todos los socios y así lo deciden, y **2ª**) la figura de la representación, que permite a los socios nombrar a representantes para asistir y votar en estas asambleas totalitarias³¹. A lo que se unía también, como apuntó algún autor, la escasa relevancia práctica de este mecanismo de formación de la voluntad social, dada la muy parca utilización que de él se había hecho durante la vigencia de la Ley de Sociedades Limitadas de 1953³².

18. No es éste el lugar para detenernos en las razones justificadoras de este cambio legislativo. Baste indicar que, al parecer, no obedeció a que para los redactores de la Ley de 1995 el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito fuese considerado perjudicial y, por ende, rechazable. Antes bien,

²⁷ Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico: BOE, nº 103, de 30 de abril de 1991.

²⁸ A. RECALDE CASTELLS, A., “Comentario del artículo 182 de la Ley de Sociedades de Capital”, en J. JUSTE MENCIA y A. RECALDE CASTELLS (Coords.), *La junta general de las sociedades de capital*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 399 y 400.

²⁹ En este sentido, *ad ex.*, E. GALÁN CORONA, “La junta general”, en U. NIETO CAROL (Coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 605.

³⁰ Así, entre otros, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Una visión crítica del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en AA.VV., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994, p. 99.

³¹ De este modo se pronuncian, *ad ex.*, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J.L. IGLESIAS, “La Sociedad de Responsabilidad Limitada: Órganos sociales. La Junta general de socios”, en R. URÍA y A. MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2ª ed., pp. 1219 y ss.

³² F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La junta general de socios”, en R. GARCÍA VILLAVEVERDE y otros (Coords.), *Derecho de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, t. I, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 589 y 590.

todo apunta a que se sustentó principalmente en la complejidad que es inherente a la regulación jurídica de los acuerdos adoptados por correspondencia, dados los no pocos problemas que a ellos se anudan³³.

19. Sí interesa siquiera aludir a las principales consecuencias derivadas de esta decisión del legislador societario de 1995. Éstas consistieron básicamente en un aumento considerable de la celebración de juntas universales de carácter ficticio. Se trata de un efecto lógico y de fácil comprensión. Ante la opción (al menos, aparente) por un sistema legal de expresión de la voluntad social de marcada rigidez, la reacción natural de las sociedades limitadas cerradas fue mentir, haciendo constar en las actas la celebración de asambleas universales que, en realidad, nunca tuvieron lugar³⁴. De ahí su denominación de *asambleas ficticias* o *meras juntas de papel*³⁵.

20. En todo caso, como he indicado con anterioridad en varias ocasiones, la opción de política legislativa seguida en esta materia por la Ley de 1995 (considerablemente más rígida que la elegida en 1953) era más *aparente* que real. En rigor, el conocimiento de la solución legal que *realmente* rige en nuestro ordenamiento desde 1995 exige plantearnos una pregunta y tratar de responderla del mejor modo posible, no vaya a ser que ocurra en esta materia lo que sentenció magistralmente FEDRO en sus *Fábulas*, esto es, que las cosas no sean como parecen ser (*non semper ea sunt quae videntur*). La pregunta podría formularse del modo siguiente: ¿La omisión de la referencia legal expresa a este procedimiento de formación de la voluntad social (en contraste con lo que habían hecho precedentemente los artículos 14 y 15 de la Ley de limitadas de 1953 y el artículo 10 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico) ha de interpretarse en el sentido de que dicho procedimiento no es viable en nuestro ordenamiento y, por consiguiente, está vetado a los socios recurrir a él?

21. Ofrecer una respuesta adecuada a esta cuestión exige constatar que, en principio, de la regulación de la junta de socios contenida en la Ley de limitadas de 1995, primero, y en la vigente legislación de las sociedades capitalistas de 2010, después, cabría deducir que para que pueda formarse válidamente la voluntad social es necesaria la celebración de una asamblea general o universal (o, en su caso, especial). No en vano, en esta dirección parece que apuntan, entre otros, los siguientes preceptos, todos ellos de Ley de Sociedades de Capital³⁶: el artículo 159, que alude a “los socios reunidos en junta general”; el artículo 160, que atribuye a la junta general la competencia de “deliberar y acordar”; el artículo 164, que, al regular la junta ordinaria, utiliza los términos “se reunirá”; el artículo 175, que habla de “lugar de celebración”; el artículo 178, que, al referirse a las juntas universales, exige que en ellas “esté presente o representada la totalidad del capital social”; y, por último, el artículo 179, en el que se dice que “todos los socios tienen derecho a asistir a la junta general”³⁷.

22. Mas, en rigor, la anterior interpretación, aunque inicial y aparentemente válida, carece de consistencia³⁸. En mi opinión, a esta conclusión apunta precisamente la delibidad de los argumentos que, sobre la base de esta regulación, se han esgrimido por un sector de nuestra comunidad jurídica (sobre todo, por algunos registradores mercantiles y ciertos autores) a favor de entender que la formación de la voluntad social exige de forma inexorable la celebración de una junta o asamblea de socios. De este asunto me ocupo a continuación.

³³ Así, en concreto, A. ROJO, “La sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y técnica legislativa”, en AA.VV., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994, pp. 76 y 77, de cuyas palabras se hacen eco posteriormente: R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, pp. 317 y 318 y T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito y sin junta”, en *Derecho de los Negocios*, nº 205, 2007, pp. 6 y 17 (nota 6).

³⁴ A. RECALDE CASTELLS, “Comentario del artículo 182...”, *cit.*, p. 400.

³⁵ Con la expresión “junta de papel” se alude (en palabras de J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “La impugnación de las juntas generales inexistentes”, disponible en <https://eprints.ucm.es>; fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022), a aquella junta “que se traduce en la conformidad unánime de los socios para firmar el acta de una junta universal y aparentar así que ésta tuvo efectivo lugar” (pp. 11 y 12).

³⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: BOE nº 161, de 3 de julio de 2010.

³⁷ L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito y sin sesión”, *cit. supra*.

³⁸ *Ibidem*.

IV. Debilidad de los argumentos contrarios a la admisión en nuestro Derecho de este mecanismo de expresión de la voluntad social

23. La situación legal a la que sucintamente acabo de referirme explica que varios registradores mercantiles hayan expresado su opinión contraria a la legalidad de las cláusulas estatutarias que permiten adoptar acuerdos por escrito y sin sesión. En defensa de esta tesis, se han invocado varios argumentos: 1º) en primer lugar, la *naturaleza deliberativa* que es inherente a la junta o asamblea de las sociedades de capital; 2º) en segundo lugar, los *principios configuradores del tipo social*; 3º) y, por último, la *falta de previsión expresa en la ley* de este mecanismo de adopción de acuerdos sociales. Realmente ninguno de estos argumentos es determinante. Todos carecen de la consistencia necesaria para negar viabilidad a esta vía flexible de formación de la voluntad social en el Derecho vigente. A continuación explico las razones que sustentan esta afirmación³⁹.

24. En cuanto al primero de ellos, aunque es cierto que la junta de socios es un órgano *deliberativo* (pues la ley le atribuye la competencia de “deliberar y acordar” y, en coherencia con ello, la mejor doctrina mercantilista configura la deliberación como una fase o etapa de la junta de la que no puede prescindir el Presidente, aunque sí limitarla⁴⁰), no menos verdad es que nadie puede obligar a los socios a deliberar con carácter previo a la adopción de un determinado acuerdo. La deliberación es *facultad* de la junta, pero no constituye un *deber* legal. Por tanto, nada impide a los socios renunciar a su derecho a participar en las deliberaciones con anterioridad a la adopción de los acuerdos que figuran en el orden del día de la sesión. De no ser así, los registradores deberían solicitar la comprobación de la existencia de deliberación previa en todas las certificaciones de acuerdos. Sin embargo, no lo hacen por no ser la deliberación una verdadera exigencia legal⁴¹. La junta y, en suma, los socios que a ella asisten deliberan únicamente cuando lo desean⁴². Es más, tratándose de sociedades unipersonales, habría que preguntarse si el socio único delibera consigo mismo previamente a la toma de decisiones relativas a su sociedad⁴³.

25. El segundo argumento, referente a los *principios configuradores del tipo social*, tampoco parece decisivo. Al margen de las dudas, plenamente fundadas, que se suscitan en torno a la existencia

³⁹ En lo que sigue, he tenido en cuenta especialmente la argumentación expresada por J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito y sin sesión”, disponible en <https://almacen.derecho.org> (fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022); ALFARO, J., “Comentario del art. 159”, *cit.*, pp. 20 y ss.; IDEM, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 690 y ss.; IDEM, “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*; JORQUERA GARCÍA, L., “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*; J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 2225 y ss.

⁴⁰ Las siguientes palabras de R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J. GARCÍA DE ENTERRÍA recogen bastante bien el sentir doctrinal sobre esta materia: “En las Juntas Generales (...) la libre discusión previa es requisito sustancial para que pueda expresarse por mayoría la voluntad social, y no es admisible que los estatutos o la presidencia de la Junta puedan suprimir el debate, privando a los accionistas de emitir su opinión o parecer; la supresión radical de toda discusión o debate *contra la voluntad de los socios* viciaría el acuerdo de nulidad. Esto no quiere decir que hayan de reputarse ilícitas aquellas cláusulas estatutarias que, apoyadas en evidentes razones de carácter práctico, limiten en alguna forma el uso de la palabra” (la cursiva es propia y persigue poner énfasis en el dato de que nada obsta a la supresión de la deliberación si la misma se realiza de conformidad con los socios): v. R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La sociedad anónima: Órganos sociales. La Junta general de accionistas”, en R. URÍA y A. MENÉNDEZ (Dir.), *Curso de Derecho mercantil*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 880.

⁴¹ Por consiguiente, no es de recibo la afirmación del registrador mercantil III de Valencia según la cual “la junta general es un órgano deliberante y en su desarrollo no cabe excluir la deliberación que necesariamente es previa al derecho de voto (artículos 159 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital y 126 del Reglamento del Registro Mercantil)”: v. el Fundamento de Derecho 1º de la Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada (BOE, nº 23, de 26.1.2018). Como tratamos de poner de manifiesto, la deliberación puede ser excluida, siempre que dicha exclusión no sea en contra de los socios, porque estos pueden perfectamente renunciar a su derecho a deliberar (de igual modo que pueden renunciar a ejercitar otros derechos, como el de voto, el de suscripción preferente o el de información).

⁴² En este sentido, se afirma que “es cosa de los socios decidir si quieren deliberar o no aunque ha de reconocerse que, salvo que los estatutos digan otra cosa, en principio cada socio tiene derecho a que se delibere previamente a la adopción de un acuerdo”; así J. ALFARO, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 27 y, en muy parecidos términos, v. este mismo autor en “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 695.

⁴³ L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*; J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 690 y ss.; IDEM, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 22.

real de estos principios (confieso que en mi juventud creí en ellos⁴⁴, pero que con el paso del tiempo mi descreimiento de los mismos se ha ido acrecentando, pues en el fondo estos principios han de extraerse de la ley imperativa y es difícil —si no imposible— separarlos y diferenciarlos de ella⁴⁵), parece claro que no existe un principio configurador de la sociedad limitada que exija que la voluntad social sobre una determinada materia pueda formarse únicamente cuando los socios coinciden en un mismo momento y lugar, esto es, en el seno de una junta o asamblea general. La validez de las juntas universales (que, como se sabe, se celebran prescindiendo de los requisitos legales de celebración de las asambleas) y la admisión de las decisiones del socio único en el caso de las sociedades unipersonales (pues es claro y evidente que un solo socio no puede reunirse consigo mismo) constituyen argumentos de peso para negar a la formación de la voluntad social en junta general de socios el carácter de principio configurador del tipo social⁴⁶.

26. Como apunté más arriba, el tercer argumento se refiere a la ausencia de una norma o disposición expresa en el Derecho societario español que admita el mecanismo de adopción de acuerdos al que me refiero. En mi opinión, tampoco se trata de un argumento fundamental. Pese a que la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en sociedades cerradas no está expresamente prevista en la ley, no podemos obviar que esta materia pertenece al ámbito de la autonomía privada. De modo que, garantizada la unanimidad de los socios en la utilización de este procedimiento de adopción de acuerdos, no llegan a concretarse qué intereses legítimos podrían justificar semejante restricción de la autonomía de la voluntad⁴⁷. De hecho, los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital a los que me referí con anterioridad (artículos 159, 160, 164, 175, 178 y 179) no prohíben la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Se limitan a regular el funcionamiento de la junta de socios cuando se recurre a ella como cauce o instrumento de expresión de la voluntad social⁴⁸. Y parece claro que el hecho de que un supuesto no esté expresamente previsto por la ley no supone inexorablemente que esté prohibido⁴⁹. Además, como se verá más adelante, el vigente Reglamento del Registro Mercantil (artículo 100.1) sí parece admitir la vía

⁴⁴ Como así lo corrobora un trabajo sobre las participaciones sin voto publicado hace dos décadas y escrito en coautoría con J. PAGADOR LÓPEZ: v. L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “¿Participaciones sin voto? Ensayo de una respuesta (*de lege data*) para una cuestión societaria particularmente controvertida”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 18, 2002, pp. 167 y ss.

⁴⁵ En este sentido, coincido con J. ALFARO cuando concluye que “el añadido del artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital que contiene la referencia a los principios configuradores del tipo vale tanto como si no estuviera. Responde a una doctrina que ha sido arrumbada ya en el país que la patrocinó en los años sesenta y setenta del pasado siglo”: J. ALFARO, J., “Los principios configuradores del tipo societario”, disponible en <https://almacen.derecho.org> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022). Dicho país es Alemania, como expone y desarrolla este mismo autor en “Más sobre los principios configuradores del tipo” (accesible en <https://derecho.mercantiles.es> y idéntica fecha de última consulta). En esta otra entrada, ante la pregunta de qué normas de la Ley de Sociedades de Capital aplicables a un determinado tipo societario merecen tener la consideración de *configuradoras del tipo*, responde que “ninguna que no sea ya, por decisión expresa del legislador o en vía interpretativa, una *norma imperativa*” (cursiva propia). Por todos, sobre la inconsistencia de los principios configuradores del tipo, v. las muy atinadas consideraciones que realiza C. PAZ-ARES, “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)”, en C. PAZ-ARES (Coord.) *Tratando de la sociedad limitada*, 1997, pp. 192 y ss.

⁴⁶ J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito...”, *cit. supra*; J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 690 y ss.; IDEM, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 21 y 22; IDEM, “El carácter necesario de la junta y su celebración...”, *cit. supra*; L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*; J. A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2225.

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ *Ibidem*; pero, especialmente, J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 694 y ss.; IDEM, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 20 y ss. y L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*; en concreto, en palabras del primero de los autores citados, “de acuerdo con el principio general de libertad de configuración estatutaria (art. 28 LSC) toda la regulación de la junta en dichos preceptos debe considerarse dispositiva. Los estatutos sociales —el contrato de los socios— deben regular las reuniones de los socios como los socios estimen conveniente. No hay ninguna razón de protección de terceros que permita limitar la autonomía privada (...) salvo para las sociedades cotizadas en las que la circulación de las acciones y su negociación en un mercado anónimo justifica imponer cierta estandarización en los estatutos sociales” (p. 20).

⁴⁹ En este sentido señala, *ad ex.*, J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2225, que “el silencio legal sobre esta posibilidad [con referencia a la adopción de acuerdos por escrito y sin reunión] no implica —al menos necesariamente— su prohibición”, añadiendo que “la impropiedad de un procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión solo tendría cabida en una norma que así lo sancionara o que resultara contraria a dicha posibilidad, pero no, desde luego, en la mera omisión de pronunciamiento por parte del legislador”.

flexible de expresión de la voluntad colectiva sobre la que versan estas reflexiones, sin que pueda considerarse que dicha norma reglamentaria es contraria a ley, pues (como acabo de indicar) ésta no prevé de forma expresa el sistema de adopción de acuerdos por escrito, pero tampoco lo prohíbe.

V. Argumentos a favor de sostener que en nuestro ordenamiento no existe una admisión expresa, pero sí oculta o implícita, de esta vía flexible de adopción de acuerdos

27. A mi juicio, cabría invocar en esta materia el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital que, como se sabe, reconoce la facultad de introducir en la escritura y en los estatutos “todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”. Así lo entiendo por cuanto que, como acabo de expresar, la normativa vigente reguladora de la adopción de acuerdos sociales no prohíbe que éstos se adopten por escrito y sin sesión (presencial o virtual). Y, además, la adopción de acuerdos en junta no constituye un principio configurador del tipo social. De ahí que no debiera considerarse jurídicamente inadmisibles una cláusula estatutaria que habilite a los socios a recurrir a este procedimiento de formación de la voluntad colectiva (*ex* artículo 28 antes referido). Más aún si se tiene en cuenta la amplia libertad que la Ley de Sociedades de Capital confiere a los socios en relación con el procedimiento que haya de seguirse para la adopción de los acuerdos sociales, como se infiere claramente del artículo 23 letra f) de dicha Ley, que admite la procedencia de los pactos estatutarios referentes “al modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad”⁵⁰.

28. Es más, como expondré más adelante con mayor detenimiento e insistencia, soy partidario de entender que, existiendo unanimidad de los socios en cuanto a la adopción de acuerdos sociales por el procedimiento aquí abordado, ni tan siquiera sería necesario contar con una cláusula en los estatutos que les habilite para tomar acuerdos por esta vía. Por ahora me limito simplemente a apuntar esta idea que, como se constatará *infra*, no coincide ni con la opinión manifestada al respecto por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ni con la mantenida por la totalidad de la doctrina mercantilista.

29. Como apoyo a la admisión en nuestro Derecho del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, cabría invocar varios argumentos. En primer lugar, es razonable sostener que la clara e indubitada admisión legal de la *junta universal* en nuestro ordenamiento justifica que, aunque no exista habilitación estatutaria sobre la materia, la celebración de la asamblea puede ser omitida si todos los socios se ponen de acuerdo por unanimidad en utilizar el procedimiento escrito para la adopción de determinados acuerdos⁵¹.

30. A la idea precedente (que me parece fundamental) apunta el Derecho vigente. De él se infiere con relativa claridad que los límites legales y estatutarios aplicables a los acuerdos de los socios se extienden también a la junta universal. Aunque, sin embargo, no cabe afirmar lo mismo de las reglas relativas a la propia reunión o asamblea (convocatoria previa, lugar de celebración, etc.). Razón por la cual puede concluirse que, mediante la admisión de la junta universal, la legislación societaria faculta a los socios a formar la voluntad social prescindiendo de la aplicación de las normas reguladoras de la junta de socios.

31. De hecho, en el terreno de la práctica, la forma de actuar de las sociedades cerradas suele ser ésta. Únicamente cuando alguno de los acuerdos tomados ha de acceder al Registro Mercantil, el control registral de la regularidad de su adopción lleva a los socios a formalizarlo documentalmente. Realmente

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Sobre esta idea (a mi juicio, de gran relevancia) para fundamentar la admisión del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en nuestro ordenamiento: J. ALFARO, “El carácter necesario de la junta y su celebración...”, *cit. supra*; IDEM, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 690 y ss.; IDEM, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 21 y ss.

en dichos documentos los socios mienten en numerosísimas ocasiones, al expresar que se reunieron en un lugar y momento determinados para formar la voluntad social. Empero, no fue esto lo que en verdad aconteció. Antes bien, fue el administrador quien redactó el acta y recogió en ella las firmas de la totalidad de los socios, al margen de la celebración de reunión alguna. Nos encontramos, por tanto, en estos supuestos ante las conocidas como *juntas universales ficticias* o *juntas de papel*, a las que me referí con anterioridad, cuando aludí a las consecuencias derivadas de la opción de política legislativa en materia de formación de la voluntad social que, en contraste con la Ley precedente de 1953, siguió el legislador español en la Ley de Sociedades Limitadas de 1995⁵².

32. Junto a lo anterior, habría que considerar un segundo argumento. Me refiero a que la *posibilidad* (admitida expresamente en la legislación española por el artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital) de *adoptar acuerdos por escrito y sin reunión en el seno del consejo de administración*, podría ser trasladable a la junta y entender así que cuando la totalidad de los socios esté conforme con la utilización de este procedimiento, es posible adoptar acuerdos por escrito y sin necesidad de asamblea⁵³. Es decir, nada parece impedir que el régimen de adopción de acuerdos previsto para el consejo de administración de la sociedad anónima sea aplicado analógicamente a la adopción de acuerdos sociales⁵⁴.

33. En tercer lugar, no ha de perderse de vista el artículo 189.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Aunque dirigido a la sociedad anónima, este precepto se ha considerado también aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada⁵⁵. Su redacción es la siguiente: “De conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista *mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia*, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto”⁵⁶.

34. A la vista de esta norma (artículo 189.2) y tratándose de sociedades cerradas formadas por un escaso número de socios, es factible pensar en la hipótesis de que todos ellos hayan ejercitado sus votos de manera anticipada (por ejemplo, por vía electrónica) y ninguno acuda posteriormente a la asamblea en el lugar y hora señalados en la convocatoria. De producirse esta situación, parece claro que estaríamos en la práctica ante lo que podríamos llamar una *junta sin sesión* o, si se prefiere, un *supuesto de formación de la voluntad social que prescinde de la reunión* (presencial o virtual) *de los socios en una junta o asamblea*⁵⁷.

35. Por último, si se deja a un lado la Ley de Sociedades de Capital (que, como se ha anticipado, trae causa en esta materia de la Ley de limitadas de 1995) y se centra la atención en el vigente Reglamento del Registro Mercantil⁵⁸, cabría efectuar dos consideraciones de interés para los fines que aquí interesan. Bien entendido que es la segunda de ellas (referente al artículo 100.1 del Reglamento del Registro Mercantil) la que reviste una mayor relevancia para el propósito que se persigue.

⁵² A ellas aluden, entre otros, A. RECALDE CASTELLS, A., “Comentario del artículo 182”, *cit.*, p. 400; y F.J. LEÓN SANZ, “Comentario del artículo 178”, en J. JUSTE MENCIA y A. RECALDE CASTELLS (Coords.) *La junta general de las sociedades de capital*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 350 y ss.

⁵³ Insiste en este argumento a favor a la admisión del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión: J. ALFARO, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 21 y ss.; IDEM, “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*; IDEM “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 692.

⁵⁴ Recientemente, sobre el artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital: J. JUSTE MENCIA, “Comentario del artículo 248”, en J.A. GARCÍA-CRUCES e I. SANCHO GARGALLO (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. III, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 3455 y ss.

⁵⁵ L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*; J. PASCUAL MALDONADO, “Junta de socios por escrito y sin sesión: sí es posible”, disponible en <https://cysae.com> (fecha de última consulta: 9 de noviembre de 2022).

⁵⁶ Cursiva propia.

⁵⁷ J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito...”, *cit. supra*; IDEM, “Junta de socios por escrito y sin sesión: sí es posible”, *cit. supra*.

⁵⁸ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil: BOE nº 184, de 31 de julio de 1996.

36. La primera de ellas es relativa a su artículo 97, que regula el *contenido del acta de las juntas* dentro de la parte del Reglamento destinada a la documentación de los acuerdos sociales. Según se dispone en dicho precepto, el acta ha de contener, entre otros extremos, “un resumen de los asuntos debatidos y de las intervenciones de las que se haya solicitado constancia”. Parece evidente que en una situación como aquella a la que acabo de referirme hace un momento, en la que la totalidad de los socios ejerce el voto por correspondencia con anterioridad a la celebración de la asamblea (*ex* artículo 189.2 de la Ley de Sociedades de Capital), no existe debate previo a la adopción de los acuerdos. Al menos, no es posible un debate presencial y simultáneo, aunque nada impide a los socios contactar entre sí por medios de comunicación a distancia (previamente a la emisión de sus respectivos votos) para expresar sus distintos pareceres en torno a los asuntos a adoptar. Sí es factible, empero, que el socio que lo estime conveniente exprese su deseo de que conste en el acta una determinada consideración en relación con alguno de los puntos que integran el orden del día de la convocatoria. En todo caso, la inexistencia de debate entre los socios no constituye un obstáculo para la redacción del acta. Como señalé con anterioridad, la deliberación es una competencia de la junta, pero no un deber legal. Razón por la cual nada impide que los socios puedan renunciar a deliberar, en cuyo caso, como es lógico, el acta no podrá contener alusiones a dicho extremo. Es cierto, sin embargo, que las actas de las juntas a las que ahora aludo sí pueden encontrar obstáculos legales en lo que atañe a su aprobación⁵⁹. Como se sabe, son dos las formas de aprobarlas admitidas por la ley: por la propia junta al final de la reunión o, en su defecto, por el presidente de la junta y dos socios interventores (uno en representación de la mayoría y otro de la minoría), dentro de los quince días siguientes a la celebración de la sesión. La primera forma, como es natural, es de imposible aplicación a estas asambleas. La segunda, sin embargo, podría aplicarse si los representantes de la mayoría y la minoría pudiesen ser elegidos de entre los socios que, no habiendo asistido a la sesión, ejercitaron su voto anticipadamente a través de medios de comunicación a distancia. Ahora bien, esta solución choca con la interpretación que hace la doctrina de esta cuestión. A su juicio, dicha designación ha de realizarse entre los *asistentes* a la junta cuya acta se ha de aprobar, pues solo los *asistentes* están en condiciones de comprobar la correspondencia entre lo consignado en el acta y lo realmente acontecido en la reunión⁶⁰.

37. La segunda consideración (de mayor enjundia que la precedente —como advertí más arriba—) se refiere al artículo 100.1 del Reglamento del Registro Mercantil (rotulado por el legislador con la expresión “Supuestos especiales”). La importancia de este precepto en la materia que aquí se analiza obedece a que en él cabe constatar un reconocimiento legal de la posibilidad de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. No otra cosa parece deducirse de su tenor, al disponer que “[c]uando la ley no impida la adopción de acuerdos por correspondencia o por cualquier otro medio que garantice su autenticidad, las personas con facultad de certificar dejarán constancia en acta de los acuerdos adoptados, expresando el nombre de los socios o en su caso de los Administradores y el sistema seguido para formar la voluntad del órgano social de que se trate, con indicación del voto emitido por cada uno de ellos. En este caso se considerará que los acuerdos han sido adoptados en el lugar del domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos”⁶¹.

⁵⁹ J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito...”, *cit. supra*.

⁶⁰ A. CAMPINGS VARGAS, “El acta de la junta: un comentario al artículo 202 LSC”, disponible en <https://almacenederecho.org> (fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022); J. ALFARO, “Comentario del artículo 202”, en J. JUSTE MENCÍA y A. RECALDE CASTELLS (Coords.), *La junta general de las sociedades de capital*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 706.

⁶¹ De esta opinión es L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*, quien sostiene que la Ley de Sociedades de Capital no prohíbe las juntas por escrito y sin sesión, sino que simplemente no las regula. Sin embargo (añade), el Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 100, sí las prevé. En consecuencia, en un sistema jurídico liberal como el propio de nuestro Derecho privado, lo que no está prohibido ha de considerarse permitido. También a favor de esta interpretación: J. CASAS y S. GARCÍA, “La adopción de acuerdos por los socios sin necesidad de reunirse formalmente en junta”, disponible en <https://www.osborneclarke.com> (fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022). También es esta dirección: J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2225, quien afirma que “el tenor literal del artículo 100.1 RRM parece abonar la procedencia de que la junta pueda celebrarse por escrito y sin sesión”. Empero, no conforme, con esta opinión en torno al artículo 100 del Reglamento del Registro Mercantil (y compartiendo el parecer de J. BARBA DE VEGA): R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, p. 317.

38. Es claro que cuando el legislador societario regula materias tales como el contenido de las actas (en el sentido anteriormente apuntado), está pensando en juntas o asambleas a las que asisten los socios, es decir, no tiene en mente las que hemos descrito como juntas sin sesión (o supuestos de expresión de la voluntad social al margen de la junta). Sin embargo, el referido artículo 100.1 del Reglamento del Registro Mercantil apunta en la dirección de admitir que estas juntas (sin sesión, presencial o virtual) pueden ser una realidad en la práctica societaria española. En concreto, es razonable interpretar que esta norma reglamentaria puede amparar dos modalidades diversas de juntas de socios por escrito y sin sesión. Por un lado, las *proactivas*, así denominadas por haber sido convocadas expresamente con dicha intención, es decir, para que los socios no asistan y ejerciten sus respectivos derechos de voto previamente a la sesión y a través de medios de comunicación a distancia. Por otro lado, las *pasivas*, cuya adjetivación obedece a ser convocadas con la intención de que los socios asistan a la reunión, aunque, sin embargo, al final no lo hacen (ni presencial ni telemáticamente), al optar todos ellos por votar anticipadamente en las formas expresamente aludidas por el artículo 100.1 del Reglamento aquí comentado⁶².

39. Todo lo expuesto permite concluir que, en contra de lo que en principio y aparentemente cabría deducir de la legislación societaria española, la vía de adoptar acuerdos sociales por escrito y sin sesión no está prohibida en nuestro Derecho. Se trata, en rigor, de un mecanismo *implícito* u *oculto* de formación de la voluntad social, al existir argumentos de relevancia para considerar que la Ley de Limitadas de 1995, primero, y la Ley de Sociedades de Capital de 2010, después, no lo suprimieron, sino que tan solo lo ocultaron⁶³. Más adelante volveré a insistir en estos argumentos. Sobre todo, en los expuestos en primero y segundo lugar: la admisión de la junta universal y la facultad del consejo de administración de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión. En concreto, los retomaré con vistas a argumentar mi opinión favorable a no requerir la existencia de una cláusula estatutaria que habilite a adoptar acuerdos por escrito y al margen de la junta de socios para que sea viable este procedimiento de formación de la voluntad social en el Derecho vigente.

VI. Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública proclive a admitir cláusulas estatutarias que prevean este mecanismo de expresión de la voluntad social

40. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (actualmente bautizada como Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), de 8 de enero de 2018⁶⁴, parece moverse en la dirección que acabo de apuntar, al admitir la adopción de acuerdos sin reunión física de los socios. En ella el Centro directivo se remite a unas resoluciones anteriores en las que había admitido la validez del voto a distancia. Y a esto añade seguidamente que dicha modalidad de emisión del voto no solo no está prohibida sino que es deseable, pues (según sus palabras) se trata de “un medio más de que disponen los socios para regular cuestiones no contrarias a normas imperativas o prohibitivas, possibilitando a socios con domicilios lejanos al domicilio social, incluso en el extranjero, tener un conocimiento directo del modo en que transcurre la celebración de la junta, sin necesidad de costosos desplazamientos o el nombramiento de representantes en personas que, en ocasiones, resulta difícil que sean idóneas, *lo cual puede ser especialmente relevante en sociedades con pocos socios, residentes en lugares dispersos*. Y lo mismo cabe entender respecto del ejercicio del derecho de voto”⁶⁵.

⁶² J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito...”, *cit. supra*.

⁶³ *Ibidem*; no conforme, sin embargo, M. GARCÍA MANDALONIZ quien, pese a reclamar un cambio legislativo que permita adoptar acuerdos por escrito y sin sesión en las sociedades cerradas, sostiene que el Derecho vigente niega viabilidad a este mecanismo flexible de formación de la voluntad social: “Hacia la Junta (Asamblea) General...”, *cit. supra*. También en contra de la admisión de este procedimiento flexible de adopción de acuerdos por el Derecho español (pese a considerarlo muy conveniente): T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito...”, *cit.*, p. 8., pp. 5 y ss., quienes, a propósito de la Ley de Limitadas de 1995, afirman que “la legislación española vigente elige para las sociedades capitalistas el sistema exclusivo de junta” (p. 7).

⁶⁴ BOE, nº 23, de 26 de enero de 2018, que comenta J. ALFARO en “El carácter necesario de la junta y su celebración...”, *cit. supra*.

⁶⁵ Cursiva propia. En concreto, el tenor de la cláusula estatutaria (cuya validez fue cuestionada en este caso por el registra-

41. Pero, sobre todo, revisten especial interés en esta materia dos resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ambas de 19 de noviembre de 2020. Su relevancia estriba en que en ellas se admite de forma expresa la posibilidad de prever estatutariamente, para una sociedad de responsabilidad limitada, el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión⁶⁶. El origen de estos pronunciamientos del Centro directivo reside en la negativa de la registradora mercantil de Cádiz de inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos de junta general de una sociedad limitada que se otorgó sobre la base de un acta notarial de la que se infería con claridad que uno de los socios había votado por escrito y enviado su voto mediante burofax, mientras que los restantes socios ejercitaron sus votos mediante comparecencia en la propia acta y ante el notario que la autorizó.

42. La calificación negativa de la registradora se basó en varios motivos. Entre ellos, destaca especialmente el que sostiene que, pese a ser admisible en una sociedad limitada la adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión cuando dicha posibilidad esté prevista en los estatutos sociales (siempre que, además, concurren determinados requisitos), no procede acogerse en esta materia a lo dispuesto en el artículo 40 del Real Decreto-ley 8/2020 para obviar la necesidad de previsión estatutaria al respecto, toda vez que dicho precepto solo excepciona del cumplimiento de dicho requisito a los consejos de administración, pero no a las juntas generales de las sociedades mercantiles⁶⁷.

43. Como se observa con facilidad, la registradora mercantil se refiere en la formulación del motivo referido al Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19⁶⁸, en cuyo artículo 40.2 se disponía lo que sigue: “*Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma y una vez finalizado el mismo, hasta el 31 de diciembre de 2020, 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*”⁶⁹.

dor mercantil) era el siguiente: “1.- Los socios podrán emitir su voto sobre las propuestas contenidas en el Orden del Día de la convocatoria de una Junta general de socios remitiendo, antes de su celebración, por medios físicos o telemáticos, un escrito conteniendo su voto. En el escrito del voto a distancia el socio deberá manifestar el sentido de su voto separadamente sobre cada uno de los puntos o asuntos comprendidos en el Orden del Día de la Junta de que se trate. Caso de no hacerlo sobre alguno o algunos se entenderá que se abstiene en relación con ellos. 2.- Si existiere el área de socios dentro de la Web Corporativa, el voto podrá ejercitarse por el socio mediante el depósito en la misma, utilizando su clave personal, del documento en formato electrónico en el que lo contenga o por su manifestación de voluntad expresada de otra forma a través de dicho (*sic*) área. 3.- También será válido el voto ejercitado por el socio por medio de escrito físico o electrónico firmado por el socio. 4.- El voto anticipado deberá recibirse por la sociedad con un mínimo de 24 horas de antelación a la hora fijada para el comienzo de la Junta. Hasta ese momento el voto podrá revocarse o modificarse. Transcurrido el mismo, el voto anticipado emitido a distancia sólo podrá dejarse sin efecto por la presencia personal o telemática del socio en la Junta”.

⁶⁶ BOE, nº 319, de 7 de diciembre de 2020.

⁶⁷ En palabras de la registradora gaditana, “[c]on ocasión de la situación excepcional motivada por la COVID-19, el artículo 40.1 permite hasta el 31 de diciembre de 2020 que, aunque no esté previsto en estatutos, los órganos de administración de las sociedades mercantiles y las juntas de socios puedan celebrarse por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, siempre que todos los miembros del órgano de administración o todas las personas que tengan derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario reconozca su identidad y así lo exprese en el acta. Pero el artículo 40.2 sólo se permite la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión al órgano de administración, siempre que lo decida el presidente y cuando lo soliciten al menos dos miembros del órgano. El artículo 40.1 fue modificado para permitir el sistema de video o teleconferencia no sólo al órgano de administración, sino también a la junta. Pero sin embargo no se modificó el 40.2 para aplicar el sistema de votación por escrito y sin sesión para la celebración de juntas de socios o para la adopción de acuerdos por los socios sin estar efectivamente reunidos en junta como establece el artículo 159 Ley Sociedades de Capital. Esto sólo sería admisible si estuviese previsto en los estatutos (artículos 159, 160, 182 Ley Sociedades de Capital (Artículos 15 y 19 de los estatutos sociales, Artículo 40.1 y 2 Real Decreto-ley 8/2020. Resoluciones Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 8-1-2018, 19-12-2012, 27-12-17)”.

⁶⁸ BOE nº 73, de 18 de marzo de 2020.

⁶⁹ Cursiva propia; a lo que el artículo 40 añadía: “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

44. Pese a que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública acepta en estas resoluciones el motivo invocado por la registradora⁷⁰, expresa al mismo tiempo su opinión favorable a reputar lícita la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en una sociedad de capital, siempre que así lo prevean los estatutos sociales y, además, todos los socios acuerden por unanimidad adoptar acuerdos por este procedimiento, así como el orden del día. No otra cosa se deduce de la siguiente afirmación: “*En los supuestos en que sea admitida por vía estatutaria la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión con valor de acuerdos adoptados de junta general no habría inconveniente en que se adoptaran de ese modo manteniendo la validez de tales acuerdos, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y en los estatutos, siempre que –también por la misma vía escrita o, en su caso, suplida esta por la presencia del socio de que se trate– todos los socios acuerden por unanimidad la adopción de tales acuerdos por escrito y sin reunión así como con aceptación unánime del orden del día*”⁷¹.

45. Es cierto que las consideraciones realizadas por la Dirección General sobre este asunto no son todo lo claras que sería deseable. En concreto, surge la duda de determinar si lo que quiere decir el Centro directivo es que, estando prevista por vía estatutaria la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, sería necesario en todos los supuestos que hubiese acuerdo unánime de la totalidad de los socios para poder recurrir a este procedimiento (solución que conectaría claramente la tesis de la Dirección General con lo dispuesto para el consejo de administración por los artículos 248.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 100.2 del Reglamento del Registro Mercantil); o, por el contrario, lo que quiere hacerse de alguna manera es interferir el asunto de la forma de adopción de los acuerdos sin sesión con las exigencias necesarias para que la junta se celebre con el carácter de universal⁷². Personalmente me inclino por la primera solución, en la dirección exigida por los artículos 248.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 100.2 del Reglamento del Registro Mercantil para la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en el seno de los consejos de administración de las sociedades anónimas.

que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, aunque no se trate de sociedades mercantiles”. En relación con esta disposición (artículo 40.2), apunta (con toda razón) I. FARRANDO cómo no deja de resultar extraño “que el RD-L 8/2020 limite la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión a los acuerdos del órgano de administración, callando sobre la posible adopción de acuerdos en junta (v. artículo 100.1 RRM) como si se considerase que las juntas virtuales eran remedio suficiente para evitar las reuniones físicas”: I. FARRANDO MIGUEL “Las juntas de socios de SA y SL en tiempos de alarma”, disponible en <https://almacendederecho.org> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022). Con motivo de la reforma de este precepto acometida por la disposición final primera-13ª del Real Decreto-Ley 11/2020, este mismo autor vuelve a abordar el asunto de la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Al respecto, sostiene que, dado que la reforma no introduce un segundo párrafo en el artículo 40.2 en el que se establezca su aplicación a las juntas de socios (lo que —como bien matiza— no se concilia con la intención del legislador de facilitar la celebración de juntas), “resulta realmente difícil sostener la regularidad de la adopción de acuerdos por escrito y sin reunión en sociedades que no lo hubieran previsto estatutariamente”: I. FARRANDO MIGUEL, “La rectificación del artículo 40 RD-L 8/2020 en materia de medidas extraordinarias aplicables a las sociedades de capital”, disponible en <https://almacendederecho.org> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022).

⁷⁰ Cuestión en la que repara especialmente A. DÍAZ MORENO, “La junta general de una sociedad de capital no cotizada no tiene la consideración de órgano de gobierno y administración a los efectos del régimen contenido en el Real Decreto-ley 8/2020”, disponible en <https://www.ga-p.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

⁷¹ Cursiva propia. Añade seguidamente el Centro directivo que “[l]o que ocurre es que en el presente caso (y aunque por hipótesis hubiera existido dicha habilitación estatutaria) lo cierto es que existe una inequívoca oposición por parte de dos de los tres socios —expresada en el acta notarial— a que se adoptaran los acuerdos por esa vía. Por ello, el defecto debe ser confirmado”. Contraria a esta solución, por entender que no cabe aceptar una interpretación del artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital de conformidad con la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil) que reputé válida una cláusula estatutaria permisiva de la celebración de una “junta sin sesión” (o, si se prefiere, de la adopción de acuerdos por escrito y sin junta): R. LARGO GIL, “La sesión como elemento definitorio de la junta universal”, en J. A., GARCÍA-CRUCES (Dir.), *La gobernanza de las sociedades no cotizadas*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 167 y 168.

⁷² Plantea esta duda interpretativa A. DÍAZ MORENO, “La junta general de una sociedad de capital no cotizada...”, *cit. supra*. Otro autor (en concreto, A. VALENTÍN, “Juntas generales por escrito y sin sesión”, disponible en <https://www.lawandtrends.com>; fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022) expone también dudas al respecto. A su juicio, cabría plantearse si el Centro directivo está exigiendo unanimidad a la hora de incluir en los estatutos sociales la cláusula que permite el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. En mi opinión, esta última duda es impropia, pues no me ofrece duda que la modificación de los estatutos sociales en este caso se habría de regir por las reglas de las mayorías que disciplinan las modificaciones estatutarias.

46. De todos modos, al margen de estas dudas interpretativas, lo determinante es que en estas resoluciones el Centro directivo sostiene de forma indubitada la admisibilidad de las previsiones estatutarias sobre adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, exigiendo además, para que dicho procedimiento pueda ponerse en marcha, que todos los socios se muestren conformes en utilizarlo [“siempre que (...) todos los socios acuerden por unanimidad la adopción de tales acuerdos por escrito y sin reunión”]. De modo que, según la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, son dos los presupuestos necesarios para que sea viable el procedimiento que se analiza: 1º) la existencia de una concreta previsión estatutaria al respecto y 2º) la unanimidad de la totalidad de los socios en utilizarlo⁷³.

VII. Práctica notarial y registral en la materia: acceso al Registro Mercantil de cláusulas estatutarias sobre adopción de acuerdos por escrito y sin sesión

47. En coherencia con la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública a la que acabo de referirme, la práctica societaria y registral española ofrece casos claros de acceso al Registro Mercantil de este tipo de cláusulas estatutarias posibilitadoras de la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Según estas disposiciones de los estatutos, que por lo general se han hecho merecedoras de una valoración positiva por parte de nuestra comunidad jurídica, para que este sistema de formación de la voluntad social sea aplicable, es necesario que todos los socios lo acepten de forma unánime⁷⁴.

48. A modo de ejemplo, cabe mencionar, en la dirección indicada, la siguiente cláusula estatutaria inscrita en el Registro Mercantil de Madrid:

“1. La Junta de socios podrá adoptar acuerdos sin sesión cumpliendo los requisitos y el procedimiento que se establecen a continuación.

2. Requisitos.

2.1. Que los asuntos sobre los que se recabe el acuerdo de la Junta sean susceptibles de voto simplemente afirmativo o negativo.

2.2. Que todos los socios manifiesten su conformidad para la adopción de los acuerdos sin necesidad de sesión.

⁷³ Ciertamente es que, a partir de estas resoluciones del Centro directivo, no faltan quienes hacen una interpretación más restrictiva de los requisitos necesarios para que sea viable el mecanismo de adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión. En esta dirección, se sostiene, por ejemplo, que las resoluciones a las que nos referimos “sientan las bases de cómo debería ser esa cláusula estatutaria, a la que habrá que darle una redacción que contenga una regulación consecuencia y fruto de una refundición de las exigencias que análogamente ya están previstas para las reuniones sin sesión del Consejo y para el voto en las sociedades anónimas, esto es: siempre y cuando todos los socios manifiesten su conformidad para la adopción de los acuerdos sin necesidad de sesión; los asuntos sobre los que se recabe el acuerdo de la Junta sean susceptibles de voto simplemente afirmativo o negativo; las comunicaciones se realicen por escrito físico o electrónico o por cualquier otro medio de comunicación a distancia que garantice debidamente la identidad del sujeto que la realiza, así como la integridad de su contenido; y quede constancia fehaciente en acta del procedimiento seguido y de los acuerdos adoptados, expresando la identidad de los socios, la conformidad de todos ellos con el procedimiento, el sistema utilizado para formar la voluntad de la Junta y el voto emitido por cada socio”. Y a esto se añade seguidamente que todas estas exigencias derivan de aplicar varios requisitos diseminados en la Ley de Sociedades de Capital; en concreto, en los artículos 182 (“Asistencia telemática”), 521 (“Participación a distancia” en sociedades anónimas cotizadas) y 248 (“Adopción de acuerdos por el consejo de administración en la sociedad anónima”), junto al artículo 100 del Reglamento del Registro Mercantil (“Supuesto especiales” de documentar los acuerdos sociales). Así: P. MARTÍN GONZÁLEZ, “La Junta sin sesión es ya una realidad. La resolución de la DGSJFP fecha 19 de noviembre 2020 aborda la cuestión, disponible en <https://www.legaltoday.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

⁷⁴ A modo de ejemplo, la valoración positiva de estas disposiciones estatutarias por los prácticos del Derecho se expresa en estos términos: “Si se consolidara la línea interpretativa seguida por el Registro Mercantil de Madrid al admitir la validez de una cláusula estatutaria que prevea la adopción de acuerdos de los socios *por escrito y sin sesión* en base al principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, evitando la necesidad de su reunión formal en junta y el carácter deliberante de la misma (cuestiones no contrarias a normas imperativas o prohibitivas), sin duda alguna se agilizaría, simplificaría, abarataría (al evitar el coste de los desplazamientos o el nombramiento de representantes) e impulsaría el uso de las nuevas tecnologías en la toma de acuerdos de los socios y todo ello conjugado con el debido respeto a los derechos individuales de los socios” (J. CASAS, J. y S. GARCÍA, “La adopción de acuerdos por los socios sin necesidad de reunirse formalmente en junta”, *cit. supra*).

3. Procedimiento.

3.1. El Órgano de Administración propondrá a los socios los asuntos sobre los que recabe de la Junta la adopción de acuerdos sin sesión, expresando, si lo estima conveniente, su propuesta de acuerdo sobre cada asunto. A dichos efectos remitirá a cada socio una comunicación escrita conteniendo esos extremos, acompañada de toda la información necesaria sobre cada asunto.

3.2. Esa comunicación expresará el plazo, no superior a 10 días, para que los socios manifiesten su conformidad o no a este sistema de adopción de acuerdos, y expresen el sentido de su voto.

3.3. Si en ese plazo algún socio no hubiera manifestado su conformidad, el procedimiento decaerá, y si todos los socios hubieran manifestado su conformidad, el procedimiento continuará. La expresión por algún socio del sentido de su voto sobre todos o algunos de los asuntos propuestos implicará su conformidad con el procedimiento. Cuando algún socio, habiendo expresado el sentido de su voto sobre algún asunto propuesto, no lo hiciera sobre otros, se entenderá que se abstiene en relación con ellos.

3.4. Además de por los medios establecidos en su caso por la legislación aplicable, las comunicaciones previstas en este procedimiento podrán realizarse por escrito físico o electrónico o por cualquier otro medio de comunicación a distancia que garantice debidamente la identidad del sujeto que la realiza, así como la integridad de su contenido. Si la sociedad tuviera Web Corporativa y dentro de ella hubiera sido creada un área que cumpla con los requisitos del artículo 11 quáter de la Ley de Sociedades de Capital, la adopción de este tipo de acuerdos podrá tener lugar mediante la inserción en dicha área: Por el Órgano de Administración, del documento en formato electrónico conteniendo los asuntos sobre los que se solicita de la Junta la adopción de acuerdos sin sesión, y de la información correspondiente. Por los socios, de la conformidad con el procedimiento y el voto sobre aquellos, mediante documentos en formato electrónico conteniéndolos, o por su manifestación de voluntad expresada de otra forma a través de dicha área. El Órgano de Administración deberá comunicar por correo electrónico a los socios las referidas inserciones. De todas las comunicaciones que se realicen en este procedimiento habrá de quedar constancia.

4. Acta del procedimiento y en su caso de los acuerdos adoptados.

Según lo previsto en el artículo 100 del Reglamento del Registro Mercantil, las personas con facultad de certificar en la sociedad dejarán constancia en acta del procedimiento seguido y de los acuerdos adoptados en su caso, expresando la identidad de los socios, la conformidad de todos ellos con el procedimiento, el sistema utilizado para formar la voluntad de la Junta, y el voto emitido por cada socio. Se considerará que los acuerdos han sido adoptados en el lugar del domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos⁷⁵.

49. Otro ejemplo de cláusula estatutaria favorable a la adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión (también inscrita en el Registro Mercantil de Madrid) es la que sigue:

“Junta General por escrito y sin sesión. En la convocatoria, el Órgano de Administración podrá anunciar que la Junta se propone con vocación de no celebración de sesión, instando a los socios a que emitan su voto sobre los puntos o asuntos contenidos en el Orden del Día de la convocatoria de la Junta General, según se dispone en los párrafos siguientes (Artículo 16.- Voto a distancia anticipado en las Juntas Generales convocadas). En esa misma comunicación se expresará el plazo (que no podrá ser superior a diez días desde recibida) para que los socios manifiesten su conformidad o no a este sistema de adopción de acuerdos, y expresen el sentido de su voto, y estará acompañada de toda la documentación necesaria sobre cada asunto. Si en ese plazo algún socio no hubiera manifestado su conformidad, el procedimiento decaerá y si todos los socios hubieran manifestado su conformidad, el procedimiento continuará. La expresión por algún socio del sentido de su voto (según el procedimiento previsto en artículo 15 de los presentes estatutos) sobre todos o algunos de los asuntos propuestos implicará su conformidad con el procedimiento⁷⁶.

⁷⁵ Cursiva propia; un comentario sobre la utilidad de esta cláusula, su base legal y su relación con las nuevas tecnologías v. en L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios...”, *cit. supra, passim*.

⁷⁶ De esta otra cláusula da expresa cuenta J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito...”, *cit., supra*, quien, al comentarla, señala acertadamente (a mi juicio) que con ella “se trata de trasladar el contenido del artículo 248 LSC (votación por escrito y sin sesión en el consejo de administración de las sociedades anónimas) a la junta de socios con una garantía adicional; a diferencia de lo dispuesto en el mencionado artículo 248: (...) cuando ningún consejero se oponga al procedimiento, en esta cláusula se obliga a que los socios acepten expresamente el procedimiento. Es decir, se pasa de un sistema de no oposición a un sistema de aceptación expresa para aproximar, en lo posible, la adopción de acuerdos sin reunión al régimen de la junta universal cuya celebración requiere, como es sabido, la unanimidad de los socios”.

VIII. Inclusión de la práctica societaria referida en una clara tendencia de Derecho comparado flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social

50. La práctica societaria y registral española a la que acabo de aludir se inscribe en lo que conforma una clara tendencia del Derecho comparado en la materia. Esta consistente básicamente en no exigir la celebración de una reunión formal de los socios en junta para la válida adopción de acuerdos en las sociedades limitadas y análogas (como las sociedades *por quotas* portuguesas o las *private companies* inglesas)⁷⁷. Conforme a ella, en las sociedades cerradas (normalmente de pequeña dimensión y reducido número de socios) la junta tiende a dejar de ser un órgano de carácter necesario y a ser reemplazada por mecanismos menos formalistas de adopción de acuerdos sociales⁷⁸. Se explica así que esta tendencia merezca calificarse de flexibilizadora de los procesos formativos de la voluntad social⁷⁹.

51. Como se verá a continuación, dentro de la tendencia referida hemos de situar, por ejemplo, a los ordenamientos alemán, británico, italiano, portugués y suizo, junto con otros sistemas jurídicos situados al otro lado del Atlántico, como el estadounidense, el argentino o el mejicano. Además, de esta tendencia participan también, en el ámbito de las propuestas de *lege ferenda*, los Derechos español y europeo. Esto último resulta corroborado, en particular, por las Propuestas de Código Mercantil y de Estatuto de la Sociedad Privada Europea.

52. *Derecho alemán*. En Alemania se permite que en las sociedades limitadas los acuerdos puedan adoptarse en un texto escrito (*in Textform*) acatado de forma unánime por todos los socios, o a través de votos emitidos por escrito (*schriftlich*), siempre que todos los socios manifiestan su conformidad (por escrito) con este mecanismo de adopción de acuerdos a través de votación escrita y sin sesión. Solo está vetada la posibilidad de adoptar acuerdos de este modo cuando las decisiones a tomar se refieren a una fusión, escisión o transformación, al requerirse necesariamente en estos supuestos la celebración de una junta⁸⁰.

53. La legislación germana admite, por tanto, dos vías distintas de formación de la voluntad social diversas de la junta o asamblea de socios. Y aunque la puesta en marcha de ambas requiere como exigencia inexcusable la unanimidad de toda la base social (con inclusión de los socios carentes del derecho de voto), dicha unanimidad juega un papel distinto en uno y otro procedimiento. Para el primero, la unanimidad se exige para la adopción de los acuerdos, esto es, los acuerdos documentados por escrito han de ser adoptados de forma unánime por toda la base social. En cambio, para el segundo, la unanimidad solo se requiere para activar o hacer viable el procedimiento de votación escrita y sin sesión. Es decir, una vez que todos los socios están conformes con emitir sus votos por escrito, los acuerdos sometidos a dicha modalidad de votación se adoptan como cualesquiera otros acuerdos tomados en juntas o asambleas, esto es, a través de las mayorías legal o estatutariamente requeridas⁸¹.

⁷⁷ Entre otros y a modo meramente ejemplificativo, apuntan la existencia de esta tendencia de Derecho comparado en la materia: J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2226; J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 691; IDEM “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 21 y ss.; J. CASAS, J. y S. GARCÍA, “La adopción de acuerdos por los socios sin necesidad de reunirse...”, *cit. supra*; M. García Mandaloniz, “Hacia la Junta (Asamblea)...”, *cit. supra*. En palabras del primer autor citado: “La tendencia en el Derecho comparado es la de no imponer obligación alguna de celebrar materialmente juntas generales para la adopción de decisiones por los socios dejando libertad a los estatutos para fijar el método con arreglo al cual deben tomarse aquellas” (p. 22).

⁷⁸ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La junta general en la encrucijada”, disponible en <https://www.elnotario.es> (fecha de última consulta: 15 de noviembre de 2022).

⁷⁹ Como reza precisamente en la intitulación del presente trabajo.

⁸⁰ R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, pp. 318 y ss.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 318 y 319; en palabras de este autor, la principal característica del primer procedimiento (aprobación del acuerdo en forma escrita por unanimidad) reside en que “todos los socios deben prestar la conformidad con la propuesta. Si el socio tiene derecho de voto su conformidad representa, al mismo tiempo, su voto. Si no tiene derecho de voto, la conformidad es de todas formas necesaria para la correcta adopción del acuerdo escrito (porque se exige la conformidad de todos los socios, incluso los que no tienen derecho de voto)”.

54. Tanto en uno como en otro procedimiento la adopción de acuerdos puede revestir forma circular. En el primer caso, el documento que recoge los acuerdos a adoptar de forma unánime circula por todos los socios que, en caso de conformidad, plasman en él su firma. En el segundo supuesto, un primer socio emite su voto por escrito a la propuesta recibida y tras ello lo pasa a otro socio y así sucesivamente, recomendándose la fijación de un plazo final para la emisión de los votos, con vistas a no dilatar en exceso la formación de la voluntad social por esta vía⁸².

55. Es relevante señalar que estas previsiones legales sobre adopción de acuerdos tienen naturaleza dispositiva. En consecuencia, los estatutos pueden suavizar o endurecer su contenido. Por ejemplo, prescindiendo del requisito de la unanimidad como exigencia para activar el procedimiento de adopción de acuerdos al margen de la asamblea de socios; o estableciendo que la votación tenga lugar por teléfono, videoconferencia o correo electrónico. En todo caso, la validez de estas cláusulas estatutarias requiere inexorablemente que no sean vulnerados los derechos de información y participación de los socios, siendo, por tanto, ilícitas aquellas que incumplan esta exigencia⁸³.

56. En la dirección expuesta (dirigida a subrayar la marcada flexibilidad de los procesos de formación de la voluntad social en el ordenamiento alemán), afirma HÜFFER que “los estatutos pueden prever, para la adopción de acuerdos, procedimientos que carezcan de forma alguna”. En concreto, cita entre ellos, a título ejemplificativo, el consistente en facultar al administrador para recoger vía telefónica el consentimiento de cada socio en relación con el acuerdo. Y a ello añade seguidamente que las lógicas dificultades probatorias que puedan surgir en estos casos no constituyen una objeción a la validez de dichos acuerdos. No en vano (prosigue), “cuando los jueces –no el Registro– han de ocuparse de un conflicto en el seno de una sociedad anónima o limitada cerrada actúan considerando válidos los acuerdos adoptados informalmente. Por ejemplo, en materia de reparto de las ganancias sociales o de derecho al uso de los activos sociales por parte de los socios”⁸⁴.

57. *Derecho inglés.* El Derecho de sociedades británico contiene una regulación expresa de los acuerdos por escrito (*written resolutions*) en las *private companies*, debiéndose entender por tales acuerdos los no adoptados en junta general que son aprobados siguiendo el procedimiento legalmente establecido. Cierto es que no todos los asuntos tienen cabida dentro de este procedimiento. En concreto, quedan excluidos de él los acuerdos relativos al cese de auditores y administradores (artículo 288.2 de la *Company Act*)⁸⁵. Sin embargo, es posible emplear el procedimiento de las *written resolutions* para el nombramiento o reelección de los auditores⁸⁶.

58. La iniciativa para recurrir a este mecanismo de formación de la voluntad social puede recaer en los administradores o en los socios (en este segundo caso, exigiéndose que reúnan al menos el 5% de los derechos de voto de todos los socios legitimados para la adopción del acuerdo)⁸⁷. En lo que concierne a los modos de envío, se pueden emplear varios métodos por parte de la sociedad: 1º) la remisión de una copia a cada socio de forma directa e individualizada; 2º) el envío de esa misma copia pero sucesivamente y por turnos a la totalidad de los socios; y 3º) la remisión de varias copias simultáneamente a varios grupos de socios para que circule entre los miembros de cada grupo. Aunque es también posible optar por una combinación de estos sistemas⁸⁸. En cuanto al procedimiento para mostrar la conformidad con el acuerdo propuesto, el legislador británico exige que el socio envíe a la sociedad un documento

⁸² *Ibidem*, pp. 319 y 320.

⁸³ *Ibidem*, p. 320.

⁸⁴ HÜFFER, *Hachenburg GrossKomm § 48* nº marg. 40 ss. y nº marg. 62 (traducción según J. ALFARO, “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*; IDEM, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 696, nota 17).

⁸⁵ T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, pp. 10 y 11.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁸⁷ R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, pp. 321 y ss.; T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, p. 11.

⁸⁸ T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, p. 12.

auténtico en formato impreso o electrónico en el que se identifique claramente el acuerdo y la conformidad prestada por el socio. El acuerdo se considera aprobado cuando la mayoría exigida se ha mostrado conforme a su adopción, independientemente de que el resto de socios hayan o no votado y de que haya o no expirado el plazo fijado para la emisión del voto⁸⁹.

59. Es significativo resaltar que, según la legislación británica, los estatutos tienen vetado prohibir a los socios la posibilidad de proponer y aprobar acuerdos por escrito de conformidad con el procedimiento legalmente establecido. De modo que no cabe ni obligar a los socios a adoptar acuerdos en junta o asamblea, ni facultarles para usar otro mecanismo de formación de la voluntad social por escrito pero diverso del diseñado por la ley⁹⁰.

60. Por otro lado y aun cuando se ha de diferenciar del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión (*written resolutions*), conviene hacer una breve referencia al *Duomatic principle* o *unanimous consent rule*. Se trata de un principio del *common law* que faculta a los socios para decidir de manera informal sobre los asuntos de su competencia. De conformidad con esta regla, los tribunales entienden que vincula a la sociedad el consentimiento prestado de modo informal (sin que sea necesaria la forma escrita) por todos los socios. En otros términos, el consentimiento unánime de toda la base social es suficiente para no tener que observar las formalidades propias de la adopción de acuerdos en junta o asamblea de socios. A diferencia del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión (*written resolutions*), sometido a la regla de las mayorías, el principio del *unanimous consent*, como se infiere de su propio nombre, requiere la unanimidad de los socios con derecho de voto como exigencia para la válida adopción del acuerdo⁹¹.

61. Derecho italiano. La legislación italiana prevé para las sociedades limitadas la posibilidad de que sus estatutos puedan establecer que los acuerdos sociales se tomen mediante consulta escrita o sobre la base de un consentimiento escrito, añadiendo a lo anterior que en estos casos los documentos firmados por los socios han de indicar claramente el objeto de los acuerdos adoptados y la existencia de consentimiento sobre ellos⁹².

62. Lo anterior se completa con la exigencia de acudir necesariamente a la junta como procedimiento de formación de la voluntad social cuando la escritura constitutiva de la sociedad no contenga referencia a ese mecanismo más flexible de adopción de acuerdos y, en todo caso, para decidir sobre las siguientes materias: a) nombramiento de los auditores de cuentas y del presidente de la junta de auditores de cuentas o de la persona designada para realizar la auditoría; b) modificaciones de los estatutos; d) reducción del capital por pérdidas (en los términos exigidos por el apdo. 4 del artículo 2482.bis del *Codice civile*); d) y, en general, aquellos otros asuntos cuya adopción en junta sea solicitada por uno o varios administradores o por un número de socios que representen, al menos, un tercio del capital de la sociedad⁹³.

⁸⁹ R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios.”, *cit.*, pp. 321 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 325.

⁹¹ *Ibidem*, p. 325 y ss.; también al respecto, con indicación de las dudas interpretativas que surgieron de la aplicación a los casos concretos del *Duomatic principle* o *unanimous consent rule*: T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, pp. 9 y 10.

⁹² *Ad. ex.*, más información en A. BUSI, “Le decisioni non assembleari dei soci nella s.r.l.”, *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, disponible en <https://elibrary.fondazione-notariato.it> (fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022); D. REGA, “S.R.L. La partecipazione del socio attraverso l’assemblea e gli altri metodi di formazione delle decisioni: riflessi sulla redazione dello statuto”, disponible en <https://www.tesionline.it> (pp. 29 y ss.; idéntica fecha de última consulta); N. ABRIANI-MARCO MALTONI, “Elasticità organizzativa e riparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata”, *Rivista di Diritto Societario*, n° 2, 2007, disponible en <https://www.rivistadirittosocietario.com> (*idem* en cuanto a la fecha de última consulta) G. GUIZZI, “L’assemblea: ovvero, delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)”, *Rivista di Diritto Societario*, n° 3, 2007, disponible en <https://www.rivistadirittosocietario.com> (idéntica fecha de última consulta).

⁹³ *Ibidem*.

63. Con facilidad se desprende de esta regulación que, dada la relevancia central que en este tipo social se confiere a los miembros de la compañía, los estatutos pueden establecer que las decisiones de los socios se tomen por escrito, sin necesidad de junta o asamblea, salvo en unos casos determinados. De modo que en el Derecho italiano son dos, por tanto, las vías de adopción de acuerdos en las sociedades limitadas: por un lado, la tradicional que no es otra que la asamblea, consistente en adoptar acuerdos en la junta o asamblea de socios (cuya regulación se contiene en el artículo 2479.bis del *Codice civile*); por otro lado, la extraasamblea, que permite la adopción de acuerdos por escrito y sin reunión, aplicable cuando una cláusula estatutaria lo autorice expresamente (a la que se refiere expresamente el artículo 2479 del *Codice civile*)⁹⁴.

64. Derecho portugués. En Portugal, para las sociedades *por quotas* (equivalentes, en líneas generales, a nuestras sociedades limitadas), se prevén dos procedimientos de formación de la voluntad social diversos de la celebración de una junta o asamblea de socios. Al respecto es fácil advertir un cierto paralelismo entre esta regulación y la alemana anteriormente referida⁹⁵.

65. En concreto, el primero de estos procedimientos consiste en la adopción de acuerdos unánimes por escrito que, en cierta medida, evoca la antecitada regla del *common law* del *Duomatic principle* o *unanimous consent rule*. Ciertamente es que con la diferencia de que, de conformidad con esta última regla, se considera vinculante para la sociedad el consentimiento de todos los socios prestado unánimemente de manera informal y sin necesidad de junta, sin ser necesaria la forma escrita. En cambio, para este mecanismo de adopción de acuerdos del Derecho portugués la forma escrita es una exigencia inexcusable⁹⁶.

66. El segundo procedimiento consiste en la adopción de acuerdos mediante votación escrita y sin necesidad de junta. Para ello no es necesario que exista una cláusula de los estatutos que lo permita, a diferencia de lo exigido por la legislación italiana. Basta con que ni estatutaria ni legalmente esté vetado el recurso a este mecanismo de formación de la voluntad social.

67. Según la ley portuguesa, el procedimiento de votación por escrito diseñado legalmente para prescindir de la asamblea de socios se desarrolla básicamente del modo siguiente: 1º) Los administradores han de dirigir una consulta a los socios con identificación del objeto del acuerdo a adoptar e indicación de que la ausencia de respuesta en 15 días se entiende como consentimiento favorable a prescindir de la junta. Formalmente, la ley portuguesa requiere que la consulta se realice a través de carta certificada. 2º) Si, tras la consulta, se da luz verde a la votación por escrito y sin sesión, los administradores enviarán a la totalidad de los socios la propuesta de acuerdo a adoptar, junto con todas las indicaciones que sean necesarias para su aclaración, estableciendo un plazo para la votación no inferior a 10 días. 3º) El voto escrito debe identificar la propuesta y contener su aprobación o rechazo, entendiéndose como voto negativo (y, por tanto rechazo) cualquier modificación de la propuesta o condicionamiento del voto. 4º) En el acta redactada por el administrador se ha de aludir a que han sido comprobadas todas las circunstancias que posibilitan la adopción de acuerdos mediante voto escrito y sin sesión. Al mismo tiempo, se ha de transcribir en ella la propuesta y el voto emitido por cada socio y se ha de hacer constar el acuerdo adoptado, enviándose una copia del acta a todos los socios. El acuerdo se entiende adoptado el día en que es recibida la última respuesta o al finalizar el plazo designado cuando algún socio no responde.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ V. al respecto la *Guía de boas práticas nas PME-Sociedades por quotas*, cuyo texto (en portugués e inglés) está accesible en https://eg.uc.pt/bitstream/10316/95763/1/guia_miolo%20%28digital%29.pdf

⁹⁶ El argumento con el que se fundamenta la necesidad de unanimidad para la validez y eficacia de los acuerdos por escrito regulados por el artículo 54 (que no es otro que la ausencia en estos casos del método colegiado, como se dice en la *Guía* a la que me refiero en la nota precedente) no me convence. Aunque es cierto que la crítica que puede hacerse a este procedimiento de formación de la voluntad social puede atemperarse en atención a que la legislación portuguesa también admite la adopción de acuerdos mediante votación escrita y sin junta (*ex* artículo 247), para lo cual no se requiere unanimidad.

68. Derecho suizo. Entre los cambios en materia de adopción de acuerdos sociales que se han acometido en este ordenamiento como consecuencia de la pandemia del Covid-19 (cuya entrada en vigor se ha fijado para el 1 de enero de 2023), están, entre otros, la admisión de la junta general virtual, de la junta general híbrida, de la junta descentralizada y de la llamada (no con demasiado acierto) junta general por decisión circular⁹⁷.

69. Aquí interesa la última modalidad de adopción de acuerdos referida. De conformidad con la nueva regulación, se podrán tomar decisiones por escrito, ya sea en documento papel o electrónico, siempre que ningún socio (o su representante) se oponga a este procedimiento, por entender necesaria una previa deliberación entre los socios de carácter oral. En caso de que se opte por este mecanismo de formación de la voluntad social, se exonera a la sociedad del cumplimiento de las normas relativas a la convocatoria de la junta. Pero para que sea viable, es necesario que la totalidad de los socios esté de acuerdo en su utilización. Bien entendido que el consentimiento del socio no tiene que ser necesariamente expreso. Puede ser implícito, cuando el socio participa activamente en este mecanismo de adopción de acuerdos, o explícito, pese a no participar activamente en la toma de decisiones. Por otro lado, se aconseja fijar legalmente un límite de tiempo para emitir el voto, así como para que el socio que lo estime procedente solicite que tenga lugar una deliberación oral y, en consecuencia, no se recurra a este mecanismo flexible de adopción de acuerdos⁹⁸.

70. Derecho estadounidense. En la práctica societaria de los Estados Unidos puede recurrirse a la llamada *action by written consent*, que permite superar los contratiempos que suelen surgir al tratar de conciliar las agendas y horarios de administradores y socios con vistas a reunirse para tomar determinadas decisiones societarias. Dado el ahorro de tiempo que conlleva este mecanismo de adopción de acuerdos, se presenta especialmente útil para sociedades pequeñas con escaso número de socios, sobre todo, con vistas a tomar decisiones relativas a cuestiones que no poseen una extraordinaria relevancia para la vida de la sociedad. Su encaje, sin embargo, resulta mucho más difícil en las sociedades de grandes dimensiones que cotizan en bolsa, en cuyos estatutos no es infrecuente que se incluya una prohibición expresa del recurso a este procedimiento de formación de la voluntad colectiva.

71. Existe, en todo caso, el convencimiento de que el consentimiento de los socios canalizado a través de la *action by writren consent* es considerado a todos los efectos como un acuerdo alcanzado en una junta o asamblea de socios. Ciertamente es que decisiones importantes como la compra o venta de una empresa, fusiones, emisión de nuevas acciones, etc., se adoptan en el seno de juntas o asambleas.

72. Para que sea viable este procedimiento de adopción de acuerdos por escrito (como vía de expresión de la voluntad social alternativa a la junta o asamblea de socios), el documento de consentimiento escrito debe incluir una serie de datos requeridos por la ley; a saber: a) el Estado en el que está constituida la sociedad; b) la denominación social; c) la identificación del Presidente y Secretarios de la junta; d) el nombre de los socios; e) y el acuerdo o acuerdos adoptados, así como su fecha de entrada en vigor. Ahora bien, si no existe conformidad total de los socios en adoptar por esta vía una determinada propuesta de acuerdo, se ha de convocar una junta o asamblea con vistas a su aprobación, en cuyo caso la sociedad debe asegurarse de seguir los procedimientos de sus estatutos para la notificación previa, el quórum y la votación requerida⁹⁹.

⁹⁷ Si bien es cierto que la denominación “junta general por decisión circular” parece abogar por concluir que cuando se adoptan acuerdos por escrito y sin junta, no por ello ha de entenderse que los acuerdos son adoptados por los socios (que serían el verdadero órgano) y no por la junta general (que dejaría de ser el órgano de la sociedad). Es decir, este *nomen iuris* parece inclinarse a favor de la tesis expuesta *supra*, en el párrafo 4 del epígrafe I.

⁹⁸ L. ZÜST, “L’assemblée générale sous le nouveau droit des sociétés - Qu’est-ce qui change?”, disponible en <https://www.vischer.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

⁹⁹ Más información en “Action by Written Consent: A New Focus for Shareholder Activism” disponible en <https://corp.gov.law.harvard.edu>; “Action by Written Consent Sample Clauses”, disponible en <https://www.lawinsider.com>; y “Shareholder Action by Written Consent”, disponible en <https://www.upcounsel.com/shareholder-action-by-written-consent> (consultados

73. Derecho argentino. Inicialmente, la adopción de acuerdos en el seno de las sociedades limitadas argentinas se regía por las reglas reguladoras de las asambleas de las sociedades anónimas, con la única diferencia de que se reemplazaba el medio de convocarlas (publicidad por edictos) por la citación dirigida al último domicilio comunicado por el socio a la sociedad. Sin embargo, tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley 22903, esta situación legal experimentó cambios relevantes en el asunto que aquí interesa. Estos fueron anunciados por la Exposición de Motivos de la referida Ley. En ella se ponía de manifiesto que la junta o asamblea de socios dejaba de ser el régimen supletorio genérico para la adopción de los acuerdos sociales, permitiéndose la toma de decisiones a través de otras vías más sencillas de formación de la voluntad social. En el articulado de la Ley General de Sociedades, esto último resulta corroborado por el artículo 159, cuya redacción es bastante clara en cuanto a la admisión de la adopción de acuerdos sin necesidad de convocar y celebrar una junta o asamblea de socios.

74. En concreto, según dispone el referido artículo 159, “[e]l contrato dispondrá sobre la forma de deliberar y tomar acuerdos sociales. En su defecto son válidas las resoluciones sociales que se adopten por el voto de los socios, comunicando a la gerencia a través de cualquier procedimiento que garantice su autenticidad, dentro de los diez días de habersele cursado consulta simultánea a través de un medio fehaciente; o las que resultan de declaración escrita en la que todos los socios expresan el sentido de su voto”. Como puede apreciarse, esta disposición establece que, en defecto de previsión estatutaria al respecto, cabe poner en práctica dos mecanismos distintos de formación de la voluntad social: 1º) El primero es el de consulta simultánea, que consiste en notificar a todos los socios determinados asuntos a adoptar, concediéndoles un plazo determinado para expresar su voto en relación con cada uno de ellos; de modo que si se recaban respuestas afirmativas que alcanzan las mayorías necesarias, los acuerdos se entienden válidamente adoptados. 2º) El segundo consiste en la declaración por escrito de todos los socios y presupone la existencia de un acuerdo previo de la totalidad de la base social¹⁰⁰.

75. Derecho mejicano. También en Méjico la junta o asamblea de socios ha dejado de ser el órgano de formación de la voluntad social, al admitirse otras formas diversas de adoptar acuerdos sociales válidos y eficaces. A esta conclusión conduce, sin dificultad, el articulado de la La Ley General de Sociedades Mercantiles mejicana en lo que respecta tanto a la sociedad limitada como a la anónima. En relación con el primer tipo social, el artículo 82 de la referida Ley es claro al disponer que “(e)l contrato social podrá consignar los casos en que la reunión de la asamblea no sea necesaria, y en ellos se remitirá a los socios, por carta certificada con acuse de recibo, el texto de las resoluciones o decisiones, emitién-

todos por última vez el 2 de noviembre de 2022). En relación a cómo se regula la *action by written consent* en los Estados Unidos, puede ponerse como ejemplo el artículo 228 de la Ley General de Sociedades de Delaware, Estado con un Derecho societario que ha dado muy buenos resultados en la práctica (al respecto: G. E. LUPÍAN MORFÍN, “Delaware: modelo exitoso de Derecho societario en Estados Unidos de América”, *Realidad y Reflexión*, año 22, n° 55, enero-junio de 2022). En concreto el referido artículo 228 (intitulado “Consent of stockholders or members in lieu of meeting”) dispone: “(a) Unless otherwise provided in the certificate of incorporation, any action required by this chapter to be taken at any annual or special meeting of stockholders of a corporation, or any action which may be taken at any annual or special meeting of such stockholders, may be taken without a meeting, without prior notice and without a vote, if a consent or consents in writing, setting forth the action so taken, shall be signed by the holders of outstanding stock having not less than the minimum number of votes that would be necessary to authorize or take such action at a meeting at which all shares entitled to vote thereon were present and voted and shall be delivered to the corporation by delivery to its registered office in this State, its principal place of business or an officer or agent of the corporation having custody of the book in which proceedings of meetings of stockholders are recorded (...) (c) Every written consent shall bear the date of signature of each stockholder or member who signs the consent, and no written consent shall be effective to take the corporate action referred to therein unless, within 60 days of the earliest dated consent delivered in the manner required by this section to the corporation (...) (e) Prompt notice of the taking of the corporate action without a meeting by less than unanimous written consent shall be given to those stockholders or members who have not consented in writing and who, if the action had been taken at a meeting, would have been entitled to notice of the meeting if the record date for notice of such meeting had been the date that written consents signed by a sufficient number of holders or members to take the action were delivered to the corporation as provided in subsection (c) of this section” (texto disponible en <https://opencasebook.org>; fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022).

¹⁰⁰ B. ALCALONI, “Formas y modos de adopción de la voluntad social en las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, disponible en <https://riu.austral.edu.ar> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022). B. CARLINO, “Resoluciones sociales vía e-mail (art. 159 LGS) en las SRL”, disponible en <https://blog.errepar.com> (fecha última consulta: 4 de noviembre de 2022).

dose el voto correspondiente por escrito”. Para la sociedad anónima, el artículo 178 de esta misma Ley, tras establecer que la junta o asamblea de socios es el “órgano supremo de la sociedad”, añade que en los estatutos de la sociedad “se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de asamblea, por unanimidad de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto o de la categoría especial de acciones de que se trate, en su caso, tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas reunidos en asamblea general o especial, respectivamente, siempre que se confirmen por escrito”.

76. Derecho europeo proyectado. La Propuesta de Reglamento de la Sociedad Privada Europea: Esta Propuesta reglamentaria, surgida con la finalidad principal de facilitar la actividad de las Pymes en el mercado supranacional comunitario, participa también de la tendencia a la que aquí se alude. En concreto, en su primera versión, de 25 de junio de 2008, estableció que para adoptar los acuerdos sociales (a los que se refería con el término “resoluciones”) “no será necesario convocar una junta general”, sino que “el órgano de administración facilitará a todos los socios las propuestas de resoluciones, junto con información suficiente para permitirles tomar una decisión fundada”. Y a lo anterior añadió que dichas “resoluciones se consignarán por escrito”, enviándose copia de ellas a todos los socios (artículo 27 apartado 3).

77. En la posterior versión de esta Propuesta de Reglamento, correspondiente a noviembre de 2009, aunque se refuerza en cierta medida el papel de la junta general en la formación de la voluntad social, pervive la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y al margen de la asamblea. Así lo corrobora el artículo 28 apartado 3 de la Propuesta. En él se establece lo que sigue: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 30 [que legitima a los socios que reúnan al menos el 10% (o el porcentaje inferior establecido en los estatutos) de los derechos de voto correspondientes a las participaciones, a solicitar al órgano de administración la convocatoria de una junta general], la adopción de acuerdos no requerirá la celebración de una junta general. El órgano de administración proporcionará a todos los socios las propuestas de acuerdo, así como la suficiente información para permitirles adoptar una decisión informada. Los acuerdos constarán por escrito y satisfarán los requisitos formales que al respecto establezca la legislación nacional aplicable. Se enviarán a todos los socios copias de los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones”¹⁰¹.

78. Estas previsiones sobre la Sociedad Privada Europea relativas a la posibilidad de adoptar acuerdos sin necesidad de celebrar una junta general se corresponden con los caracteres propios de esta figura societaria. Entre ellos cabe aquí destacar especialmente dos: 1º) el ser una sociedad *cerrada* (como lo pone de manifiesto la prohibición de que sus participaciones sean objeto ni de oferta pública ni de negociación pública) y 2º) el tratarse de una sociedad *contractual* (lo que queda corroborado por la amplia autonomía de la voluntad que se confiere a los socios en materia de participaciones, capital social y, en lo que especialmente aquí interesa, órganos sociales)¹⁰².

79. Derecho español proyectado. La Propuesta de Código Mercantil: Como anticipé más arriba, también forma parte de la tendencia a la que me refiero la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección 2ª de la Comisión General de Codificación española¹⁰³. Así se infiere de su artículo 231-73, donde se dispone que “[c]uando así lo prevean los estatutos, podrán ser sometidos a votación por escrito o por medios electrónicos los asuntos que, siendo competencia de la junta, sean susceptibles de voto simplemente afirmativo o negativo”. A lo que añade seguidamente el artículo 231-74 de la Pro-

¹⁰¹ R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, pp. 313 y ss.

¹⁰² L. A. VELASCO SAN PEDRO, “De la *Societas Privata Europea* a la *Societas Unius Personae* en las Propuestas europeas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 333 y ss.; también al respecto F.J ALONSO ESPINOSA, “Sociedad Privada Europea: notas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”, disponible en <https://digitum.um.es> (fecha de última consulta 2 de noviembre de 2022), pp. 11 y ss.

¹⁰³ COMISION GENERAL DE CODIFICACIÓN, Sección 2ª, Propuesta del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, disponible en <https://www.mjusticia.gob.es>. (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

puesta que “[e]n los casos en que se proponga la adopción de acuerdos por escrito, los socios podrán solicitar los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos sometidos a decisión”, correspondiendo a los administradores el deber de “facilitar la información solicitada a la mayor brevedad dentro de los límites establecidos para el derecho de información en este Código”.

80. No es difícil advertir que la propuesta española se aproxima al Derecho italiano, en el sentido de exigir, como condición *sine qua non* para la viabilidad de este procedimiento de adopción de acuerdos, la presencia en los estatutos de una cláusula que expresamente lo reconozca. Desde mi punto de vista, hubiese sido más correcto decantarse por una solución similar a la portuguesa, según la cual (como ha podido comprobarse con anterioridad) el uso de la votación por escrito con dispensa de la junta o asamblea de socios no exige una habilitación expresa en los estatutos, bastando que por vía estatutaria no haya sido vetado el recurso a dicho procedimiento de formación de la voluntad social¹⁰⁴. En todo caso, de este asunto me ocupó expresamente a continuación con mayor detenimiento¹⁰⁵.

IX. Sobre la necesidad o no de previsión estatutaria que habilite para tomar acuerdos por escrito y sin sesión: respuesta de *lege lata*

1. Preliminar: innecesariedad de previsión estatutaria al respecto

81. Aunque al valorar la solución sobre adopción de acuerdos por escrito y sin sesión que se contiene en la Propuesta de Código mercantil acabo de adelantar, en términos generales, cuál es mi opinión sobre el asunto que aquí me propongo abordar, es ahora el momento de detenerme e insistir algo más en él. En realidad, se trata de dar respuesta a dos cuestiones distintas: 1ª) La primera es de *lege lata*. Consiste en determinar si, de conformidad con el Derecho de sociedades vigente en nuestro país, sólo es posible prescindir de la junta o asamblea de socios cuando una cláusula de los estatutos confiere luz verde a la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Como pudo comprobarse más arriba, ésta es precisamente la solución defendida por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. 2ª) La segunda, en cambio, posee carácter de *lege ferenda*. Estriba en concretar, al menos en sus directrices principales, los términos en los que podría regularse este asunto en un futuro Derecho societario que reemplace al actual. Para ello puede revestir especial interés la toma en consideración de algunas de las soluciones vigentes en el Derecho comparado en relación con esta materia. Al respecto ya he expresado que la solución ofrecida por la Propuesta de Código Mercantil no llega a convencerme por ser excesivamente restrictiva.

82. Como se infiere de la intitulación del epígrafe que ahora desarrollo, aquí voy a referirme exclusivamente al asunto desde la perspectiva del Derecho vigente (*lege lata*). En el siguiente abordaré la cuestión desde un punto de vista prospectivo, esto es, de *lege ferenda*, para lo cual fijaré ciertas directrices acerca del modo en el que, a mi juicio, debería regularse este asunto en una futura legislación societaria. Como se verá, dichas directrices están impregnadas de las ideas de parquedad normativa y amplia libertad estatutaria.

83. En lo que atañe al análisis de *lege lata*, he de comenzar señalando que, en mi opinión, la tradicionalmente llamada (hoy ya no) Dirección General de los Registros y del Notariado no acierta cuando exige, como requisito indispensable para tomar acuerdos sin sesión, que los estatutos sociales contemplen expresamente el recurso a este mecanismo de formación y expresión de la voluntad social. Sí lo hace, sin embargo, cuando requiere la unanimidad de todos los socios como exigencia indispensable para que sea viable este procedimiento de adopción de acuerdos.

¹⁰⁴ Crítico con la opción de política legislativa concretada en el artículo 231-73 de la Propuesta de Código Mercantil v., también, J. ALFARO, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 22, quien califica el precepto de “indebidamente restrictivo”.

¹⁰⁵ Soy consciente de que la referencia que realicé en el texto a ordenamientos en los que se aprecia la tendencia analizada no es completa. A los expresamente mencionados cabría añadir otros muchos.

84. El argumento principal que sustenta la valoración precedente ya ha sido anticipado. Aquí me propongo abordarlo más extensamente. Reside en la admisión y regulación expresa de la *junta o asamblea universal* en nuestro ordenamiento [*infra*, 2]. Aunque a él cabría también añadir la *aplicación analógica a las juntas de socios de las reglas sobre adopción de acuerdos en el seno del consejo de administración* de la sociedad anónima (en concreto, de la previsión normativa que permite a este órgano adoptar acuerdos por escrito y sin sesión) [*infra*, 3].

2.- La admisión de la junta universal

85. Con la finalidad de desarrollar convenientemente este argumento, conviene exponer los requisitos necesarios para que pueda celebrarse válidamente una junta universal que, en realidad, no es propiamente una clase o tipo de junta, sino un supuesto especial de celebración de una asamblea que se considera válida pese a no haber cumplido las exigencias legales (y, en su caso, estatutarias) de celebración de las juntas generales.

86. En concreto, se habla legalmente de junta universal con referencia a aquellas asambleas en las que concurren de forma acumulativa los dos requisitos siguientes: 1º) la presencia en la reunión de la totalidad del capital social y 2º) la aceptación unánime por parte de éste de la celebración de la asamblea. A continuación, me refiero brevemente a ambos.

87. En cuanto al primero de ellos, son dos los asuntos sobre los cuales ha existido un interesante debate doctrinal en nuestra comunidad jurídica¹⁰⁶: a) Por una parte, la determinación de si es o no posible nombrar un representante para una asamblea universal¹⁰⁷. Esta cuestión ha merecido (con toda razón) una rotunda respuesta afirmativa, toda vez que es claro que la asamblea universal puede ser convocada informalmente (por ejemplo, por vía telefónica) y en estos casos nada impide que un socio pueda designar un representante, confiriéndole un poder especial para dicha junta¹⁰⁸. b) Por otra

¹⁰⁶ Sobre esta materia, v., entre otros, J.M. OTERO LASTRES, “El requisito de la aceptación unánime en la junta universal de la sociedad anónima” en AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Derecho de sociedades*, vol. II, Madrid, 2002, pp. 1229 y ss.; L.M. MIRANDA SERRANO, “La junta universal de accionistas o socios: Una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 243, 2002, pp. 71 y ss.; I. FARRANDO MIGUEL, “Examinando críticamente la regulación de la junta universal en la Ley de Sociedades Anónimas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 262, 2006, pp. 1307 y ss.; R. CABANAS TREJO, *Fusión de sociedades: inscripción, impugnación y régimen contable*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 80 y ss.; *idem*, “Convocatoria y celebración de la Junta general. Junta universal. Acta notarial”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 68, 2017, pp. 163 y ss.; J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 178”, en J.A. GARCÍA-CRUCES e I. SANCHO GARGALLO (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, t. III, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 2535 y ss.; F. LEÓN SANZ, “Comentario del artículo 178”, *cit.*, pp. 327 y ss.

¹⁰⁷ Este problema fue planteado por vez primera por el profesor URÍA que lo resolvió con una respuesta negativa. En su opinión, aunque todo socio tiene derecho de hacerse representar en las juntas o asambleas de la sociedad, en las juntas universales dicha representación no es posible, ya que, según la ley, la representación ha de ser conferida con carácter especial para cada junta; y esto no es compatible con el carácter espontáneo e imprevisto de las juntas: R. URÍA, “Comentario del artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951”, en GARRIGUEZ-URÍA (Dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 1953, vol. I, pp. 535 y ss.

¹⁰⁸ La primera respuesta afirmativa a este problema fue dada por J. VALLET DE GOYTISOLO quien sostuvo que la junta universal no ha de ser necesariamente una reunión espontánea. En su opinión, es prácticamente excepcional que tengan lugar asambleas universales aleatorias e imprevistas. Normalmente, la celebración de dichas juntas está precedida de una convocatoria informal (por carta, teléfono, fax, etc.). Y es claro (concluye este autor) que en estos casos los socios pueden recurrir sin problema a la figura de la representación, confiriendo poderes especiales a ciertas personas para que las representen en las juntas universales que van a celebrarse: v. J. VALLET DE GOYTISOLO, *La publicidad en la convocatoria de las juntas generales y las llamadas juntas universales*, Ed. Revista de Derecho Mercantil, 1952, *passim*. Esta interpretación ha sido la acogida por la jurisprudencia, y ha tenido plasmación legal expresa en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. De dicha Ley pasó posteriormente al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital que dedica a esta materia su artículo 178, donde se dispone que “la junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión” (cursiva propia). No es difícil constatar que, de conformidad con este precepto, para que exista una junta universal es necesario que todo el capital social este presente o representado en la asamblea, requiriéndose, por tanto, la presencia en la junta de la totalidad de los socios por sí o por medio de un representante.

parte, la concreción de si es posible celebrar válidamente una junta universal sin la presencia del capital sin voto, con el argumento de que, dado que dicho capital no puede lo menos, es decir, votar en las juntas, tampoco ha de poder lo más, esto es, decidir si quiere o no celebrar una asamblea universal¹⁰⁹. Con buen criterio, este otro asunto ha sido resuelto a favor de considerar que el capital sin voto ha de consentir la celebración de la asamblea, pues de no ser así se vería privado injustificadamente de los derechos de participación y voz¹¹⁰.

88. Pero, además, para poder hablar de junta universal válidamente constituida se requiere que todo el capital social acepte de forma unánime la celebración de la reunión. En relación con esta segunda exigencia, cabe plantearse si solo vale la aceptación expresa o también la tácita, e incluso si cabe atribuir eficacia a la aceptación presunta. A mi juicio, estos tres tipos de aceptación son posibles. No es necesario, en efecto, que los socios consientan expresamente la celebración de la reunión. Su mera presencia en la asamblea (incluso pasiva) es suficiente para fundamentar que consienten su celebración, pues de no querer esta consecuencia les bastaría simplemente con alzar la voz y expresar su voluntad contraria a su celebración¹¹¹.

89. Pues bien, de esta regulación de la junta universal, rectamente interpretada, cabe extraer algunas ideas de interés para el asunto que aquí se analiza. A ellas me refiero a continuación.

90. La primera es de gran relevancia. Consiste en que, aun cuando los estatutos no prevean nada sobre la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, esta posibilidad de formación de la voluntad social no está vetada a los socios. Si pueden prescindir de las reglas de la previa convocatoria y lugar de celebración de la junta, también han de estar facultados para decidir la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Para ello, no obstante, es necesario que todos ellos (con inclusión de los privados del derecho de voto) consientan de forma unánime la utilización de este procedimiento flexible de formación y expresión de la voluntad colectiva¹¹².

91. Por analogía con lo que he expuesto en relación con la junta universal, dicho consentimiento (unánime) no tendrá que ser necesariamente expreso. Podrá ser también tácito o por *facta concludentia*, esto es, a través de actos que revelen de forma clara e inequívoca la existencia de una voluntad de aceptar. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando cada uno de los socios que integran la compañía vote a favor o en contra de las propuestas de acuerdo planteadas por escrito, aunque sin haber expresado previamente su conformidad con la utilización del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Así ha de concluirse por cuanto que no parece dudoso que de la participación en la votación de todos los socios se infiere de modo nítido y concluyente que todos ellos han consentido unánimemente la opción por dicho mecanismo de formación de la voluntad social, siempre (como es natural) que la totalidad de ellos hubiesen sido informados previa y convenientemente del significado de la emisión de sus votos.

¹⁰⁹ En concreto, el debate sobre esta cuestión fue iniciado en la doctrina mercantilista española por J.M. MUÑOZ PLANAS, “Junta universal y acciones sin voto”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y legislación*, nº 2, 1994, pp. 1046 y ss.

¹¹⁰ Ampliamente *v.* lo que expongo sobre esto (y la doctrina que allí cito) en L.M. MIRANDA SERRANO, “La junta universal...”, *cit.*, *passim*, lugar al que me remito para mayor información.

¹¹¹ *Ibidem*; esta conclusión no se desvirtúa por lo dispuesto en el artículo 97.1.4º del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que en el acta de la junta universal, tras la relación de los asistentes, se incorpore la firma de cada uno de ellos. En nuestra opinión, esta exigencia reglamentaria no debe ser exagerada. Así lo ha sostenido expresamente el Tribunal Supremo, al afirmar que “aun cuando el acta de la junta universal no haya sido firmada por todos los socios, como prescribe el apartado 4º *in fine* del artículo 97 RRM, no supone la pérdida de virtualidad del acta, sino un mero defecto que no alcanza a su validez, sin desdeñar que dichas firmas suponen una garantía de la veracidad del acta, en cuanto ratifican la presencia y aceptación de los socios” (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002).

¹¹² No conforme, sin embargo, en cuanto a la no necesidad de existencia de una cláusula estatutaria para que sea viable la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión: J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2226, quien apunta que, a su juicio, “en ausencia de un pacto estatutario de tal tipo, no habría de admitirse la procedencia de este procedimiento para la formación de los acuerdos sociales, pues existe un riesgo de inseguridad para el socio”.

92. Al emitir sus consentimientos en el sentido indicado (ya sea de forma expresa o tácita), los socios renuncian a su derecho a participar en las deliberaciones previas a la toma de decisiones. Mas dicha renuncia es plenamente lícita. Como señalé más arriba, la deliberación es una competencia de la asamblea. Pero no una obligación o deber legal e inexcusable de ella. Ni constituye tampoco la expresión de un principio configurador del tipo social. Además, esta renuncia no debe exagerarse en una sociedad como la actual, caracterizada por el masivo uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Nada impide que, pese al consentimiento unánime de todos los socios (incluidos los desprovistos del derecho de voto) en consentir la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, dichos sujetos puedan entrar en contacto electrónico o telefónico entre sí con la finalidad de intercambiar sus opiniones, pareceres y puntos de vista sobre los acuerdos a adoptar.

93. El argumento expuesto me parece decisivo. La inexistencia de norma en nuestro ordenamiento que prohíba la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, junto a la admisión expresa de que los socios (todos ellos sin excepción) puedan acordar por unanimidad prescindir de las reglas relativas a la celebración de la asamblea, les deja abierta la puerta a la posibilidad de consentir unánimemente la adopción de acuerdos sobre determinados asuntos sin necesidad de estar reunidos (presencial o virtualmente) en un mismo momento y lugar, renunciando a su derecho a deliberar.

94. Comparto así la opinión doctrinal partidaria de conferir carácter desproporcionado a la exigencia de una reunión formal para la válida adopción de acuerdos en las sociedades cerradas con escaso número de socios, al entender que el carácter colegiado de la junta no es imperativo y que el principio de reunión no puede considerarse de *ius cogens*¹¹³. En esta dirección se sostiene que, hablando de juntas universales, “lo relevante es la voluntad de los destinatarios de la convocatoria (socios) de que la junta tenga lugar; y lo tenga en los términos por ellos fijados, con independencia de que concurren o no físicamente en un lugar y en un momento dado para así realizar las oportunas manifestaciones”¹¹⁴. Al mismo tiempo —y en coherencia con lo anterior—, considero excesivamente rígida (además de ampliamente desmentida por la realidad) la tesis favorable a sostener que “sin sesión no hay junta universal”, tras la cual subyace una concepción de la asamblea como órgano colegiado necesario para la formación y expresión de la voluntad social y, por tanto, la negación de que dicha voluntad pueda formarse por escrito y al margen de la asamblea, aunque todos los socios estén de acuerdo en que así se haga¹¹⁵.

95. Esta segunda manera de entender el asunto choca abiertamente con la realidad. Por el contrario, la primera se acomoda a lo que habitualmente acontece en nuestra práctica societaria. Como expuse con anterioridad, en ella abundan las llamadas juntas universales ficticias o de papel, que no en vano se erigen en el procedimiento habitual de adopción de acuerdos en sociedades cerradas y con reducido número de socios. Tan es así que nuestro Tribunal Supremo se ha referido expresamente a ellas. En concreto, en una de sus sentencias constata que “las juntas sociales eran sistemáticamente universales, sin previa convocatoria”. A lo que añade seguidamente que tenían lugar “sin celebración efectiva de la reunión”. Razón por la cual “no existía presencia alguna de los socios en un acto de clase alguna, sino que se trataban informalmente temas entre los socios, ni siquiera todos a la vez, incluso, en ocasiones, por conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares entre algunos de ellos, tras lo que se elaboraba un acta que se iba pasando por los domicilios de los socios para su firma”¹¹⁶.

¹¹³ J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 690 y ss.; IDEM, “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*; IDEM, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 20 y ss.; J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 118”, *cit.*, pp. 2553 y ss.

¹¹⁴ J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 118”, *cit.*, pp. 2553 y ss.; más adelante, señala este autor que su opinión (que comparto) resulta acreditada por “la licitud de la —extendida— práctica de celebración de la junta universal sin sesión (o por escrito) y que expresamente ha ratificado la jurisprudencia (v. STS 120/2015, de 16 de marzo).

¹¹⁵ R. LARGO GIL, “La sesión como elemento definitorio...”, *cit.* pp. 141 y ss.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 120/2015, de 16 de marzo de 2015.

96. Ahora bien, aceptado el argumento de que el reconocimiento legal de la junta universal permite la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en los términos expuestos, se ha de hacer constar que, por aplicación de un criterio de razonabilidad y de las propias reglas que rigen las juntas universales, las decisiones tomadas a través de ese procedimiento flexible no habrán de ser unánimes. Se registrarán por las reglas de las mayorías legal o, en su caso, estatutariamente previstas. No se pierda de vista que las juntas universales, aunque quedan al margen de las reglas relativas a la celebración de la asamblea, se ven plenamente afectadas por los límites legales y estatutarios propios de la adopción de acuerdos sociales. En consecuencia, la unanimidad es requerida para dar viabilidad al procedimiento de formación de la voluntad social por escrito y sin sesión. No para la adopción de los eventuales acuerdos que puedan surgir de la puesta en marcha de dicho procedimiento.

3. La aplicación analógica de las reglas del consejo de administración

97. Como se sabe, el recurso a la analogía exige el cumplimiento de determinadas exigencias. En primer lugar, que las normas (en nuestro caso societarias) no regulen un supuesto concreto al que trata de encontrarse regulación. En segundo lugar, que la normativa regule otro supuesto de hecho diverso del carente de regulación. En tercer y último lugar, que entre ambos supuestos exista inexcusablemente la denominada “identidad de razón”, es decir, una clara semejanza o similitud. Así se infiere del artículo 4, apartado 1, del Código Civil: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

98. Recordado lo anterior, se han de tener en cuenta dos datos de interés para los fines aquí perseguidos. Por un lado, la naturaleza de órgano colegiado propia del consejo de administración, que en este extremo coincide con la junta de socios, cuyo carácter colegiado está fuera de discusión. Por otro lado, la existencia de una previsión legal expresa en nuestro Derecho de sociedades que faculta al órgano de administración a adoptar acuerdos por escrito y sin sesión, siempre que ningún consejero se oponga a este procedimiento. Determinante y claro es, en el sentido indicado, el artículo 248, apartado 2, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital: “En la sociedad anónima la votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento”¹¹⁷.

99. A la vista de lo expuesto, no parecen existir inconvenientes de entidad para aplicar analógicamente a la junta general la previsión legal del consejo de administración a la que acaba de hacerse referencia. Antes bien, parecen cumplirse las exigencias necesarias para la aplicación analógica de las normas, concretadas en el apotegma latino “donde hay la misma razón, debe ser la misma la disposición del Derecho” (*ubi eadem est ratio, eadem est o debet esse juris dispositio*).

100. Desde luego, no parece procedente invocar la inexistencia de “identidad de razón” en este caso sobre la base de las diferencias apreciables entre una sociedad anónima y una limitada. Contrariamente a lo que pudo ocurrir en tiempos pretéritos, hoy es claro que ambas son sociedades de capital que pueden dar cobijo a modelos de negocio muy similares. De hecho, así se infiere de la *polivalencia funcional* propia de la sociedad anónima española, como tipo social apto tanto para sociedades abiertas con gran número de socios que cotizan en bolsa, como para sociedades más cerradas en las que la identidad de los socios (y del contrato social) posee una relevancia nada despreciable. Se explica así que la realidad nos muestre cómo ambos tipos societarios se superponen, dada su aptitud para cubrir unas mismas necesidades. Y se explica así igualmente la certera afirmación de que, a diferencia de lo que acontece en el Derecho alemán, en donde existe una gran diferencia entre el régimen de la sociedad anónima y el de

¹¹⁷ Recientemente, sobre este precepto: J. JUSTE MENCÍA, “Comentario del artículo 248”, *cit.*, pp. 3455 y ss., quien apunta que este procedimiento excepcional de adoptar acuerdos por parte del consejo de administración “en ocasiones se ha consentido también para la formación de la voluntad social de otros órganos colegiados” (p. 3458).

la limitada, en el ordenamiento español dicha diferencia puede ser calificada de reducida y menguante¹¹⁸. De ahí que una de las principales reivindicaciones que la doctrina mercantilista viene haciendo a nuestro legislador, desde hace ya algún tiempo, estriba en la necesidad de afrontar cuanto antes el relevante asunto de la relación entre las sociedades anónimas y las limitadas, con vistas a dividir las sociedades de capital en dos grandes grupos: el de las abiertas, por un lado, y el de las cerradas, por otro¹¹⁹.

X. Adopción de acuerdos por escrito y al margen de la junta de socios: algunas reflexiones *de lege ferenda*

101. Al elaborar una regulación de *lege ferenda* del mecanismo de adopción de acuerdos que se analiza, son varias las cuestiones que interesa analizar. En rigor, casi todas ellas surgen de tomar en consideración y contrastar las regulaciones que el legislador comparado realiza de esta materia. Seguidamente me refiero a algunas que considero de mayor interés.

102. El primer asunto sobre el que interesa incidir acaba de ser despejado en el epígrafe anterior, al analizar esta materia desde la perspectiva de la *lege lata*. Se trata de determinar si una futura regulación de este procedimiento flexible de formación de la voluntad social requeriría o no la existencia de una disposición estatutaria que habilite a los socios para adoptarlo. Como acaba de comprobarse, mi opinión (contraria tanto a la de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública como a la de cierta doctrina) ha sido negativa en relación con el Derecho vigente. Y, naturalmente, ha de ser también la misma desde una visión de *lege ferenda*. Descarto así la opción seguida por la Propuesta de Código Mercantil, según la cual se podrán adoptar acuerdos a través de votación por escrito “cuando así lo prevean los estatutos”. El mismo rechazo me produce también, por ejemplo, en este extremo la legislación italiana, que igualmente exige habilitación estatutaria para que los acuerdos en las sociedades limitadas puedan tomarse a través de consulta escrita o sobre la base de un consentimiento por escrito. Más lógica me parece, en cambio, la solución portuguesa, de conformidad con la cual el procedimiento de votación por escrito y sin sesión no precisa de una cláusula estatutaria que lo permita, sino que basta la inexistencia de una disposición en los estatutos que lo prohíba.

103. Ahora bien, una cosa es que no se considere necesario requerir previsión estatutaria expresa para poder activar el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, y otra bien distinta que esté prohibido incluir dicha previsión en los estatutos. Como es natural, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad propia del ámbito estatutario (artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), es perfectamente posible la inserción en los estatutos sociales de previsiones específicas relativas a este mecanismo de formación de la voluntad social. Además, esta posibilidad presenta un cierto atractivo para los socios. Sobre todo, porque les permite sustituir la exigencia del consentimiento unánime de la base social para poder recurrir al mecanismo de adopción de acuerdos que se analiza (que es la regla que ha de aplicarse en ausencia de previsión estatutaria que prohíba este procedimiento) por aquella otra que, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, les parezca más procedente y aconsejable para su sociedad: un acuerdo adoptado por mayoría absoluta o reforzada de la base social, o simplemente una decisión unilateral del administrador o administradores, o de un socio o grupo de socios¹²⁰. El funda-

¹¹⁸ J. ALFARO, “La sociedad anónima alemana y la sociedad anónima española”, disponible en <https://almacen.de.derecho.org/49460-2> (fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022). A favor de admitir la celebración de junta sin sesión, de forma similar a lo que se prevé para el consejo de administración de la sociedad anónima, además del autor precitado (v. su “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 23), se pronuncia, también, *ad ex.*, J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 178”, *cit.*, p. 2554, quien sostiene que “la junta, en cuanto que órgano sujeto a un procedimiento colegial, puede adoptar sus acuerdos sin sesión, tal y como advierte el texto legal respecto de otro órgano también colegiado (artículo 248.2 LSC)”. En contra, sin embargo, al parecer: R. LARGO GIL, “La sesión como elemento definitorio...”, *cit.*, pp. 146 y ss.

¹¹⁹ *Ad ex.*, en esta dirección (y entre otros muchos), v. E. BELTRÁN SÁNCHEZ, “La Ley de Sociedades de Capital”, *El Notario del siglo XXI*, nº 40, 2011, disponible en <https://www.elnotario.es> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022).

¹²⁰ T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, p. 14, en las directrices que formulan para la regulación (de *lege ferenda*) de esta materia, consideran (más restrictivamente que en las que aquí se efectúan) que la

mento de esto último no es difícil de explicar: en este supuesto decae la exigencia del consentimiento unánime de los socios por cuanto que por vía estatutaria ya se contaría con un consentimiento general para admitir este sistema de expresión de la voluntad social. Bien entendido que nada impide que la previsión de los estatutos pueda también exigir la unanimidad como requisito *sine qua nom* para poner en marcha el mecanismo de adopción de acuerdos que se analiza. Aunque en este caso dicha exigencia estatutaria aportaría poco al régimen de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Expresivamente, cabría aquí invocar el clásico refrán “para este viaje no hacían falta alforjas”. En esta materia, el recurso a los estatutos por parte de los socios reviste interés, sobre todo, para flexibilizar, hasta donde consideren oportuno, los procesos de toma de decisiones. El Derecho alemán es un claro ejemplo en este sentido. No en vano, cuenta con una regulación dispositiva que faculta a los socios a fijar por vía estatutaria mecanismos de adopción de acuerdos carentes de toda formalidad.

104. El segundo extremo sobre el que también es necesario pronunciarse se refiere a si sería o no apropiado permitir que puedan adoptarse por escrito y sin sesión cualesquiera asuntos que sean competencia de la junta o, por el contrario, han de quedar al margen de este mecanismo de formación de la voluntad social algunos tipos de acuerdos. El Derecho comparado ofrece ejemplos claros de esta segunda opción de política legislativa. Este es el caso, por ejemplo, del Derecho inglés, que sitúa extramuros de este procedimiento a los acuerdos relativos al cese de auditores y administradores. Algo similar ocurre en el Derecho alemán, que excluye de esta vía los acuerdos de fusión, escisión o transformación. Y en esta misma dirección se sitúa también, por ejemplo, el Derecho italiano, que prevé la improcedencia de este procedimiento para decidir, entre otras materias, sobre el nombramiento de los auditores de cuentas y del presidente de la junta de auditores, así como sobre las modificaciones estatutarias y la reducción del capital por pérdidas. Sobre la base de estos ejemplos, cabría plantear si sería conveniente que quedasen fuera de este mecanismo de formación de la voluntad social los acuerdos que, por su especial transcendencia, requieren para su válida adopción una mayoría reforzada, así como, en general, los que han de acceder al Registro Mercantil. Me refiero, entre otros, a los relativos al aumento o la reducción del capital social y a cualquier otra modificación de los estatutos sociales, así como a los que autorizan a los administradores a hacer competencia a la sociedad, junto con los relativos a la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital, a la transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, traslado del domicilio al extranjero y exclusión de socios. A mi juicio, no hay razón que justifique dejar estos asuntos al margen del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito. De igual modo que la junta universal puede decidir sobre estas materias (siempre que, además de consentir todos los socios la celebración de la asamblea, los acuerdos se adopten por las mayorías reforzadas legalmente requeridas), lo mismo puede predicarse del procedimiento de expresión de la voluntad social por escrito y sin sesión (presencial o virtual)¹²¹.

propuesta para que se ponga en marcha el mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión “puede provenir de los propios administradores o de los socios, siempre que representen, a juicio del legislador, un determinado porcentaje del capital social”. No es difícil advertir aquí la influencia que sobre estos autores ejerce la regulación inglesa (analizada con cierta profundidad por T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY), según la cual (como se señaló *supra* en el texto), la iniciativa para recurrir a este mecanismo de formación de la voluntad social puede recaer en los administradores o en los socios, pero en este segundo caso requiriéndose que reunan al menos el 5% de los derechos de voto de todos los socios legitimados para la adopción del acuerdo de que se trate. En mi opinión, aunque no se trata de una mala propuesta, parece más lógico dejar una mayor libertad a los propios socios para que sean ellos los que establezcan el modo que más les convenga e interese en lo que respecta a la puesta en marcha del mecanismo flexible de formación de la voluntad social que se analiza.

¹²¹ De esta opinión es J. ALFARO, “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*, quien señala expresamente que “el procedimiento escrito puede utilizarse para adoptar cualquier tipo de acuerdo, también por analogía con la junta universal, incluyendo los que sean inscribibles en el Registro Mercantil”; también este autor: “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 693 y “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 25. Sin embargo, no conformes T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, pp. 13 y 14, quienes (a la vista principalmente de la regulación que el ordenamiento inglés realiza de esta materia) se muestran partidarios de entender que “puesto que los acuerdos adoptados por este sistema carecen de una deliberación formal previa, con reflejo en el acta, y, en consecuencia, pueden verse mermodos algunos derechos de socios y de terceros como el de ser oídos, el legislador podría estimar conveniente excluir algunos tipos de acuerdos de su adopción mediante el procedimiento por escrito” (p. 13).

105. En tercer lugar, y a la vista, sobre todo, de lo previsto en los ordenamientos alemán y portugués, habría que plantearse la conveniencia o no de establecer en nuestro ordenamiento dos procedimientos de formación de la voluntad social distintos de la junta o asamblea de socios. Me refiero, por un lado, al consistente en adoptar acuerdos unánimes por escrito (en el que la unanimidad se requiere para la toma de cada uno de los acuerdos sometidos a este procedimiento) y, por otro, al relativo a la adopción de acuerdos mediante votación escrita y sin necesidad de junta (en el que la unanimidad es exigida para la elección de este mecanismo, pero no para la adopción de los concretos acuerdos, sometidos a las reglas de las mayorías que les sean aplicables). Personalmente me inclino por descartar esta opción de política legislativa. A mi juicio, bastaría solo con prever el segundo de los procedimientos indicados. Al primero no le encuentro especiales ventajas, al requerirse para su efectividad que todos los socios voten unánimemente a favor de los acuerdos. Más bien le veo inconvenientes, pues su rigidez, en contraste con el segundo de los mecanismos referidos, es evidente. Y, en todo caso, si los socios desean adoptar determinados acuerdos por unanimidad sin reunirse (presencial o virtualmente) en junta, están perfectamente facultados para hacerlo a través del mecanismo de la votación escrita y sin sesión (presencial o virtual). Razón por la cual cabe afirmar que la admisión expresa del segundo procedimiento permite dar cobijo a las situaciones que podrían tener cabida dentro del primero.

106. En cuarto lugar, es conveniente abordar el procedimiento a través del cual habrían de adoptarse los acuerdos por escrito y sin sesión. Teniendo en cuenta el modo en que se regula este asunto en el Derecho comparado, no me parece necesario ni conveniente que nuestro legislador realice una regulación prolija de este extremo, como ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos portugués o británico¹²². Más bien optaría por la solución por la que se decantó el legislador español al redactar la primera Ley de Sociedades Limitadas o, más tarde, al promulgar la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, consistente en limitarse a declarar de modo expreso la posibilidad de seguir esta vía de adopción de acuerdos, pero dejando en manos de los propios socios la tarea de fijar el concreto procedimiento a seguir¹²³. De modo que competiría a ellos decidir la forma o modo de la adopción de los acuerdos por esta vía. Ésta podría tener carácter *circular*, como ocurre, por ejemplo, en la práctica societaria alemana. En caso de que ésta fuese la forma elegida, las cosas acontecerían básicamente del modo siguiente: un primer socio emitiría su voto por escrito a la propuesta recibida del administrador o del socio encargado de poner en marcha este procedimiento; seguidamente pasaría el documento a otro socio para que procediese también a emitir su voto, y así sucesivamente. Pero cabría igualmente descartar esta forma circular en favor de otra que podría denominarse *lineal o de nexo*¹²⁴. Ésta consistiría en que cada uno de los socios dirigiese al administrador (o, en su caso, al socio legitimado para activar el procedimiento) su doble decisión relativa, por un lado, a aceptar el procedimiento de votación escrita y, por otro, a votar cada una de las propuestas de los asuntos a decidir. De utilizarse esta segunda forma, habría que entender que los acuerdos han sido adoptados en el momento en que el último socio ejecuta su derecho a votar y el voto por él emitido llega a la sociedad. Así resultaría de aplicar analógicamente a este extremo la regla del artículo 54 del Código de comercio, de redacción idéntica a la del artículo 1262 apartado 2 del Código Civil, según la cual cuando las partes están distanciadas geográficamente existe contrato desde que el

¹²² Que, además, no están exentos de crítica en algunos extremos. Así ocurre efectivamente, por ejemplo, en ciertos aspectos del procedimiento establecido por la ley portuguesa, que no son demasiado acertados. Me refiero a la exigencia formal de que la consulta a los socios para el uso de este procedimiento se realice a través de carta certificada. A mi juicio, esta exigencia es excesiva. Parecería más razonable requerir (en términos muy similares a los que se expresa nuestra Ley de Sociedades de Capital al regular la convocatoria de la junta), que la consulta se realice por cualquier procedimiento individual y escrito que garantice su correcta recepción por el destinatario (lo que, por ejemplo, abriría la puerta abiertamente al correo electrónico, ampliamente utilizado en la sociedad actual como medio o técnica de comunicación a distancia).

¹²³ Al parecer, no conformes, con una regulación tan escueta del procedimiento que remita los pormenores del régimen a aplicar a las reglas surgidas de la autonomía de la voluntad de los socios: T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, pp. 13 y ss., quienes (de forma semejante al ordenamiento británico) apuestan por una regulación de *lege ferenda* más prolija, en la que se regulen aspectos tales como los posibles acuerdos excluidos, la legitimación, el procedimiento de envío, etc.

¹²⁴ En concreto, el término “nexo” es el empleado por J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 692; *idem*, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 24.

oferente (en este caso el administrador o socio) conoce la aceptación (teoría de la cognición) o, desde que habiéndosela remitido el aceptante (último de los socios en votar), no puede ignorarla sin faltar a la buena fe (teoría de la recepción)¹²⁵. También sería competencia de los socios fijar un plazo dentro del cual habrían de ser adoptados los acuerdos por escrito y sin sesión¹²⁶.

107. En cualquier caso, del documento en que conste la votación del socio habrá de inferirse con nitidez que el socio manifiesta su aprobación a la utilización del procedimiento escrito y sin sesión, así como el sentido de su voto en relación con cada una de las propuestas formuladas. Esto sin perder de vista, como tuve oportunidad de señalar más arriba, que de la emisión del voto por los socios puede inferirse la aprobación del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin junta, pues votar a las propuestas que se les presenten a través de este mecanismo de formación de la voluntad social sin poner reparo alguno supone una aceptación tácita (o por hechos concluyentes) de la admisión de dicho procedimiento.

108. Por otra parte, el reconocimiento legal expreso (de *lege ferenda*) de este procedimiento flexible de formación de la voluntad colectiva en los términos más arriba expuestos, no parece oponerse a que los socios, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, prohíban expresamente por vía estatutaria este mecanismo de adopción de acuerdos. De hecho, esto es precisamente lo que acontece en el Derecho vigente con la facultad del consejo de administración de adoptar sus acuerdos por escrito y sin sesión. Pese a que la ley admite expresamente esta vía de toma de decisiones en el seno del consejo (artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital), la doctrina que analiza esta cuestión es pacífica en admitir que los estatutos sociales puedan prohibir este sistema y conferir carácter obligatorio a la celebración de la sesión para la adopción de la totalidad de los acuerdos del consejo¹²⁷. Aunque el asunto puede ser opinable, la opción de política legislativa que acabo de exponer (sustentada en la libertad y autonomías estatutarias) me parece más razonable que la seguida, por ejemplo, en la legislación británica, según la cual (como se indicó *supra*) está vetado a los estatutos prohibir a los socios la adopción de acuerdos por escrito (*written resolutions*) de conformidad con el procedimiento legalmente previsto.

109. Ahora bien, en caso de que se rechazara la opción de política legislativa a la que me acabo de referir, basada en las ideas de parquedad normativa y autonomía estatutaria, y se optara por una regulación legal más minuciosa del procedimiento flexible de adopción de acuerdos que aquí se analiza, considero que dicha regulación habría de tener *naturaleza dispositiva* (al igual que ocurre, por ejemplo, en el Derecho alemán). Ello permitiría a los socios sustituir las reglas legales por las que considerasen en cada caso más apropiadas para su sociedad. Como se sabe, las sociedades cerradas existentes en la práctica son muy variadas. Razón por la cual habría que descartar la conveniencia de una regulación legal imperativa en esta materia. Sobre todo, porque dicha normativa difícilmente podría adecuarse a las necesidades de cada una de estas sociedades.

110. Al margen de lo anterior, cuando se exija consentimiento unánime para activar el mecanismo de adopción de acuerdos que se analiza (porque no se disponga nada en los estatutos o porque, pese a existir cláusula estatutaria expresa, ésta requiera la unanimidad de la base social) y algún socio niegue haber dado su consentimiento, habrá de corresponder a la sociedad probar que esto no ha sido así y que los acuerdos han sido adoptados válidamente. Y si esto no pudiese demostrarse, estaríamos ante una situación equivalente a la que tiene lugar cuando uno o varios socios alegan que se les ha

¹²⁵ *Ibidem* y además, del mismo autor: “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*.

¹²⁶ Para T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, p. 14, no existe ningún inconveniente para que el plazo fijado por el artículo 46 de la Ley de Sociedades Limitadas de 1995 (es decir, el plazo desde la convocatoria de la junta hasta su celebración) pudiese aplicarse a la adopción de acuerdos por escrito. El tenor del precepto referido era el que sigue: “Entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, quince días. En los casos de convocatoria individual a cada socio, el plazo se computará a partir de la fecha en que hubiere sido remitido el anuncio al último de ellos”.

¹²⁷ Como se pone de manifiesto por J. JUSTE MENCIA, “Comentario del artículo 248”, *cit.*, p. 3459.

ocultado la celebración de una junta universal en cuyo seno se han adoptado determinados acuerdos. Como he expuesto con anterioridad en varias ocasiones, por no permitirse de forma expresa la adopción de acuerdos a través de mecanismos flexibles, es frecuente que los socios se reúnan para firmar un acta y dar así forma a una asamblea ficticia o de papel, entendida como una reunión dirigida a documentar los acuerdos que se consideran necesarios para la vida de la sociedad. Aunque en otros casos ni siquiera ocurre esto, sino que la confluencia de los socios en un determinado momento y lugar se sustituye por la firma sucesiva del acta por parte de cada uno de ellos. En estos supuestos el problema principal que puede surgir consiste en un abuso de la mayoría sobre la minoría, lo que acontece cuando aquélla trata de hacer valer frente a ésta los acuerdos adoptados en una junta universal inexistente, alegando que dichos acuerdos son plenamente válidos por contar con el voto favorable de un porcentaje de capital muy superior al legalmente exigido y por tener un contenido respetuoso con los estatutos y con la ley¹²⁸. Al respecto, jurisprudencia y doctrina sostienen que, tratándose de asambleas universales inexistentes, es necesario analizar el contenido de los acuerdos adoptados para sostener si son o no contrarios al orden público. Como se sabe, en caso afirmativo, tales acuerdos son susceptibles de ser judicialmente impugnados sin límite de tiempo. Según los tribunales, para que exista una violación de orden público es necesario que un acuerdo no pueda consolidarse desde el punto de vista de los principios más relevantes que informan el sistema jurídico español¹²⁹. A modo de ejemplo, se reputan acuerdos contrarios al orden público los que por su causa (razón a la que responden y finalidad que persiguen), por su contenido (tenor literal y alcance) o incluso por las circunstancias de su adopción, impliquen o sirvan de instrumento para acciones delictivas, fraudulentas o contrarias a los derechos fundamentales de las personas. En este sentido, no cabe albergar duda alguna acerca de que es contraria al orden público la constitución de una asamblea universal con el fin de adoptar acuerdos cuando se evita la intervención en ella de ciertos socios que desconocían su existencia¹³⁰. E idéntica solución habrá de darse al procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión (presencial o virtual) cuando se priva a uno o varios socios de participar en él en aquellos supuestos en los que no existe previsión estatutaria al respecto o, pese a existir, se requiere en ella unanimidad para activar el proceso de adopción de acuerdos que se analiza¹³¹. De modo que ha de vislumbrarse contrariedad al orden público en aquellos acuerdos que se adoptan en una falsa junta universal o en un procedimiento de votación

¹²⁸ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “La impugnación de las juntas generales inexistentes”, disponible en <https://eprints.ucm.es>, pp. 20 y ss. (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

¹²⁹ *V.*, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 2019, que es comentada por J. ALFARO en “Falsas juntas universales”, disponible en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

¹³⁰ *Ad ex.*, sobre el concepto de “orden público”: GARCÍA VILLARRUBIA, M., “El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales”, disponible en <https://www.uria.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

¹³¹ Sin embargo, a propósito de la falsificación de la firma de alguno de los socios, fingiendo que ha participado en una junta universal, *v.*, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo 222/2010, de 19 de abril de 2010, en la que no se tienen en cuenta las circunstancias del acuerdo para determinar si es o no contrario al orden público en el sentido expuesto en el texto.: “Por lo expuesto se ha considerado que el cumplimiento de los requisitos del artículo 99, como alternativa a la correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia de la sociedad anónima, en el sentido de conjunto de principios configuradores de la misma, a los que se refiere el artículo 10 del Texto refundido. Ello sentado, los artículos 115 y 116 del mismo Texto califican como nulos los acuerdos contrarios a la Ley y, al regular la caducidad de la acción de impugnación de los mismos, incluyen dentro de tal categoría aquellos que por su causa o contenido resulten contrarios al orden público. El término orden público se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas - sentencia de 21 de febrero de 2.006 -. El artículo 116 utiliza el término en un sentido más restringido y como un elemento diferenciador entre dos categorías de normas positivas, tomando en consideración sólo principios ya incorporados a ellas. Entre las normas que incorporan esos valores se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario - sentencia de 26 de septiembre de 2.007 -. Las mismas son reflejo, en efecto, de los principios configuradores del tipo de sociedad mercantil de que se trata - sentencias de 28 de noviembre de 2.005 y 29 de noviembre de 2.007 -, a los que antes se hizo referencia. Pues bien, la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 - la presencia de todo el capital - se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público - sentencias de 29 de septiembre de 2.003, 30 de mayo y 19 de julio de 2.007 -, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados - sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2.007, no obstante la de 18 de mayo de 2.000 -, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron”.

por escrito y sin sesión (presencial o virtual) carente de consenso unánime, con el efecto de perjudicar a la sociedad o a alguno de sus socios. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se oculta la celebración de la asamblea universal o del procedimiento de votación por escrito y sin sesión (cuando su activación requiera unanimidad de la base social) al socio minoritario para evitar que ejerza un derecho. Sin embargo, cuando las falsas juntas universales o los procedimientos de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión se limiten a aprobar las cuentas o a adoptar acuerdos neutros, es decir, que no alteren la posición de ninguno de los socios ni supongan una expropiación o apropiación indebida por parte de los administradores o de los socios mayoritarios, ni constituyan una maniobra torticera por parte de la mayoría de capital, los acuerdos adoptados serán susceptibles de impugnación ante los tribunales, pero no contrarios al orden público¹³².

111. La legislación penal puede actuar como freno a la producción de situaciones como las descritas. En concreto, a la vista de esta legislación, cabe sostener que la presentación en el Registro Mercantil de una certificación del acta de una junta que no ha llegado a celebrarse, puede suponer un delito de falsedad de documento mercantil, tipificado en los artículos 390 y 392 del Código Penal. De conformidad con estos preceptos, es culpable de este delito (y se le aplicarán penas de prisión de 6 meses a tres años y multas de 6 a 12 meses) quien cometa alguna de las siguientes falsedades en documento público: 1º) modificar en un documento alguno de sus elementos o requisitos esenciales; 2º) simular un documento de modo que induzca a error sobre su autenticidad; 3º) suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuir a las que sí han participado manifestaciones distintas de las realizadas; 4º) y, por último, faltar a la verdad en la narración de los hechos. Según el Tribunal Supremo, el falseamiento del acta de una junta no consiste, como describe el supuesto 4º, en faltar a la verdad en alguno de los extremos del documento, sino que se trata de una auténtica simulación del documento, según el supuesto 2º, pues “no cabe confundir lo que es una simple alteración de la verdad en un documento existente o que responde a una operación real cuyos datos se falsean, con la simulación consistente en la completa creación *ex novo* de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad inexistente que se pretende simular, pues verdaderamente no existe en modo alguno. En otras palabras, una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico y otra muy distinta que la mentira sea lo declarado en un documento auténtico”¹³³.

XI. Consideraciones finales

112. Todo lo hasta aquí expuesto permite concluir que, pese a que aparentemente pudiera parecer otra cosa, el Derecho de sociedades español sobre adopción de acuerdos sociales encuentra encaje en una clara tendencia de Derecho comparado flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social. A favor de esta conclusión hay que invocar, por un lado, la debilidad de los argumentos utilizados por un sector de la comunidad jurídica española para negar a estas sociedades la facultad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión, pues ninguno de ellos posee la contundencia necesaria para hacer inviable este mecanismo de expresión de la voluntad colectiva. Y es que, como ha tratado de explicarse más arriba, la admisión de esta vía flexible de adopción de acuerdos ni priva injustificadamente a los socios del derecho a deliberar, ni contradice ningún principio configurador del tipo social, ni carece de reconocimiento en nuestro Derecho. Además, el hecho de que un determinado supuesto no esté previsto de modo expreso por la ley no supone inexorablemente que esté prohibido. Obviar esta regla comporta importantes peligros para la interpretación jurídica de los que es necesario huir. En este sentido, ha de tenerse presente la máxima de KELSEN para el Derecho privado, según la cual “lo que no está expresamente prohibido, está permitido” (*permissum videtur id omne quod non prohibitum*).

¹³² J. ALFARO, Juntas universales fingidas”, disponible en <https://derecho mercantilespana.blogspot.com>; más información de este mismo autor en: “Para la Habana me voy: las juntas clandestinas, el abuso de derecho, la buena fe y el orden público”, disponible en <https://almacenederecho.org>; “10 años de falsas juntas universales”, disponible en <https://derecho mercantilespana.blogspot.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo 692/2008, de 4 de noviembre.

113. En estrecha conexión con lo último señalado, no parece erróneo sostener que, desde la promulgación de la Ley de Sociedades Limitadas de 1995 hasta el momento presente, existe en nuestro ordenamiento un reconocimiento implícito u oculto de este mecanismo de adopción de acuerdos. A esta idea conduce, por una parte, la inexistencia de norma alguna que lo prohíba, o de intereses legítimos que justifiquen restringir la autonomía de la voluntad en este ámbito. Además, en la misma dirección se sitúa el reconocimiento legal expreso de la junta universal, que permite a los socios adoptar acuerdos sin cumplir las exigencias de celebración de las juntas, así como la posible aplicación analógica a esta materia de la regla que prevé adoptar acuerdos por escrito y sin sesión en el seno de los consejos de administración de las sociedades anónimas. A lo que ha de añadirse, también, el artículo 100.1 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, toda vez que en él se realiza un reconocimiento legal explícito de la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión. Y ello sin que quepa alegar que la referida norma reglamentaria carece de validez por infringir la ley, pues no hay aquí contravención de ley alguna, en la medida en que el texto regulador de las sociedades de capital no prohíbe el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, sino que se limita a no admitirlo (ni regularlo) de modo expreso.

114. La conclusión precedente es corroborada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que ha admitido expresamente, para las sociedades limitadas, la adopción de acuerdos por escrito y al margen de la celebración de una junta o asamblea de socios. Cierto es que el Centro directivo realiza una interpretación excesivamente restrictiva del recurso a este procedimiento flexible de formación de la voluntad social, al exigir para que sea viable que esté expresamente previsto en los estatutos y que exista unanimidad de los socios en su utilización. A mi juicio, la Dirección General no acierta cuando requiere la existencia de una expresa previsión estatutaria habilitante. Y lo mismo puede afirmarse de la Propuesta de Código Mercantil, que opta por establecer ese mismo requisito. Según mi forma de entender este asunto, la viabilidad de la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión requeriría en el Derecho vigente que los estatutos no impidieran recurrir a dicha vía de formación de la voluntad colectiva y que la totalidad de los socios (incluidos los privados del derecho de voto) estuviesen conformes en su utilización.

115. Ahora bien, una cosa es que existan argumentos en nuestra legislación societaria favorables a admitir la adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión, y otra muy distinta que la situación legal actual sea la ideal. En mi opinión, desde una perspectiva de *lege ferenda*, sería conveniente legislar en la dirección de diferenciar las sociedades abiertas de las cerradas y prever expresamente para estas últimas la posibilidad de formar su voluntad social de forma más flexible y, en concreto —en lo que aquí interesa—, a través del mecanismo analizado en estas páginas. Bien entendido que, desde mi punto de vista, la regulación de esta materia habría de ser parca o escueta, a fin de conceder libertad a los socios para fijar los pormenores del procedimiento a seguir. Algo similar a lo que hizo la derogada Ley de Sociedades Limitadas de 1953 (artículos 14 y 15), o a lo que hace actualmente (y desde 1991) el artículo 10, apdo. 1, de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico. En particular, este último precepto se limita a disponer que los acuerdos “podrán adoptarse en asamblea de socios, por correspondencia o por cualquier otro medio que permita tener constancia escrita de la consulta y del voto emitido por los socios”.

116. Una disposición similar a la que acaba de transcribirse contribuiría a la seguridad jurídica, despejando cualquier duda acerca de que en las sociedades cerradas la voluntad social no ha de formarse necesariamente a través de la celebración de una junta o asamblea. Además, permitiría a los socios, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, insertar en los estatutos sociales previsiones relativas al mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Estarían así legitimados para reemplazar la exigencia de consentimiento unánime de la base social (que es la regla que ha de aplicarse en ausencia de previsión estatutaria que prohíba tomar decisiones por escrito y sin sesión) por aquella otra que consideren más conveniente y apropiada para su sociedad. El resultado no sería otro que la flexibilización, hasta donde consideren oportuno, de los procesos de toma de decisiones en el seno de su compañía. Como hemos podido comprobar *supra*, esta solución legislativa no es desconocida en el Derecho

comparado. Paradigmático es el Derecho alemán que, al contar con una regulación dispositiva de esta materia, faculta a los socios a fijar en los estatutos procedimientos de adopción de acuerdos carentes de formalidad alguna.

117. En el supuesto de que se descartara la opción de política legislativa descrita, inspirada en las ideas de parquedad normativa y autonomía estatutaria, y se optase por ofrecer una regulación legal más prolija del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, considero que dicha regulación habría de tener carácter dispositivo (a semejanza de lo que acontece, por ejemplo —como acabo de recordar—, en el Derecho alemán). De este modo los socios estarían facultados para reemplazar las reglas legales por aquellas otras que en cada caso considerasen más apropiadas para su sociedad. Junto a otros argumentos, la heterogeneidad de las sociedades cerradas es un dato a tener en cuenta para descartar la conveniencia de una regulación legal imperativa en este ámbito. Sobre todo, porque muy probablemente la normativa que al respecto dictara el legislador difícilmente se adecuaría a las necesidades de cada una de dichas sociedades. En las sociedades cerradas (sobre las que giran estas reflexiones) el Derecho dispositivo posibilita, en líneas generales, el funcionamiento de los instrumentos de control de los posibles abusos entre particulares que dimanen de la libertad contractual. Y es claro que cuanto mayor sea el número de normas imperativas, menor será el espacio o ámbito de actuación conferido a los particulares para que puedan organizarse del modo que estimen más oportuno para sus intereses.

118. En todo caso, abogar (de *lege data* y de *lege ferenda*) por no reconocer a la junta de socios la condición de única vía para la adopción de acuerdos en las sociedades cerradas, no impide considerar que se trata de un procedimiento *conveniente* para la formación de la voluntad colectiva. Así lo subraya la Guía de buenas prácticas de las sociedades *por quotas* portuguesa, de cuyo estudio trae causa este trabajo. En concreto, dicha Guía recomienda que, siempre que sea posible, los socios adopten sus acuerdos en asamblea general (convocada o universal), aprovechando las virtudes de la colegialidad. Ahora bien, las recomendaciones son meros consejos que pueden cumplirse o no. Y tratándose de sociedades cerradas integradas por un reducido número de socios, prescindir de la junta no ha de significar inexorablemente la renuncia a una deliberación previa sobre los asuntos a adoptar. Aunque no se celebre junta alguna (ni presencial ni virtual), las nuevas tecnologías ofrecen a los socios la posibilidad de contactar entre sí y contrastar sus distintos pareceres previamente a la emisión de sus votos. Por consiguiente, son los propios socios (y no la doctrina ni el legislador) quienes están en mejores condiciones para determinar en cada caso si la junta es o no el mecanismo más *conveniente* para la formación de la voluntad social. En esto, como en tantas otras materias de las sociedades cerradas, es necesario huir del *perjuicio paternalista* (PAZ-ARES), conducente a desconfiar del principio *volenti non fit iniuria* y a presuponer que los acuerdos a los que llegan los socios no suelen conducir a soluciones equilibradas¹³⁴.

¹³⁴ C. PAZ-ARES, “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho...”, *cit.*, pp. 180 y ss. Es cierto que el reconocimiento de un amplio papel a la autonomía de la voluntad de los socios, mediante una clara apuesta por la flexibilización de los procesos de adopción de acuerdos como la que aquí se propone para las sociedades cerradas, quizá provoque un mayor número de conflictos jurídicos que, finalmente, terminarán dilucidándose ante los tribunales de justicia, pues un sistema de amplia autonomía y libertad se muestra siempre más propicio a actuaciones oportunistas. Pero, como señala PAZ-ARES en el trabajo precitado, “esto no debe ser motivo de inquietud o preocupación” por dos razones principales: “De una parte, porque la intervención notarial previa contiene la litigiosidad más banal y, de otra, porque el nivel óptimo de litigiosidad no es el nivel cero. Desde el punto de vista privado, la litigación es en muchos casos un mecanismo de regulación mejor que la previsión legal o contractual anticipada” (págs. 178 y 179).