

## EL ESCRIBANO EN LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS

*Carlos A. Molina Sandoval*

### **PONENCIA:**

La presencia del escribano es motivo frecuente de conflicto en las asambleas de accionistas. La L.G.S. no establece la obligación del directorio o asamblea de aceptar su presencia. Algunas reglamentaciones administrativas imponen una multa por no permitir la presencia del escribano.

El estatuto (o incluso el reglamento) pueden reglamentar su presencia, estableciendo pautas que consideren convenientes para el buen orden del acto asambleario.

La participación del escribano hace a la buena fe y correcto funcionamiento de la asamblea.

No permitir su participación (sea porque no se lo deja ingresar al recinto donde se lleva a cabo la asamblea o porque se decide su retiro) no es una causal de impugnación o nulidad de la asamblea, más allá que puede ser tomado como *un elemento que –junto con otros- puede demostrar la mala fe de quienes no permitieron su presencia.*



### **I. Introducción**

El régimen societario reglamenta de manera detallada el funcionamiento de la asamblea de accionistas, pues se trata de un órgano (de gobierno) con importantes y complejas competencias, aun cuando existe cierta indefinición explícita (aunque no implícita) en las reales atribuciones que esta tiene en su vinculación con la sociedad.

La asamblea podrá ser ordinaria, extraordinaria, especial, unánime, etc., pero lo cierto es que todas las decisiones deben tomarse sobre la base de paráme-

tros que permitan un desarrollo ordenado<sup>1</sup>. La ley (y el mismo contrato social en forma subsidiaria) debieron idear un sistema legítimo y *estabilizador*<sup>2</sup> de toma de decisiones y que, en su sentido más intrínseco, no sea reñido con una cierta y obvia naturaleza humana.

Muchas son las funciones de la asamblea en su sentido genérico. Puede establecer el contenido del contrato social y delinear los lineamientos básicos del esquema organizativo, garantizar ciertos derechos sociales, pero lo más importante radica en la determinación -mediante designación o remoción- de la integración de los otros órganos societarios (administración, fiscalización, etc.). De ahí que se la suele denominar como “*órgao supremo da companhia*”<sup>3</sup>.

## II. Principio de mayoría

Desde sus inicios, la sociedad esta era una organización de personas, cuyo capital se hallaba dividido en acciones<sup>4</sup> (de características cartulares) y constituía el límite por el cual los socios asumían responsabilidad (responsabilidad limitada).

A la par de estos principios muy genéricos, comenzaron a elaborarse otros que hacen al correcto funcionamiento de la sociedad: entre ellos, el principio de la mayoría absoluta<sup>5</sup> (introducción lograda por la ley francesa del 24 de julio

<sup>1</sup> El valor de la deliberación asamblearia ha sido sintetizada excelentemente por FERRO LUZZI, Paola, *La conformità delle deliberazioni assemblearia lla legge all'atto costitutivo*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1.993, ristampa, p. 104.

<sup>2</sup> En la siempre clásica obra de Sena se señala que el principio mayoritario importa la presencia de una norma jurídica de matiz estabilizador (SENA, Giuseppe, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, Milano, 1961, p. 5).

<sup>3</sup> REQUIAO, Rubens, *Curso de direito comercial*, Saravia, Sao Paulo, 20ª edição, 1995, 2º vol., p. 155.

<sup>4</sup> En relación a la noción de acción se ha dicho “‘Azione’ è –como si visto- sia el documento che incorpora la partecipazione sociale, sia la stessapartecipazione. (...) L'azione costituis cel'imità di nissucna della partecipazione sociale, intesa quale insieme dei dirittie doblighicheessa atribuisce” DI SABATO, Franco, *Manuale delle società*, Utet, Torino, 1984, p. 263.

<sup>5</sup> Originariamente cada accionista tenía uno voto sin importar cuántas acciones poseyera y tenía que votar en persona, no pudiendo dar poder para hacerlo por él (LATIN, Norman D., *The law of corporations*, Mincola, New York, The Foundation Press, 1.971, second edition, p. 358). Se suele hacer referencia que la *votación per capita* estaba permitida en ciertos estatutos (1910 N.Y. Op. Att'y Gen. 406). Cfr. HENN, Harry G. - ALEXANDER, John R., *Law of Corporations and otehr Business Enterprises*, 3ª edic., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1.983, p. 364.

de 1867) que procura ingresar principios democráticos en la concepción de la sociedad anónima.

Puede afirmarse que el eje de funcionamiento y organización societario descansa hasta el presente en el *principio de la toma de decisión por mayorías*<sup>6</sup>. Tal principio durante mucho tiempo asimiló la asamblea de accionistas a un gobierno democrático, es decir, con un *pequeño parlamento*<sup>7</sup>. Significó la traslación del principio del sufragio universal a las asambleas societarias. La posibilidad de tomar las decisiones trascendentales de la vida societaria y elegir (democráticamente) a los miembros de los restantes órganos de la sociedad (administración, fiscalización). Esta afirmación, por supuesto, siempre se efectuó en lenguaje metafórico<sup>8</sup>.

Este principio, tan esencial o imprescindible para la estructura societaria, provoca en algunas situaciones perjuicios reiterados por la concentración de la mayoría por algunos accionistas. Ello así, porque, los votos no se distribuyen sólo por personas, sino que se tiene en cuenta la tenencia del capital social. Por ello, el esquema mayoritario se tradujo, en ciertas oportunidades, en inequidades para aquellos socios que no ostentan los votos necesarios a fin de contrarrestar este verdadero “poder” de la mayoría<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> “La decisione che la maggioranza, e gli amministratori che ne sono espressione, assumono in ordine alla gestione della società per azioni son soggette ad una serie di possibili controlli che tradizionalmente vengono distinti in “interni” ed “esterni” (JAEGER, Pier Giusto & DENOZZA, Francesco, *Appunti di diritto commerciale*, vol I (Impresa e società), terza edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 425).

<sup>7</sup> Aunque es común el vaticinio de la declinación del modelo democrático de la “sociedad per azioni” (CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell’impresa e competenze dell’assemblea nella società per azioni*, p. 1 y ss.).

<sup>8</sup> “Au, l’avere accennato alla distinzione tra combinazioni di attinevoli si ha una completa omogeneità di contenuti e combinazioni nelle quali trova applicazione il principio maggioritario, può far pensare che si sia passati a considerare la disciplina giuridica delle combinazioni, perché appunto l’applicazione del principio maggioritario in una determinata fattispecie è certamente funzione delle norme poste dall’ordinamento in quel caso” (SENA, *Il voto nell’assemblea della società per azioni*, p. 103).

<sup>9</sup> Señala Preite: “La nozione di abuso è quindi un’idea dottrinale, che non corrisponde ad una norma, ma pone un problema, traccia un itinerario di ricerca” (PREITE, Disiano, *L’ “abuso” della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*”, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1992, p. 2). En esta obra, a partir de la p. 78, también se habla de la función de la invalidez de la asamblea y del resarcimiento del daño.

### III. El caso “Madero”

Se trata de un caso de una asamblea de accionistas ordinaria en la que se impidió la presencia de un escribano público y en la que el ente de control impuso una multa a la sociedad por dicha circunstancia.

En el marco del acto asambleario, la accionista que convocó al escribano sometió a consideración de la asamblea la posibilidad de su participación, lo que fue denegado por mayoría de votos. El acto, igualmente, se realizó con la presencia de funcionarios del órgano de control y de otro escribano que había sido designado por la sociedad.

La asamblea no fue impugnada dentro de los tres meses de realizado el acto y la imposición de la multa se hizo de manera oficiosa por el órgano de control.

La Cámara Nacional interviniente revocó la imposición de la multa realizada por el órgano de control <sup>10</sup> y señaló que la “multa impuesta a una sociedad anónima por haber impedido la presencia de un escribano público en una asamblea general ordinaria debe revocarse si, en ocasión de celebrarse el acto, el accionista interesado sometió a consideración del ente la participación de tal profesional, el que decidió por mayoría de votos no habilitar su ingreso, y esa decisión fue consentida, pues en tales condiciones, la actuación oficiosa de la Inspección General de Justicia se advierte desmesurada y enderezada a defender un interés particular aparentemente renunciado por el propio interesado”.

La resolución es razonable por varias razones, pero especialmente porque el órgano de contralor actuó oficiosamente, se les permitió el ingreso del inspector a la asamblea como así también a otro escribano, designado por la misma sociedad.

### III. La presencia de escribanos

El art. 164 de la resolución IGJ 7/2015 señala que el impedimento u obstrucción total o parcial a la presencia o actuación del inspector designado en las asambleas y reuniones de directorio, como así también a la presencia de escribano público, taquígrafo, traductor o intérprete requerida a costa de cualquier accionista, harán pasibles a la sociedad y los directores o síndicos responsables, de hasta el máximo de la multa contemplada en los artículos 13 de la Ley N° 22.315 y 302, inciso 3, de la Ley N° 19.550, sin perjuicio, cuando corresponda, de la declaración de irregularidad e ineficacia del acto a los efectos administrativos.

---

<sup>10</sup> CNCom., Sala C, “Inspección General de Justicia c. Madero 702 S.A. s/ organismos externos”, expte. 2445/2018/CA 01, del 26/04/2018.

La disposición es clara: no existe obligación de la sociedad en permitir el ingreso de inspectores, escribanos, taquígrafos, traductores o intérpretes; pero sí existe facultad del órgano de contralor de imponer una multa por no permitir el ingreso de escribanos. La multa se puede imponer a la sociedad y a los directores y síndicos responsables.

#### **IV. El estatuto puede reglamentar la cuestión**

La L.G.S. guarda silencio sobre el ingreso de personas ajenas a la sociedad a la asamblea. El estatuto puede regular la cuestión conforme lo entienda conveniente. Incluso podría contemplarse en el reglamento. Es un derecho de autocomposición y de libertad societaria básica.

Puede establecer pautas, requisitos y otras cuestiones que permitan dicha participación. Y reglamentarlo de la manera que considere conveniente.

El órgano de contralor carece de facultades para observar una cláusula que establezca condiciones de admisibilidad o que la decisión del ingreso o no de un escribano u otro profesional deberá ser decidido por la asamblea.

Si el estatuto (o reglamento) señala como condiciones de ingreso puntuales, el órgano de control no podría imponer ninguna multa.

Si bien la participación de un notario en la asamblea hace a la buena fe del acto y especialmente a su transparencia, no puede obligarse a la sociedad (y a sus accionistas) a permitir el ingreso de personas ajenas a la sociedad. Más aún: en nuestra opinión, el órgano de control tendría facultades para imponer una multa por en caso de no permitir el ingreso de inspectores (o veedores), pero carece de potestad si se trata de la presencia de notarios.

A diferencia de un inspector o veedor (que es un empleado público), la presencia de un notario no puede ser impuesta por el órgano de contralor. Sería un exceso reglamentario que transgrede los límites constitucionales. La sociedad (e incluso los accionistas minoritarios) tienen acceso a otras herramientas prácticas que están validadas en el mismo régimen societario.

#### **IV. Ausencia de reglamentación**

Frente a la ausencia de previsiones en este sentido, cabe analizar cuál es el órgano competente para permitir o no el ingreso de un escribano a la asamblea.

Inicialmente, es el presidente del directorio que tiene facultades de ordenación de la asamblea<sup>11</sup>. Debe regular el acto, decidir su inicio y una serie de cuestiones necesarias para garantizar el correcto funcionamiento de la asamblea. Debe formular las mociones y organizar el sistema de votación.

Si el presidente, en representación de la sociedad, prohíbe el ingreso del escribano, el escribano no podrá oponerse a su decisión y cualquier acto que implique la permanencia en el lugar donde se desarrolla la asamblea podría importar el auxilio de las fuerzas públicas. El accionista que convocó al escribano podrá dejar protesta escrita no sólo en el inicio de la asamblea sino inclusive en el acta del escribano al que no se le permitió el ingreso.

Obviamente que si la asamblea decide tratar el tema puntualmente como una moción de orden y decide por mayorías el ingreso del escribano (o su no ingreso), el presidente ni ningún otro miembro podría oponerse a la decisión de la asamblea que es soberana en este punto. Eventualmente, el director o síndico que estuviere presente podría dejar constancia escrita de su opinión a los efectos de evitar ser condenados solidariamente por la imposición de la multa que impone la reglamentación societaria.

Siempre es aconsejable que se permita a la propia asamblea la discusión sobre el ingreso de notarios. Podría existir interés de otros accionistas que pese a no ser quienes convocaron al escribano a la asamblea, de que se deje constancia notarial de lo acontecido en la asamblea. El principio de mayoría es, pues, la regla que debe respetarse férreamente.

En esta moción de orden pueden votar todos los accionistas habilitados para ello. No existe conflicto de interés del accionista que convocó al escribano (art. 248, L.G.S.) ni de un director que previamente haya decidido el no ingreso (art. 241, L.G.S.).

La asamblea podría, incluso, decidir su ingreso para –por ejemplo- constatar la existencia de quórum y después requerirle al notario que se retire del recinto asambleario. La asamblea es soberana para permitir el ingreso, pero también para decidir su permanencia. Obviamente en este último caso (cuando se decide su retiro) también podría ser pasible de multa, ya que la reglamentación administrativa alude no sólo a impedimento u obstrucción total sino también “parcial”.

Cualquier decisión que impida u obstaculice la participación del escribano puede ser pasible de sanción.

---

<sup>11</sup> Profundizamos en MOLINA SANDOVAL, C.A., *Tratado de las asambleas*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2009, p. 456.

## **V. Se puede impugnar una asamblea en la que no se permitió la presencia del escribano**

El fallo en cuestión indujo que se verificó que la asamblea no había sido impugnada por la interesada (supuestamente quien convocó al escribano).

¿Quién tendría legitimación para impugnar una decisión asamblearia en la que no se permitió el ingreso de un escribano? Primeramente, debería ser cualquier accionista que haya votado en contra del ingreso del escribano. Obviamente, esta cuestión se debió tratar en el inicio de la asamblea y como moción de orden. Podría también hacerlo un director o síndico.

Pero si la cuestión no fue tratada (porque el presidente del directorio no permitió el ingreso), ¿cómo se puede impugnar una decisión que no fue objeto de decisión? Quizás en este caso, la impugnación pueda fundarse en la irregularidad del acto asambleario, pero no necesariamente en el no ingreso del escribano.

Como regla y salvo que el estatuto diga lo contrario, no permitir el ingreso de un escribano a la asamblea no es un acto susceptible de anular la decisión asamblearia completa (esto es, en cada uno de los puntos del orden del día discutidos y tratados).

Eventualmente, podrá ser un claro determinante de la conducta de los directores o de la mayoría o, incluso, un indicio de que el contenido del acta fue manipulado. Pero no se trata de un vicio del acto asambleario (formal o incluso sustancial) que permita anular la asamblea.

Si existen discusiones sobre los alcances de lo plasmado en el acta de asamblea o incluso de la veracidad de lo asentado, la imposibilidad de que el escribano tome nota del acto también serviría como un marco probatorio adicional.

## **VI. ¿Y si ya está designado otro escribano?**

Si la sociedad, los directores o incluso otro accionista requirió la presencia de otro escribano, es razonable entender que la presencia de dos escribanos no es necesaria. La asamblea podrá optar por uno sólo de ellos, impidiendo la participación del otro escribano.

El objetivo de la presencia de un notario es la constatación de lo acontecido en la asamblea. Este objetivo se cumple con cualquier escribano, independientemente de quien lo haya designado.

Igualmente, es importante analizar los límites de la manda notarial. El accionista, el directorio o quien convocó a asamblea podría haber limitado sus alcances. En la práctica se ha visto limitar la participación del profesional a la

constatación de quórum, de mayorías de cada punto del orden del día o, incluso, lugar y horarios de la asamblea.

El desarrollo del requerimiento notarial y los alcances del acto es fundamental para garantizar los objetivos de la presencia de dicho profesional.

En la práctica, si existen dos notarios intervinientes en el mismo acto asambleario difícilmente no dejen constancia de los mismos acontecimientos. En general, suelen formular un acta única que homogeneice su labor certificante.

## **VII. Grabación de la asamblea.**

La asamblea es, igualmente, soberana para decidir la grabación de la deliberación y decisión de la asamblea. La grabación puede decidirse incluso cuando existan escribanos que también dejen constancia del acto.

La grabación del acta en presencia del escribano (y decidida por todos los accionistas) pone en jaque muchas veces la labor del escribano que deberá ser especialmente cuidadoso de no omitir ningún detalle o cuestión relevante que pudiera afectar la veracidad del acto asambleario.

Incluso, deberá recibir los escritos o notas en las que algún accionista disidente quisiera dejar constancia. Cuesta pensar en un acto notarial en el cual el escribano tenga como manda solamente certificar los dichos del requirente y no de otros accionistas o participantes del acto asambleario.