

LAS ASAMBLEAS EN SOCIEDADES ANÓNIMAS CERRADAS Y LAS TICS

POR MARÍA BLANCA GALIMBERTI Y
MARCELA M. ZABALETA

Sumario

Las asambleas de sociedades anónimas cerradas en las que los asistentes comparecen y votan por medios telemáticos o Tics serían válidas, con base en una interpretación integradora de la Ley de Sociedades, en tanto se acredite la legitimidad (i) del que asiste (ii) del contenido del voto. Existiendo dos vallas legales a solucionar a esos efectos: 1. La convocatoria por edictos, en las no unánimes, y 2. La firma del libro de asistencia por los accionistas “presentes”

El quórum está dado por todos los accionistas que están presentes, entendiéndose por presentes a aquéllos que intervienen o asisten al tiempo o momento que se está deliberando el orden del día de la asamblea que se trate. Sea ésta asistencia física o electrónica, simultánea o no.

Debiendo especificarse estatutariamente cuáles de los medios que proveen las TICs (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones) cumplen con los requisitos de legitimación reseñados en relación a esa sociedad en particular.

La Ley de Sociedades Comerciales debe actualizarse a los efectos de contemplar los usos y costumbres empresarios, la preponderante selección del tipo S.A. por parte de las pequeñas y medianas empresas y la problemática y necesidades de los accionistas de una S.A. cerrada con acciones nominativas y prohibición de emisión de acciones al portador.

Fundamentación

1. Planteo del tema

1.1. La aceleración de los tiempos y los cambios de paradigmas que se vienen receptando desde hace tiempo son cada

vez más pronunciados. La interconectividad y la información al instante hacen fluir más intensamente la participación de los diversos agentes en cada acontecimiento. Se rompen viejas estructuras y se conforman nuevas que se adaptan mejor a las mutantes circunstancias.

1.2. El derecho mercantil, en tanto categoría histórica¹, ha ido y continúa recepiendo –a veces, muy lentamente– los cambios tecnológicos operados en la vida cotidiana de la actividad empresaria y societaria.

En cuanto a las S.A. cotizantes, el Decreto 677/01 reconoció la validez de las reuniones de directorio celebradas por medios telemáticos o TICs².

Y en relación con las Asambleas, si bien reconoce la posibilidad de su previsión por Estatuto, la supedita a una futura reglamentación por parte de la CNV en relación con los medios y condiciones necesarios para otorgar seguridad y transparencia al acto. Reglamentación que no se ha dictado a la fecha.

En relación a las SRL, el artículo 159 LS prevé, ya desde la reforma del año 1983, la posibilidad de que las resoluciones sociales sean adoptadas sin necesidad de reunión presencial ni deliberación, a través de los mecanismos de consulta simultánea y declaración escrita. También, cuando en virtud de la magnitud de la SRL establece la obligatoriedad de la asamblea, indica la LS su convocatoria por medio de notificación personal u otro medio fehaciente (no por edictos).

Esta simplificación en relación con la adopción de resoluciones sociales se basó en las características del tipo, orientado a la pequeña y mediana empresa.

Aporta la ley, en este sentido, un criterio de realidad que merece destacarse frente al formalismo que persiste en relación con las Sociedades Anónimas cerradas.

¹ Conforme fuera definido por el maestro Isaac Halperin. *Curso de Derecho Comercial*, Volumen I.

² Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Incluye medios de comunicación de todo tipo (informática, telemática, multimedia, medios tradicionales y de comunicación social –teléfono, fax, sms–, y todo otro aquel que se encuentre en proceso de implementación o que se invente en el futuro).

1.3. La primacía de la realidad

1.3.1. Es un hecho a esta altura indiscutido que las Pymes –sean o no de familia– han elegido a la S.A. como estructura societaria preponderante.

Y el derecho comercial debe reconocer esta realidad empresarial, no forzando la adopción de otros tipos (SRL), sino dotando de elementos que permitan la adaptación de las normas de la S.A. a la Pyme, o S.A. cerrada.

La Ley 22.903 incluyó algunos avances en ese sentido (acciones escriturales, posibilidad de prescindencia de sindicatura, habilitación del voto del director en consideración de los EECC, etc.). Pero habiendo transcurrido 27 años desde su sanción, resulta imperiosa la adopción de nuevas soluciones que adapten el tipo S.A. cerrada –con acciones nominativas no endosables o escriturales– a las actuales necesidades.

No hace falta, a esos efectos, irse tan lejos: algunas soluciones pueden provenir de la aplicación de normas de la SRL³; otras ya han sido objeto de eficaz tratamiento en derecho comparado cercano al nacional.

1.3.2. En la práctica cotidiana actual de las SA cerradas o de familia los acuerdos se negocian y adoptan en forma previa a la asamblea, hoy en día con fluida utilización de las TICs.

Si hay acuerdo, las actas se pasan con formato de asamblea unánime, e incluso a veces se colectan las firmas con posterioridad (con coordinación, vía TIC).

Si no hay acuerdo, se fija en Directorio fecha de la asamblea –que también podrá ser negociada–, se cumple con la formalidad de la publicación de edictos y se comunica a los accionistas la convocatoria en forma personal, normalmente por e-mail.

Salvo mala fe en el marco de un conflicto societario, en el cual quien controle el directorio –no necesariamente la mayoría– quiera evitar la concurrencia de otro/s accionista/s a la asamblea. En tal caso, mediante la utilización del obsoleto mecanismo legal, se cumple con la formalidad de la convocatoria “pública”, a la vez que se la oculta a los verdaderos interesados.

³ En este sentido, coincidimos con Daniel Vitolo en tanto expresa que “... en la medida que el régimen típico de la SRL está dirigido a la pequeña y mediana empresa, muchas disposiciones son más adecuadas para las sociedades cerradas o “de familia” que las contenidas en el régimen de las S.A. bajo las normas de la Ley 19.550 (en “Necesaria flexibilización del régimen legal de las sociedades anónimas en el caso de Sociedades “de familia”, IJ-XIV-96, 10 de junio de 2004).

La jurisprudencia⁴ y la doctrina⁵ ha dado cuenta de esta práctica, descalificándola.

2. Las vallas legales

Existen actualmente en la ley argentina dos vallas legales en cuanto a la eficaz y fluida aplicación de las TICs en las asambleas de SA cerradas:

2.1. La convocatoria por edictos, como única forma de comunicación legal, salvo asamblea unánime.

La ley de sociedades uruguaya, en cambio, en el caso de SA cerradas permite su sustitución por la citación personal de los accionistas, por cualquier medio fehaciente⁶.

Se trata de una solución acertada y que debería implementarse en una futura reforma de la LSC, previéndose además la incorporación de la posibilidad de comunicación por TICs en tanto se constate la recepción de la misma.

Recordamos, al respecto, que el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales –Anteproyecto– sólo incluyó la

⁴ En el caso “Block Susana Helena y otros contra Frigorífico Block S.A. sobre sumario, la Sala C de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial (4 de marzo de 2005) confirmó el fallo de primera instancia en cuanto estableció que: *Más allá de la legalidad formal de una convocatoria a asamblea mediante edictos tal como lo prevé el artículo 237 de la LS, se encuentra perpetrada la mala fe de los directores, ya que al utilizar únicamente este medio, se buscó el ocultamiento de la realización de la asamblea que se acciona de nulidad. La notificación telegráfica o epistolar hubiera asegurado la efectiva comunicación a los aquí demandantes, además de representar la modalidad más acorde con una sociedad de las características de la demandada cerrada” o de familia”. Y que: La publicación de edictos es la única forma legal de convocatoria para los accionistas, sin que pueda suplirse por otra forma de notificación, tal como lo estipula el artículo 237 de la Ley de Sociedades. Más el sólo hecho de que se hayan cumplido los recaudos legales de citación no implica, por sí, la desestimación de la acción de nulidad, por cuanto una asamblea válidamente convocada puede igualmente adoptar resoluciones viciadas –entre otros motivos– por resultar violatorias del deber de lealtad o por existir una conducta de mala fe.*

⁵ Enrique A. Pelaez (h). “La convocatoria a asamblea en las sociedades de familia y la conveniencia de una reforma a la Ley de Sociedades Comerciales”, Punto II-c, Publicación de la convocatoria-Societario.com Ref: 13675.

⁶ Ley 16.060 - Artículo 348. (Convocatoria en sociedades anónimas cerradas). *Tratándose de sociedades anónimas cerradas, la convocatoria a las asambleas podrá efectuarse mediante citación personal fehaciente al accionista, en el domicilio registrado por éste en la sociedad a tal efecto.*

posibilidad de previsión estatutaria de adicionar a la publicación por edictos –no sustituir–, la notificación de la convocatoria por correo o medios electrónicos⁷.

2.2. La firma del libro de asistencia por todos los accionistas “presentes”, o sus representantes.

En cuanto a la constatación de los que asisten a la asamblea, la ley española prevé la elaboración y documentación de una lista, suscrita el secretario y el presidente, sin requerir la firma de los accionistas⁸.

Solución acertada que debería implementarse en una futura reforma de la LSC, con las adaptaciones necesarias en punto al conjunto normativo nacional.

En este sentido, pueden sugerirse las siguientes pautas:

(a) En caso de que la sociedad anónima cerrada cuente con sindicatura, tal será el órgano encargado del cómputo de los asistentes –física y virtualmente– y su registro en el Libro de Asistencia, en caso de que este subsista, o su incorporación al acta.

(b) Si la S.A. cerrada no cuenta con sindicatura, podrá:

b.1. designarse (estatutariamente o por pacto de accionistas) a un encargado de llevar el cómputo y, en su caso, registrar a los asistentes (el que podrá ser un director, conforme artículo 274 2º Párrafo LSC), o

b.2. delegarse la tarea en un notario

Recordamos que el Anteproyecto mantiene el requisito de la firma por los accionistas asistentes o sus representantes.

⁷ Anteproyecto, reforma al artículo 236 LSC: (...) El estatuto puede establecer que los accionistas reciban además la notificación de la convocatoria en su domicilio por correo o a través de medios electrónicos. Aunque no estuviese así dispuesto, todo accionista tiene derecho a que se le efectúe la notificación por el medio que solicite, a sus expensas. Estas citaciones no dispensan las publicaciones, pero su inobservancia en las sociedades del artículo 299 no incide en la validez de la convocatoria, aunque responsabiliza a los directores por los daños y perjuicios...

⁸ Real Decreto Legislativo 1564/1989, Artículo 111, Lista de asistentes. 1. Antes de entrar en el orden del día se formará la lista de los asistentes expresando el carácter o representación de cada uno y el número de acciones propias o ajenas con que concurran... Estableciendo el Reglamento del Registro de Comercio (artículo 98.1) que “la lista de asistentes figurará al comienzo de la propia acta o se adjuntará a ella por medio de documento anejo, firmado por el secretario y el visto bueno del presidente”.

3. Cuestiones prácticas en orden al uso de las TICs en asambleas de S.A. cerradas

3.1. En trabajos anteriores⁹ hemos cuestionado la terminología que refiere a las reuniones a distancia cuando se utilizan las TICs.

Trasladando nuestras anteriores conclusiones al caso de la asamblea celebrada en el marco de una S.A. cerrada –con acciones nominativas o escriturales–, afirmamos que asiste, está presente e integra el quórum el accionista que está comunicado por videoconferencia, chat, mail o similar. Sea esta asistencia simultánea o no.

3.2. Superadas que sean las actuales vallas legales referidas en el punto 2, sostenemos, en base a una interpretación integradora de la LSC, la validez de la constitución y funcionamiento de la asamblea de una S.A. cerrada –con acciones nominativas o escriturales– en la que los asistentes comparecen y votan por medios telemáticos o Tics en tanto se acredite la legitimidad (i) del que asiste, y (ii) del contenido del voto.

Debiendo especificarse estatutariamente cuáles de estos medios cumplen con los requisitos de legitimación reseñados en relación con esa sociedad en particular. Ello será materia de la casuística, teniendo en cuenta las posibilidades tecnológicas en general, y las económicas de la empresa.

Hay TICs que, en principio y en el estado actual de la tecnología, no tienen posibilidad de cubrir las condiciones de seguridad mínimas requeridas. Tal el caso de los SMS o mensajes de texto.

Una de las posibilidades que mayor seguridad brindan, es la certificación digital de firma en relación con la totalidad de los accionistas.

Otra podría ser, en el caso de asambleas realizadas por teleconferencia, en las que todos los asistentes pueden verse en sus respectivos ordenadores, la designación de una persona

⁹ “El requisito de presencialidad en las reuniones de los órganos societarios y las TICs”, Ponencia presentada en *I Congreso Argentino Sobre Mercado De Capitales*, Buenos Aires 23 y 24 de septiembre de 2008. “Reuniones a distancia. En las reuniones a distancia la presencia electrónica se computa como la física para la determinación del quórum”, Ponencia en participación con Anahi Cordero, presentada al *I Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil “Las Sociedades y su actuación en el mercado”*, Valencia 19 al 21 de septiembre de 2001.

u órgano a los efectos de declarar la presencia virtual de cada uno de ellos. O, caso contrario, una combinación con la solución anterior de firma digital.

3.3. Finalmente, más allá del medio utilizado para el desarrollo del acto asambleario, deben quedar legitimadas tanto la presencia virtual –a los efectos del quórum– cuanto la expresión del voto por TICS.

4. El iter asambleario, con utilización de TICS

Teniendo en cuenta lo expresado, pasamos a analizar el desarrollo completo del iter asambleario para S.A. cerradas, con utilización de Tics.

4.1. Convocatoria

La realiza el directorio, pudiendo ser espontánea por parte de los accionistas (en caso de compartirse el criterio, que sostenemos, de admisión legal de la asamblea unánime autoconvocada).

4.2. Publicidad de la convocatoria

De acuerdo a la normativa actual, salvo asamblea unánime la publicación de edictos es insoslayable.

De cumplirse solo con este requisito formal, resulta que las S.A. cerradas son las que en menor medida protegen la leal y efectiva comunicación de la convocatoria a sus accionistas.

Ello en tanto:

- las sociedades cotizantes deben cumplir con la convocatoria en un diario de circulación general, a la vez que informar al organismo de control;
- las SRL deben comunicar la convocatoria a los socios por medio fehaciente.

Atento esta situación legal entendemos que las S.A. cerradas deberían, por razones de lealtad y ética en los negocios, comunicar la convocatoria a sus accionistas por otro medio. Así lo está receptando la jurisprudencia (caso Block).

Pueden utilizarse, a estos efectos, cualquiera de las TICs, siendo aconsejable un medio que emita aviso de recepción.

4.3. Información

La información que hace al Orden del Día debe estar disponible por el accionista:

- en soporte físico, en la sede social.
- en la página web de la sociedad (accesible mediante códigos personales de los accionistas).
- en el caso de que la sociedad no cuente con página web, remitida a los accionistas por otros medios telemáticos (mail certificado digitalmente, por ejemplo).

Tenemos en cuenta en este punto que en la actualidad, prácticamente la totalidad de las Pymes cuenta con alguna forma de presencia en la web. Por lo que, existiendo el medio, no resulta lógico obligar al accionista a concurrir a la sede social para satisfacer su derecho de información previa a la asamblea.

4.4. Comunicación de Asistencia

Puede realizarse con utilización de TICs. Respecto de una futura reforma legislativa, puede ser conveniente el mantenimiento de su exigencia por razones prácticas de mejor organización administrativa.

Pero igualmente afirmamos que de ningún modo puede impedirse la participación en asamblea del accionista nominativo no endosable debidamente inscrito en los registros societarios, que se presente –física o virtualmente– hasta el momento mismo del inicio de la asamblea.

En este sentido el artículo 104 de la LSA española prevé también la posibilidad de implementación estatutaria de la comunicación previa de la asistencia, pero aclarando que en ningún caso podrá impedirse el ejercicio del derecho de asistencia a la junta a los titulares de acciones nominativas o al accionista debidamente registrado como tal.¹⁰

¹⁰ Artículo 104 Legitimación para asistir a la junta. 1. Los estatutos podrán condicionar el derecho de asistencia a la junta general a la legitimación anticipada

El Anteproyecto mantiene el requisito del depósito y/o comunicación previa de asistencia para poder asistir a la asamblea.

4.5. Concurrencia a la asamblea y cómputo del quórum

La concurrencia a la asamblea puede realizarse por medio de TICS.

Nos remitidos a lo expresado supra en torno a la actual valla legal que configura la exigencia de firma del libro de asistencia por parte del accionista.

Agregamos, como alternativa, la posibilidad de que el accionista remita un documento con firma digital que informe el “presente”, suscribiendo el registro el síndico con esa constancia.

Hecho, el presidente es quien emite la declaración de existencia de quórum, y da comienzo al tratamiento de los puntos del orden del día de la asamblea.

4.6. Deliberación

La deliberación se desarrolla libremente, a través de las TICS. El presidente cumple, eventualmente, el rol de moderador.

La deliberación formal puede omitirse, conforme ya está previsto en el caso del artículo 159 1er. Párrafo LS (cuya posibilidad de aplicación para las S.A. cerradas postulamos, para una futura reforma).

Y suele ser omitida voluntariamente por los accionistas, bajo la expresión en acta de “luego de breves deliberaciones, se aprueba...”, o similar.

La deliberación real –entendida como expresión de posturas y negociación– se cumple no necesariamente en el ámbito de

del accionista, pero en ningún caso podrán impedir el ejercicio de tal derecho a los titulares de acciones nominativas y de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta que las tengan inscritas en sus respectivos registros con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la junta, ni a los tenedores de acciones al portador que, con la misma antelación, hayan efectuado el depósito de sus acciones o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada, en la forma prevista por los estatutos. Si los estatutos no contienen una previsión a este último respecto, el depósito podrá hacerse en el domicilio social. El documento que acredite el cumplimiento de estos requisitos será nominativo y surtirá eficacia legitimadora frente a la sociedad.

la asamblea. Puede ser anterior. Actualmente, con abundante utilización de TICs (incluso, SMS)

4.7. Voto

Por cualquier medio que garantice la legitimidad del contenido y del emisor del voto.

Atento la posible existencia de un lapso de tiempo entre la emisión del voto y el recuento de los votos, cabe analizar la posibilidad de su retractación o cambio.

En relación con la representación la LSA española establece en su artículo 106-3 que *la representación es siempre revocable. La asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación.*

Entendemos que el voto emitido por TICs y la representación pueden cambiarse o revocarse, hasta el momento del recuento de votos.

4.8. Recuento de votos y declaración de decisiones adoptadas

A cargo de quien presida la asamblea.

4.9. Acta

Requiere la firma del presidente y de los accionistas que se designen al efecto (artículo 73 LSC) En tanto no es requisito que tal firma se verifique en el acto asambleario, no condiciona el uso de TICs en este. El acta, a su vez, podría ser suscrita mediante firma digital, y luego volcada al libro respectivo.

Entendemos que, en una futura reforma legislativa, la firma de los accionistas podría suplirse por la del presidente junto con el síndico, o de notario, o por designado en estatuto o en pacto de socios.

La LSA española¹¹ requiere la aprobación del acta previo al pase a libros, sin especificar al encargado de su suscripción

¹¹ Artículo 113 Acta de la junta. 1. El acta de la junta podrá ser aprobada por la propia junta a continuación de haberse celebrado ésta, y, en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el presidente y dos interventores, uno

—que suele ser el secretario—. Salvo que se celebre la junta con intervención de notario, en cuyo caso no se requiere la aprobación del acta. No coincidimos plenamente con esta solución por cuanto la aprobación del acta, si se realiza en el mismo acto asambleario, no reviste mayores inconvenientes y soluciona el problema de la firma por los accionistas en el caso de que todos asistan por TICS. Pero si, por la complejidad del acto, se requieren sucesivas consultas en relación con el contenido del acta, puede resultar un trámite sumamente engorroso.

5. Reflexión final

Los constantes avances científicos y tecnológicos, sumados a la reflexión sobre su aplicación a las instituciones jurídicas, darán seguramente solución más adecuada en el momento en que estas necesidades sean receptadas en una reforma legislativa.

en representación de la mayoría y otro por la minoría. 2. El acta aprobada en cualquiera de estas dos formas tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación.

Artículo 114 Acta notarial. 1. Los administradores podrán requerir la presencia de Notario para que levante acta de la junta y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten accionistas que representen, al menos, el uno por ciento del capital social. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad. 2. El acta notarial tendrá la consideración de acta de la junta.

IMPUGNACIÓN DE ASAMBLEAS Y DECISIONES ASAMBLEARIAS
