

## ***LAS ESTRUCTURAS ORGÁNICAS DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y LA TECNOLOGÍA***

*María Celia Marsili  
Enrique A. Peláez*

**SUMARIO:** Es necesario introducir en la Ley de Sociedades normas que posibiliten la adopción de decisiones en el directorio, prescindiendo de la presencia física, en sentido clásico, y estableciendo los recaudos que aseguren el funcionamiento razonable del órgano y la protección de los derechos de terceros.

### **I. Introducción.**

El VII Congreso Argentino de Derecho Societario propone como tema genérico convocante el de “LA SOCIEDAD COMERCIAL ANTE EL TERCER MILENIO”. Hemos juzgado pertinente, por tanto, encarar una temática íntimamente vinculada a los tiempos por venir, si bien en su operativa ya se encuentra planteada hoy en día.

Se ha dicho que la libertad no consiste en elegir entre las posibilidades que se nos ofrecen sino en inventar una posibilidad que no fue prevista por el orden establecido.<sup>1</sup>

El problema ético esencial que se presentará en adelante, consiste en establecer qué tareas en una época y circunstancias concretas debemos emprender para afianzar la libertad y construir un futuro mejor. Estas cuestiones son especialmente válidas en lo que respecta al diseño del funcionamiento y encuadre de las situaciones que tienen particular influencia en el funcionamiento institucional de un país. Por supuesto, ello no escapa a la consideración de la armazón de aquéllas figuras que operan como el marco legal institucional del tema que nos ocupa: la sociedad comercial como forma jurídica de la empresa. Empresa y sociedad, tema que debe ser recreado en las postrimerías del siglo y del milenio y que nos desafía a construir nuevos modelos.

Esta recreación se ampara en ciertas premisas contemporáneas. Ellas son: la organización empresaria como motor ideal de las actividades ya no sólo de naturaleza comercial, productiva o de servicios con las cuales se la vinculó desde su origen, sino que ha contagiado y teñido con su carácter expansivo a otras actividades que parecían en principio reñidas con aquél concepto funcional, como las artísticas, carentes de fines de lucro, benéficas, etc. La segunda premisa conduce a la elección de las formas asociativas, como marco ideal formal para el desarrollo de las actividades que se organizan empresarialmente.

Por su parte, el fenómeno de la globalización se ha instalado con aspiración de permanencia en la realidad contemporánea. Sus efectos conmueven los diversos ámbitos de la actividades humanas. El campo de la actividad económica es particularmente sensible a su influencia. Acertadamente se ha señalado, en particular referencia a los sujetos societarios, que hubo tiempos en que una nación podía confortablemente confinar su regulación a la protección de los accionistas y a la

promoción de un manejo eficiente de las compañías sujetas a sus leyes, un tiempo, en que las sociedades operaban como entidades económicas independientes. Sin embargo, en el presente, cuando tantas empresas se han convertido en globalizadas, el límite entre los conceptos sociológicos y económicos de la empresa y su concepto legal, frecuentemente se pierde y ningún concepto legal nuevo ha aparecido todavía que se corresponda con el concepto económico de la empresa globalizada, y este problema debe ser resuelto.<sup>2</sup>

Así las cosas, ante la notable fuerza expansiva de la sociedad comercial, preciso es definir cómo influyen en su funcionamiento los fenómenos propios de las últimas décadas y hasta que punto pueden éstos alterar las pautas básicas que las legislaciones han creado para hacer posible su funcionamiento, con cuidado de proteger los intereses de todos aquéllos que se vinculan al sujeto societario

Es nuestra convicción que no podemos pensar el futuro con los mismo términos que sirven para definir el presente, sobre todo en estos tiempos de cambios profundos y vertiginosos en que “el futuro no es ya lo que solía ser”.<sup>3</sup> Nuestra colaboración en este Congreso está orientada, justamente, a la redefinición de ciertos conceptos e institutos tradicionalmente incorporados a nuestro marco legal con el sentido no de una mera adaptación al fenómeno tecnológico sino como una expresión de una concepción nueva y diferente.

## ***II. El modo de actuación de la sociedad comercial***

Concebida originariamente para operar como el recurso técnico para un sustrato pluripersonal, los ordenamientos legales crearon las estructuras destinadas a regir la actuación de las sociedades comerciales. En la elaboración del encuadre doctrinario destinado a dotar de “naturaleza jurídica” a dichos modos de actuación, toma cuerpo la teoría del órgano. Así, las personas jurídicas expresan su voluntad por intermedio de sus órganos que configuran el vehículo, instrumento o trámite por medio del cual se expresa la voluntad del ente social que actúa directamente y en nombre propio.<sup>4</sup> Se ha dicho que el órgano comprende el cúmulo de funciones individualizadas y la o las de las personas llamadas a ejercerlas, que son el elemento que le da vida, voluntad, acción.<sup>5</sup>

Para reglar este peculiar modo de actuación, las legislaciones establecieron los requisitos de funcionamiento de los órganos, que comprenden recaudos de tipo formal y otros sustanciales. Como se sabe, este modo de actuación es diferente según el tipo de sociedad de que se trate. Pero, en general, puede decirse que el modo de actuación descansa sobre la estructura de los órganos, con funciones diferenciadas que responden a los objetivos particulares de cada uno de ellos.

El tratamiento tradicional para estos órganos contempla su estructura pluripersonal (así como la de la sociedad) lo que conduce a su caracterización en el universo de los actos, si bien unilaterales, subjetivamente complejos, características estas que configuran el denominado acto colegiado.<sup>6</sup> El acto colegiado se corporiza en la conducta de quienes en él participan mediante la deliberación, que consiste en considerar el pro y el contra de las decisiones antes de emitir las; de estas consideraciones surge la decisión o resolución. La doctrina ha sostenido que si bien la distinción entre resolución y deliberación existe, sólo tiene una importan-

cia teórica ya que la deliberación no tienen relevancia autónoma en el sentido de originar resultados jurídicos por sí misma, sino sólo en tanto se concrete en una resolución final. Es fundamental, en este sentido, la vigencia del principio mayoritario en virtud del cual la decisión de la mayoría se atribuye al propio órgano. La vigencia del principio mayoritario es incompatible con la concepción que apunta a la fusión de voluntades en el acto deliberativo y ello tiene por efecto que una voluntad viciada no invalida por sí sola la deliberación si la mayoría subsiste igualmente, aún cuando dicho voto no se considere.

La presencia de todos los recaudos previstos en la preceptiva societaria para el funcionamiento de los órganos del sujeto de derecho, para que los actos le sean imputados a éste es insoslayable y no puede ser sustituido por otros modos de actuación, aún cuando de ellos pudiere resultar que existe una mayoría configurada por los integrantes de la sociedad, pero que no se ha expresado en el marco del sistema orgánico previsto legalmente. Así, convocatoria válida, deliberación, votación y resolución formal deben operarse para que ésta última tenga plena validez. Estos recaudos que resultan del marco legal, encuentran respaldo doctrinario y han merecido aplicación jurisprudencial.<sup>7</sup>

### ***III. Cuestiones que presenta el funcionamiento de los órganos societarios ante las nuevas realidades económicas y sociológicas***

El funcionamiento de los órganos dentro de los parámetros aquí reseñados, en tanto opera la atribución de los actos al sujeto de derecho, configura un matiz de la personalidad jurídica y ha de considerarse estructural. En tal sentido, somos de opinión que el establecimiento de recaudos especiales para la plena validez del acto es esencial para el adecuado funcionamiento de una estructura que carece de equivalencia en el mundo real y pertenece a la creación jurídica, siendo, por tanto, las normas los artífices de su existencia. Así las cosas, sin embargo, cabe preguntarse si las estrictas pautas operativas previstas en las normativas societarias deben mantenerse tal y como fueron concebidas originariamente en los códigos y legislaciones del siglo XIX y en su recreación en las normativas del siglo XX. Si bien estas últimas adhirieron a la teoría organicista y regularon con acierto el funcionamiento y recaudos exigidos para los cuerpos encargados del gobierno y administración de las sociedades, no puede ignorarse, menos aún en una materia de la dinámica de la mercantil empresaria, que los profundos cambios, sobre todo en el ámbito tecnológico, producidos en los finales del segundo milenio, no pueden dejarse de lado a la hora de reflexionar sobre el funcionamiento societario.

También deben ser tenidos en cuenta los modelos de conducta impuestos por la vida empresaria que, generalmente, traducen un espíritu orientado a la practicidad, celeridad e informalidad, criterios éstos cuya necesidad se presenta cada vez más acuciante en los negocios globalizados.

Nuestra legislación no ha previsto mecanismos idóneos para la satisfacción de estos criterios. Fundamentalmente, porque parte del concepto clásico de reunión, es decir varias personas que coexisten físicamente en un mismo lugar. Resta por determinar, si es posible dentro de las normas de nuestra ley de sociedades comerciales admitir las decisiones del sujeto, prescindiendo de la presencia física y simultánea

nea de los integrantes del órgano social y si es conveniente introducir normas especiales para dichos supuestos que instrumenten recaudos para permitir y legitimar un funcionamiento ajeno a los supuestos que dieron lugar a las reglas actuales.

Es cuestión a resolver si aquéllas reuniones que se realizan mediante el método tecnológicamente más simple como es la teleconferencia u otros medios técnicos más complejos, pueden considerarse asimilables a las reuniones en que los participantes están presentes.

Para el planteo de la cuestión que proponemos, habremos de ceñirnos exclusivamente al órgano de administración de la Sociedad Anónima, es decir, al Directorio. En el caso de los restantes tipos societarios los órganos de gobierno y de administración podrían en principio sesionar válidamente utilizando las nuevas tecnologías, siempre y cuando, así lo autorice su contrato social.

Dentro de la Sociedad Anónima, cabe excluir a la Asamblea porque ésta congrega en general, un mayor número de personas y ello dificulta la aplicación práctica de nuevas tecnologías a su funcionamiento; se reúne esporádicamente y además, el accionista tiene la posibilidad, en caso que de no poder asistir, de otorgar poder en favor de otra persona para que lo represente en la asamblea a fin de ejercer sus derechos. (art. 239 L.S.) Contrariamente, las reuniones de directorio deben celebrarse cuanto menos cada 3 meses (exigencia formal prevista por el art. 267 L.S.); y el cargo de Director es, según la ley, personal e indelegable, permitiéndose únicamente el voto por correspondencia, en tanto exista quórum suficiente (Art. 266).

#### ***IV. Conceptos tradicionales afectados por las nuevas modalidades de actuación. (presencia, reunión, quórum)***

Como ha quedado de manifiesto, la aplicación de nuevas tecnologías a las reuniones de Directorio importa la alteración del clásico concepto de “presencia” que hasta ahora operó como antecedente necesario de la regulación del funcionamiento de los órganos societarios.<sup>8</sup>

La clásica definición de presencia remite a la “asistencia personal o estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas.”<sup>9</sup>

Esta situación impone replantear si las normas elaboradas con la antedicha noción son suficientemente abarcativas para permitir el funcionamiento orgánico con arreglo a las técnicas de segura utilización futura.

Es cierto que la razonable interpretación de los esquemas legales impone que el concepto de presencia se interprete en forma amplia (así como ocurre en materia contractual con los negocios celebrados por teléfono que se consideran como celebrados entre presentes, dada la inmediatez de oferta y aceptación), mas, cabe preguntarse en el caso de las reuniones si es admisible una interpretación similar.

Por empezar ha de tomarse en consideración la exigencia de la deliberación ya que es este un elemento indispensable para la validez de las decisiones. Desde este punto de vista, la participación mediante medios electrónicos no significaría una limitación, en tanto todos los participantes puedan escucharse entre sí, aún cuando no puedan verse. En realidad, ni siquiera sería indispensable poder escucharse, tal como ocurriría con otros medios electrónicos en los que la participación

se produce a través de una computadora y un monitor, en el cual se puede ver simultáneamente, en tiempo real, lo que cada uno de los participantes de la reunión escriben en el teclado de su computadora. Aún en este último caso podemos afirmar que existe deliberación. Restaría tan solo, cerciorarse por los medios técnicos de validación, que quienes participan de la reunión de tal forma son aquellos que están habilitados para hacerlo.

Desde un punto de vista clásico, el concepto de reunión llevaba implícito el concepto de presencia física, de coexistencia en un espacio físico determinado. Evidentemente, ello no es estrictamente lo que sucede con la participación mediante medios electrónicos. Pero si bien no se encuentran los participantes físicamente congregados en un mismo lugar, pueden en el caso específico del Directorio, desarrollar el objeto de la reunión, es decir intercambiar ideas para adoptar decisiones, en el caso específico de las reuniones de directorio.

El último de los conceptos afectados es el de Quórum “numero mínimo de participantes para que un cuerpo colegiado pueda sesionar válidamente<sup>10</sup>. Para formar quórum, se parte también del concepto clásico de presencia, requiriéndose, por lo tanto, un número determinado de personas que se encuentren físicamente presentes para que un órgano colegiado pueda sesionar. Por tal razón, el cambio de enfoque sobre el concepto de presencia, debería ser suficiente para superar la cuestión planteada.

## ***V. Insuficiencia de las normas argentinas vigentes***

Así las cosas, cabe establecer los alcances de la legislación vigente en orden a admitir la subsunción de las situaciones que puedan presentarse ante el funcionamiento del órgano de administración de las S.A. con las modalidades descriptas.

Si bien no existe una norma expresa que disponga la necesidad de la presencia física de los Directores en las reuniones, no podemos ignorar que esta ha sido la intención del legislador que surge de una interpretación integral y armónica de las normas de la ley, entre las cuales podemos mencionar los artículos 73<sup>11</sup>, 260<sup>12</sup>, 266<sup>13</sup>, 267<sup>14</sup> y 274<sup>15</sup>.

Aún cuando el artículo 260 ya citado, establece que el estatuto debe reglamentar la constitución y funcionamiento del directorio, entendemos que tal potestad no alcanza para organizar un régimen convencional al que pueda dotarse de efectos como los que suelen resultar de las decisiones del órgano de administración, sin el respaldo de un encuadre normativo previsto para la situación de que se trata.

## ***VI. Soluciones del derecho extranjero, especialmente de los Estados Unidos***

En Derecho Comparado, no es casualidad que sea Estados Unidos quien tenga el mayor desarrollo en la materia, debido precisamente al gran avance tecnológico de sus empresas.

La Model Business Corporation Act<sup>16</sup>, que fuera seguida por la mayoría de los Estados<sup>17</sup> establece que, salvo cláusula en contrario del estatuto o contrato social, el directorio podrá permitir a alguno o a todos los directores participar en las re-

uniones ordinarias o especiales del Directorio por cualquier medio de comunicación, siempre y cuando todos los directores puedan escucharse simultáneamente entre sí, considerándose en tal caso que el Director estuvo físicamente presente.

La legislación del estado de California<sup>18</sup> incluye, además de la posibilidad de participar de la reunión de directorio por conferencia telefónica, la regulación de la participación a través de comunicación electrónica de monitor de video, y otros equipos de comunicación. Para el primer supuesto, requiere que todos los participantes puedan escucharse entre sí, en tanto, para los dos últimos exige que cada participante de la reunión pueda comunicarse con todos los restantes miembros en forma concurrente o simultánea, y que cada miembro sea provisto de los medios de participar en todas las cuestiones planteadas al Directorio, pudiendo proponer u objetar decisiones a adoptarse. Asimismo, la sociedad deberá implementar aquellos medios necesarios para verificar que la persona participante de la reunión sea un director u otra persona con derecho a participar en la reunión y que todas las resoluciones del directorio, así como los votos emitidos en la reunión corresponden efectivamente a directores de la sociedad.

Otros ejemplos fuera de Estados Unidos, son las legislaciones de Canada y Barbados<sup>19</sup> y el proyecto de reforma a la legislación societaria de Australia<sup>20</sup>.

## ***VII. Nuestra propuesta***

La admisión de las decisiones del Directorio adoptadas con utilización de los nuevos medios tecnológicos exige la previsión de recaudos específicos propios para que el modo empleado no afecte su validez intrínseca y plenitud de efectos.

En consecuencia, y a fin de que ello se acepte en nuestro medio, consideramos necesario incorporar a continuación del texto del artículo 260 de la ley de Sociedades Comerciales una disposición expresa que admita la posibilidad de participar en las reuniones de directorio por medios electrónicos, en tanto dicho medio permita que todos los participantes puedan escucharse entre sí, debiendo en tal caso, considerarse al Director como presente a todos los efectos previstos en la ley.

Asimismo, sería necesario adaptar a la nueva modalidad la instrumentación de las reuniones del Directorio, mediante la modificación en la parte correspondiente de la actual redacción del art. 73. Debería preverse en orden a captar los supuestos considerados y garantizar la legitimidad del acto, la integración del acta con la conformidad por parte de los Directores que no estuvieron físicamente presentes. Dicha conformidad podría ser expresada por fax u otros medios electrónicos que garanticen su autenticidad y agregarse su copia al acta.

<sup>1</sup> Scavino, Dardo “¿ Qué harán los hombres con su libertad?” en “Argentina en el tercer milenio”, pag. 527 De. Atlántida Bs. As. 1997.

<sup>2</sup> Goddard, David “Convergence in Corporations law. Towards a facilitative model”. Informe general en el Coloquio de la International Association of legal science celebrado en UADE, Bs. As. 1995.

<sup>3</sup> Ward, Ralph 21st. Century Corporate Board, pag. 261. Ed. John Wiley and sons. New York 1997.

<sup>4</sup> Sayagués Laso Enrique. “Tratado de Derecho administrativo”, pag. 180. Montevideo 1953

<sup>5</sup> Fontanarrosa, Rodolfo O. “Derecho Comercial Argentino”, pag. 329. De. Zavalía. Bs.As. 1956.

<sup>6</sup> Conforme la clásica caracterización de Betti, Emilio “Teoría general del negocio jurídico”, pags. 222 a 224. Madrid

<sup>7</sup> CNCom., Sala A, octubre 27-978. Graña, Geremías c. Viedma S.R.L. y otro. E.D. T 82 p. 376.

- <sup>8</sup> Tradicionalmente se ha considerado a los actos de los órganos como actos entre presentes, reunidos en un mismo lugar y un mismo momento Verón, Alberto Sociedades Comerciales Ley 19.550, T. III, p. 682, ver especialmente nota 41. Editorial Astrea Buenos Aires. 1994..
- <sup>9</sup> Diccionario de la Real Academia Española
- <sup>10</sup> Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. El Derecho en Disco Laser Edición 1996.
- <sup>11</sup> “Art. 73 Deberá labrarse en libro especial, con las formalidades de los libros de comercio, acta de las deliberaciones de los órganos colegiados. Las actas del directorio serán firmadas por los asistentes. Las actas de las asambleas de las sociedades por acciones serán confeccionadas y firmadas dentro de los cinco (5) días, por el presidente y los socios designados al efecto.” La asistencia es la acción y efecto de concurrir a determinado sitio o lugar, según el Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. El Derecho en Disco Laser Edición 1996.
- <sup>12</sup> “Art. 260 Funcionamiento. El estatuto debe reglamentar la constitución y funcionamiento del directorio. El quórum no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de sus integrantes.”
- <sup>13</sup> “Art. 266. Carácter personal del cargo. El cargo de director es personal e indelegable. Los directores no podrán votar por correspondencia, pero en caso de ausencia podrán autorizar a otro director a hacerlo en su nombre, si existiera quórum. Su responsabilidad será la de los directores presentes.”
- <sup>14</sup> “Art. 267. Directorio: reuniones; convocatoria. El directorio se reunirá, por lo menos, una vez cada (3) meses, salvo que el estatuto exigiere mayor número de reuniones, sin perjuicio de las que se pudieren celebrar por pedido de cualquier director...”
- <sup>15</sup> “274. Mal desempeño del cargo... 2do. párrafo. Exención de responsabilidad. Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.”
- <sup>16</sup> Subchapter B – Meetings and Action of The Board. Paragraph 8.20 Meetings. Según extracto contenido en “The Law of Corporations, Partnerships, and Sole Proprietorships” Second Edition 1997. Angela Schneeman. Lawyers Cooperative Publishing.
- <sup>17</sup> Un ejemplo es el estado de Nueva York que lo incluye en su Business Corporation Act, Paragrah 708 y el estado de Delaware en la General Corporation Law Section 8, paragraph 141 (i).
- <sup>18</sup> California Corporation Code Chapter 3, Section. 307, paragraph (6) Fuente: Internet
- <sup>19</sup> La Canada Bussiness Corporation Act prevé la participación telefónica u otros medios de comunicación en las reuniones del Directorio, siempre y cuando todos los directores lo consientan y en tanto el medio utilizado permita que todos los partícipes de la reunión puedan escucharse entre sí. En ese caso, el director será considerado presente en la reunión. La ley de Corporations de Barbados también prevé un disposición similar a la Canadiense, requiriendose asimismo que todos los participantes de la reunión puedan escucharse entre sí.
- <sup>20</sup> Ley de reforma de la legislación Societaria de 1997, House of representatives. Division 2 – Director’s Meetings – Section 248D - Use of technology, prevé que las reuniones de Directorio pueden ser convocadas y pueden celebrarse usando cualquier tecnología consentida por todos los Directores. El consentimiento deberá ser fundado. Un director solo podrá retractar su conformidad, con una anticipación razonable a la reunión de directorio. Fuente: Internet