

Consentimiento de los socios y adopción de acuerdos sociales por unanimidad

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se tratan en este documento, por un lado, la prohibición legal de que los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada requieran la unanimidad para la adopción de acuerdos en la junta general y, por otro, la exigencia de que concurra el consentimiento individual de todos (o de algunos) de los socios para la eficacia de determinados acuerdos sociales.

1. Planteamiento: unanimidad y mayoría en la adopción de acuerdos sociales

En términos generales cabe afirmar que la exigencia de unanimidad supone que para la adopción de una decisión colectiva resulta precisa la unidad de voluntad (de ánimo) de todos los llamados a adoptarla.

En el campo concreto de las sociedades hay determinadas decisiones cuya adopción compete a los socios. La exigencia de unanimidad puede entenderse entonces referida a la necesidad de que todos ellos se muestren conformes con una determinada decisión para que ésta pueda entenderse eficazmente adoptada. Ahora bien, en el ámbito específico de las sociedades de capital tratamos con entidades de estructura corporativa, lo que comporta que las decisiones necesarias para el desarrollo del contrato de sociedad y el funcionamiento de la propia

organización han de ser tomadas por órganos (esto es: existen competencias y funciones que vienen atribuidas a determinadas personas, quienes han de adoptar las decisiones que les incumben ajustándose a ciertas reglas procedimentales). En la particular técnica de las sociedades de capital las decisiones de los socios revisten la forma de acuerdos sociales, a cuya formación contribuyen las manifestaciones de voluntad (votos) de aquellos, expresadas en el seno de la junta general de conformidad con un procedimiento colegial. Las resoluciones y determinaciones adoptadas por los socios al margen de la junta (al igual que los convenios o pactos alcanzados por ellos fuera del órgano asambleario) no tienen por sí mismas el valor de acuerdos sociales; cuestión distinta es que, en la práctica, en ocasiones tales decisiones colectivas lleguen finalmente a formalizarse como si hubieran sido acuerdos efectivamente adoptados en junta (por lo demás, prescindimos en este momento de las discusiones sobre la posibilidad de prever estatutariamente la adopción de acuerdos por la junta “por escrito y sin sesión”). De ahí que, en este contexto, cuando se habla de unanimidad se habla, en rigor, de *acuerdos* adoptados de forma unánime en el seno de la junta; y a este referente (el acuerdo de la junta general) vincularemos nosotros en estas páginas los términos unánime y unanimidad.

Por ello, de ser legalmente admisible (lo que no sucede en nuestro sistema), la imposición estatutaria de la unanimidad se concretaría en la necesidad de que la voluntad de todos y cada uno de quienes asisten a la sesión del órgano (junta) sea coincidente. La hipotética regla podría tener entonces dos “grados” o “niveles” de exigencia. Cabría exigir simplemente la unanimidad en la junta, con lo que sería bastante, para estar en condiciones de alcanzar el acuerdo, que asistieran a ella socios que, de acuerdo con las normas generales, fueran titulares de una porción del capital suficiente para su constitución (si hay una exigencia de quórum) o para alcanzar el porcentaje de votos preciso para adoptar el acuerdo (resultando así irrelevante, a los efectos de considerarlo adoptado, la voluntad no concorde -incluso manifiesta- de los socios no participantes en la reunión). Pero cabría también -siempre hipotéticamente- exigir que el acuerdo se adopte con el voto favorable de *todos* los socios, lo que supondría, de manera indirecta, requerir la presencia de todos ellos en la reunión para que pudiera llegar a adoptarse el acuerdo correspondiente. En el primer caso, cualquier socio podría impedir la adopción del acuerdo acudiendo a la junta y votando en contra; en el segundo, le bastaría al socio con no asistir para obtener tal resultado.

Obsérvese que, en ambos casos, la adopción de un acuerdo unánime implica que todos los asistentes a la reunión (incluso si ésta es virtual, en la medida en que sea admisible) se habrán manifestado a través del voto a favor del acuerdo, de manera que éste no se entenderá adoptado si alguno de los socios participantes se abstiene, vota en blanco o si su voto resulta nulo (cabe descartar, por tanto, que pueda considerarse alcanzada la unanimidad por el mero hecho de que no haya votos “en contra” o “negativos”).

2. *La prohibición legal de que los estatutos exijan la unanimidad para la adopción por la junta de acuerdos sobre todos o algunos asuntos*

El régimen legal de las sociedades de capital establece que los acuerdos se adoptarán por mayoría y autoriza a los socios para que incluyan en los estatutos disposiciones que refuercen las mayorías legales. Sin embargo, como ya se ha apuntado, el artículo 200.1 de la Ley de Sociedades de Capital –dictando una norma directamente aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada, pero que habitualmente se entiende extrapolable a la sociedad anónima- limita el ámbito de libertad estatutaria y prohíbe que los estatutos lleguen a exigir la unanimidad para la adopción de acuerdos por la junta. Prohibición que alcanza, tanto a las previsiones que se limiten simplemente a exigir que el acuerdo sea unánime, como a las que requieran que el acuerdo se adopte en junta con el voto favorable de *todos* los socios (cfr. Res. DGRN de 15 de abril de 1991 [RJ 1991/3158]).

Generalmente se asume que la vigencia del principio mayoritario y la imposibilidad legal de desplazarlo convencionalmente -sustituyéndolo por la regla de la unanimidad- responden a dos órdenes de consideraciones. Desde el punto de vista dogmático se estima que la colegialidad resulta incompatible con la exigencia de que los acuerdos se adopten de forma unánime: si la toma de decisiones en el seno de la junta requiriera el voto favorable de todos los socios concurrentes no se podría hablar propiamente de la existencia de un órgano colegiado; y si requiriera el voto favorable de la totalidad de los socios resultaría difícil negar la posibilidad de que esa voluntad unánime **llegara a conformarse** válidamente también al margen de cualquier procedimiento reglado y de la propia junta, lo que supondría -en definitiva- reconocer la desaparición del órgano, al menos en lo relativo a las decisiones en cuestión. Por otra parte, desde una óptica funcional se considera que la regla de la mayoría constituye la regla más conveniente dadas las características del contrato de creación de una sociedad de capital (afirmación que no rige con la misma fuerza, en cambio, para las sociedades de personas en su configuración legal). En efecto, el contrato de sociedad se presenta típicamente como un contrato “incompleto” (debido a que genera una estructura destinada a permanecer en el tiempo y a que –sin duda en mayor medida que en otros negocios- resulta imposible -o inasumiblemente gravoso- prever y regular todas las vicisitudes que pueden llegar a verificarse). De ahí que se cree una “organización”, esto es, un conjunto de reglas que determinan básicamente cómo y quién debe tomar determinadas decisiones, tanto las referidas al objeto de la sociedad, como a la propia organización (incluida la modificación de las reglas aplicables). En este escenario, la regla de la mayoría se muestra como la más adecuada; exigir la unanimidad para la válida adopción de todos o algunos acuerdos supondría reconocer a cualquier socio una suerte de derecho de veto y paralización de los procesos de toma de decisiones, lo que se considera indeseable y pernicioso y, en principio, opuesto a la voluntad hipotética de los socios de una sociedad de capital (en esta línea, las Res. DGRN de 7 de octubre de 2013 [RJ 2013/7846] y 24 de octubre de 2017 [RJ 2017/6052] conciben el principio mayoritario como un “*criterio técnico de organización*” y afirman que no cabe “*hacer depender el funcionamiento institucional de la compañía de la voluntad de todos y cada uno de los socios*” porque ello

“contravendría un punto clave de la estructura y organización de las sociedades de capital” e “impediría la necesaria independencia orgánica y de funcionamiento entre éstos [los socios] y aquélla” [la sociedad].

A la vista de lo anterior resulta posible cuestionarse la *oportunidad* de la norma legal que prohíbe sin excepciones que los estatutos exijan la unanimidad para la adopción de determinados acuerdos; especialmente por lo que se refiere a las sociedades cerradas, en las que pueden confluír intereses legítimos (sobre todo de los minoritarios) que justifiquen apartarse –al menos para algunos asuntos- del principio mayoritario sin que ello haya de generar un riesgo desproporcionado para el correcto funcionamiento de la compañía (teniendo en cuenta, además, que, dada la habitualmente relevante presencia de caracteres “personalistas” en las sociedades cerradas, podría no resultar especialmente perturbadora la circunstancia de que ciertos acuerdos no se adopten siguiendo un procedimiento colegial y en una instancia de decisión diferente al colectivo o conjunto de los propios socios).

Sin embargo, no parece que *de lege lata* sea posible dudar, en el marco de la disciplina de las sociedades de capital, ni de la vigencia de la prohibición, ni del necesario carácter colegial de la junta general. Cuestión distinta es la de los límites o “confines” precisos de la referida prohibición, en relación con los cuales pueden formularse algunas observaciones complementarias:

- a) Son lícitas las cláusulas estatutarias sobre mayorías que, a la vista de la concreta distribución de las participaciones sociales (o acciones) de la compañía, aboquen *de facto* a la necesidad de unanimidad. En suma, que la situación fáctica en que se encuentre la sociedad pueda eventualmente conducir a la imposibilidad de adoptar acuerdos si la totalidad de los socios no votan en el mismo sentido no autoriza, por sí misma, a desconocer el contenido de los estatutos en relación con las mayorías necesarias (Res. DGRN de 19 de enero de 2017 [BOE núm. 32, de 7 de febrero] y 12 de febrero de 2018 [RJ 2018/506]; *vid.* también Res. DGRN de 29 de marzo de 2017 [RJ 2017/1401]). Así, se ha dicho en alguna ocasión que la valoración del correspondiente precepto estatutario debe efectuarse en abstracto, al margen de la situación fáctica en que se encuentre la compañía y de la forma en que esté distribuido el capital en un momento determinado (SAP Barcelona [15ª] de 29 de noviembre de 2019 [ECLI:ES:APB:2019:14025]). Todo ello sin perjuicio de que, si concurre efectivamente dicha situación de bloqueo, se estará ante una causa de disolución (art. 363.1.d LSC). La circunstancia de que se trate de situaciones no estructurales -puesto que pueden cambiar (por ejemplo, en la medida en que se produzcan transmisiones de participaciones o acciones)- y, sobre todo, la consideración de que esa exigencia fáctica de unanimidad puede perfectamente darse aun cuando rijan las mayorías legales, justifican esta postura.
- b) Diferente es el problema (que habrá de analizarse caso por caso en atención a las circunstancias concretas y a la prohibición del fraude de Ley) planteado por las cláusulas

estatutarias que, sin imponer directamente la unanimidad, fijan sin embargo mayorías muy elevadas que hacen prácticamente imposible o extremadamente difícil la adopción de acuerdos y atribuyen un verdadero “derecho de veto” a socios con participaciones mínimas (en algún caso se ha señalado –con fórmula tan plástica como poco precisa– que no serían admisibles disposiciones estatutarias que se sitúen en “los alrededores de la unanimidad”: Ress. DGRN de 13 de enero de 1994 [RJ 1994/237], 7 de octubre de 2013 [RJ 2013/7846] y 24 de octubre de 2017 [RJ 2017/6052]).

- c) La prohibición del artículo 200.1 de la Ley de Sociedades de Capital no se refiere directamente a la posibilidad de exigir estatutariamente un *quorum* de constitución del 100 por 100 del capital. Sin embargo, una cláusula con este contenido debe ser considerada ilícita cuando sólo hay una convocatoria (cfr. lo dicho un poco más adelante). No porque atente directamente contra el principio mayoritario o contradiga la idea de colegialidad (estrictamente no hace ninguna de estas dos cosas), sino porque una previsión de este tipo generaría la misma situación insostenible que una cláusula que requiriera la unanimidad o el consentimiento de todos los socios: atribuiría a cualquiera de ellos una suerte de “derecho de veto” que podría hacer efectivo con solo no asistir a las reuniones convocadas, de manera que quedaría en sus manos el funcionamiento de la sociedad. En coherencia con ello, parece admisible la cláusula incluida en los estatutos de una sociedad anónima que exija la concurrencia de todo el capital para la válida constitución de la junta en primera convocatoria dado que el riesgo de la eventual actuación obstructiva y abusiva de algún socio había de considerarse “menor” en la medida en que existe una segunda convocatoria en la que el *quorum* ha de ser inferior (Res. DGRN de 24 de octubre de 2017 [RJ 2017/6052]); siempre que este último no se sitúe, a su vez, tan cerca del 100 por 100 que lleve a considerarlo igualmente inadmisible. En todo caso, y en paralelo con lo apuntado previamente, cabe recordar que no serán ilícitas las disposiciones estatutarias que refuercen el *quorum* de constitución aun cuando, a la vista de la concreta distribución del capital social, ello suponga de hecho atribuir a alguno o algunos de los socios la posibilidad de bloquear el ordinario funcionamiento de la junta (cfr. STS de 12 de noviembre de 1987 [RJ 1987/8373]).

3. La necesidad de consentimiento individual de los socios

Nada de lo expuesto en torno al artículo 200.1 de la Ley de Sociedades de Capital implica desconocer que la propia Ley recoge supuestos en los que la eficacia de los acuerdos de la junta queda supeditada al consentimiento individual de todos los socios, de los socios afectados o de un “tipo” particular de socios.

En concreto, exigen el consentimiento de todos los socios los artículos 108.3, 296.2, 330, 333.5, 347.2, 348 bis.2, 351, 393.1. Obsérvese, de todas formas, que los arts. 330 y 333.5 se refieren, en rigor, a que se “acuerde” por unanimidad otra cosa, mientras que el art. 393.1 habla de “acuerdo unánime” de los socios, lo que, en una lectura estrictamente técnica y literal, podría enten-

derse como la exigencia de que se produjera una decisión unánime adoptada en el seno de la junta siguiendo el procedimiento correspondiente -convocatoria, constitución, deliberación, votación, proclamación de acuerdos, formalización...-; no obstante, y a pesar de las dudas que se suscitan, a mi juicio la interpretación preferible pasa por entender que los preceptos mencionados pretenden requerir más bien -como los restantes que se han citado junto a ellos- el consentimiento de cada uno de los socios sin necesidad de que se éste se exprese en el seno de la junta (creo que no son concluyentes a este respecto las Res. DGRN de 21 de mayo de 1999 [RJ 1999/4187], 30 de julio de 2015 [RJ 2015/4248] y 16 de mayo de 2018 [RJ 2018/2493]).

Por su parte, los artículos 89.1, 291, 292 y 329 de la Ley de Sociedades de Capital (este último precepto en lo que se refiere a la sociedad de responsabilidad limitada) supeditan la eficacia del acuerdo en cuestión al consentimiento de los socios afectados por él (que, en el límite, pueden ser todos). E incluso, en alguna ocasión, se subordina dicha eficacia a la aquiescencia de determinados “tipos” de socios (art. 294 LSC).

Como se ha apuntado, en los supuestos indicados y con independencia de lo que dispongan los estatutos en cuanto a las mayorías precisas para adoptar el acuerdo en cuestión, la eficacia de éste requerirá del consentimiento individual de todos y cada uno de los socios o de algunos de ellos. En términos generales puede decirse que cuando se exige la aquiescencia individual de los socios es porque se trata de acuerdos sobre asuntos que, según la Ley, exceden del ámbito propio de competencia de la junta general como órgano (límite “rígido” que opera con independencia del concreto contenido del acuerdo) o, alternativamente, porque se infringe el principio de paridad de trato (límite “flexible” -dado que resulta preciso valorar el contenido del acuerdo para comprobar si la decisión que, en abstracto, cabe adoptar por mayoría, es efectivamente lícita- cuya vigencia no impide considerar válidos los acuerdos que comportan trato desigual si son consentidos por los afectados). De conformidad con el régimen de las sociedades de capital los socios aceptan que las decisiones adoptadas mayoritariamente en la junta (los acuerdos) les afecten incluso contra su voluntad, pero sólo en determinados asuntos y si no se produce un trato discriminatorio. De ahí que, cuando se supera el ámbito de decisión atribuido por los estatutos o la Ley a este órgano, sus acuerdos no pueden ser eficaces sin que concurra la voluntad conforme de los socios (de todos o de algunos de ellos, según sea el caso).

Obsérvese que el consentimiento de los socios se presta o se niega en atención, precisamente, a dicha condición de socio. El voto en la junta general (a favor o en contra de la propuesta formulada) se emite en atención a la condición de miembro asistente. El voto integra el acuerdo social, cosa que no sucede con el consentimiento individual del socio.

Del hecho de que el consentimiento individual requerido por la Ley en relación con determinados asuntos no sea un voto deriva un importante conjunto de consecuencias. Sin ánimo de exhaustividad pueden mencionarse algunas. Piénsese, por ejemplo, que la eficacia del consentimiento no depende de que se emita en el marco de la reunión del órgano y de conformidad

con un procedimiento colegial (repárese en la diferencia con el voto a distancia), de tal forma que, aun cuando podría manifestarse durante la celebración de la reunión, puede prestarse igualmente al margen de la junta general (Res. DGRN de 4 de diciembre de 2017; cfr. arts. 158.3, 195.2, 204.2, 207.2, 166.3 y 198.3 RRM). O nótese que exigir el consentimiento individual de todos los socios no implica al mismo tiempo requerir la unanimidad en la adopción del acuerdo, dado que es concebible que socios que votaron en blanco o se abstuvieron puedan luego, a pesar de ello, consentir el acuerdo que finalmente se adoptó. O, en fin, recuérdese, por ejemplo, que para cumplir con la exigencia legal resulta preciso que concorra también el consentimiento de los socios sin derecho de voto y que para la válida emisión del consentimiento por representante no rigen las reglas legales o estatutarias sobre la representación en la junta general.

4. *¿Pueden los estatutos exigir el consentimiento individual de todos o algunos de los socios para la eficacia de determinados acuerdos de la junta?*

Se ha defendido muy autorizadamente que la prohibición del artículo 200.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto norma inderogable de funcionamiento de la junta (Res. DGRN de 7 de octubre de 2013 [RJ 2013/7846]), se circunscribe a los acuerdos sociales. No cabe, en efecto, sustituir la regla de la mayoría por la de la unanimidad para la adopción de algunos o todos los acuerdos de la junta general. Pero ello no impediría -según la tesis referida- introducir en los estatutos reglas que supediten la eficacia de determinados acuerdos al consentimiento de todos los socios (o al de algunos de ellos) concediéndoles así una suerte de derecho de veto. Esto -de conformidad con la opinión señalada- supondría, en realidad, privar estatutariamente a la junta de la competencia exclusiva para decidir (siempre por mayoría) sobre ciertos asuntos, lo que no infringiría ninguna norma imperativa y, en concreto, el referido artículo 200.1: se estaría, en rigor, limitando en estatutos -esto es, por voluntad de los socios- las facultades de la junta mediante la exigencia de la "autorización" de cada uno de los socios -o de algunos de ellos- para la validez de los acuerdos adoptados en aquel órgano. La argumentación referida, que hemos apenas esbozado en sus puntos básicos, resulta sin duda inteligente y atractiva, pero, en mi opinión, no resulta absolutamente convincente (sin entrar ahora a valorar las posibilidades de que sea compartida en sede de calificación registral ni otros pormenores, como la necesidad o no de que semejante previsión estatutaria -de ser admisible- fuera a su vez introducida con el consentimiento de todos los socios).

Desde luego, como se ha señalado previamente, podría convenirse en que la obtención del consentimiento de todos los socios no exige una votación unánime en junta (basta con que no haya votos en contra; pero podría haber votos en blanco, nulos o abstenciones), ya que dicho consentimiento puede otorgarse -según se apuntó más arriba- al margen de la reunión. Por tanto, desde esta perspectiva, el referido artículo 200.1 no supondría un obstáculo. El problema se encuentra, según creo, en otro lugar: como hemos visto el artículo 200.1 de la Ley de Sociedades de Capital no impide sólo que los estatutos exijan un acuerdo unánime como norma de funcionamiento de la junta. En rigor, su lectura y conexión con los artículos

precedentes demuestran que también pretende prohibir que la exigencia de unanimidad vaya referida a todos los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Lo que la Ley quiere evitar es que los estatutos puedan atribuir discrecionalmente un derecho de veto a todos y cada uno de los socios (SAP Barcelona [15ª] de 29 de noviembre de 2019 [ECLI:ES:APB:2019:14025]) o, incluso, a algunos de ellos. Y si los estatutos no pueden exigir esto tampoco pueden exigir (porque sería materialmente lo mismo: se atribuiría un derecho de veto a todos o algunos de los socios) el consentimiento individual de todos y cada uno de los socios (o de algunos) para la eficacia de determinados acuerdos (por mucho que sean técnicamente diferentes la naturaleza de la declaración de voluntad en que consiste el voto emitido en la junta y la de la manifestación de consentimiento del acuerdo prestado al margen de ella).

Dicho en otros términos: la prohibición legal de la unanimidad impide, a mi juicio, que los estatutos puedan supeditar al consentimiento individual de todos los socios (o, incluso, al de algunos de ellos) la validez y la eficacia de los acuerdos adoptados en junta general sobre aquellas materias respecto a las que la Ley ha atribuido plenas competencias decisorias a dicho órgano. La imperatividad de la norma excluye del ámbito de disposición estatutario la posibilidad de prever, al margen de los supuestos legales, hipótesis en las que será necesario el consentimiento individual de los socios, de tal modo que la Ley genera así un ámbito competencial intangible para la junta en cuanto órgano colegiado. Cuestión diferente es lo que se piense sobre la oportunidad y la conveniencia de semejante restricción.