

COMUNICACIÓN DE ASISTENCIA A ASAMBLEAS

GERARDO ALEJANDRO MARTÍNEZ GRIJALBA

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En suma, considero la previa comunicación de asistencia como carente de utilidad, entendiendo al registro de asistencia a asamblea como un mero elemento probatorio apto para establecer el quórum y la obtención de mayorías, por ello me permito decir que de ningún modo la comunicación previa de asistencia a la asamblea puede ser un instrumento de exclusión de socios de las deliberaciones y votaciones a producirse en la asamblea.

Por el sólo formalismo de omitir la comunicación en cuestión, no es posible nulificar un voto o una decisión alcanzada con dicho/s voto/s, y menos aún cercenar derechos como el de información y voz en las deliberaciones.

Por tanto, desde mi punto de vista corresponde entender como facultativa la comunicación de asistencia, aún cuando la ley utilice el vocablo "deberá".

Lo expuesto, evita que el simple artilugio de las accionistas de no registrar en el libro de asistencia la comunicación de otros socios, posibilite adoptar decisiones perjudiciales tanto para la sociedad como para los derechos individuales de los socios. Y si bien, es cierto que

existe el remedio de la impugnación de la decisión asamblearia, pero considero que la mayoría de las veces tal camino es ineficaz e insuficiente puesto que la impugnación supone una demora innecesaria, mientras se encuentran conculcados no sólo los derechos del accionista al cual no se le permite el ingreso por su carencia o irregular comunicación de asistencia, sino que también puede perjudicar a los intereses sociales del ente jurídico.

PRÓLOGO

Este trabajo tiene por objeto determinar el porqué de la comunicación previa de la asistencia de los accionistas a las asambleas, y en su caso pronunciarse respecto a la necesidad y supuesta obligatoriedad de la norma prevista en el art. 238 de LSC.

Por su parte, la conclusión a la que se arriba, guarda estrecha relación con dos cuestiones que, de acuerdo a la modesta opinión del suscripto, deben ser consideradas con atención en nuestro marco jurídico y la realidad social económica actual:

1. La necesidad de simplificar el régimen de las sociedades anónimas denominadas cerradas o de familia,
2. La búsqueda de soluciones más justas, y que procuren desalentar a quienes, cada vez en mayor número, tienden a abusar de sus derechos mediante la utilización herramientas jurídicas antiguas y previstas para otra realidad social y económica, muchas veces aprovechando también la lentitud del órgano judicial.

Con tal premisa, y centrando nuestra atención en la profunda utilización de las sociedades anónimas en emprendimientos comerciales de pequeña envergadura, se analizarán los efectos jurídicos y la conveniencia práctica de considerar la obligatoriedad de comunicar la asistencia a asamblea, con especial consideración en el caso de sociedades cerradas.

DESARROLLO DE LA PONENCIA

En primer lugar, corresponde recordar que el art. 238 de la LSC en su segunda parte dispone: "*Los titulares de acciones nominativas o escriturales cuyo registro sea llevado por la propia sociedad, quedan exceptuados de la obligación de depositar sus acciones o presentar*

certificados o constancias, pero deben cursar comunicación para que se los inscriban en el libro de asistencia dentro del mismo término” (léase tres días hábiles anteriores a la asamblea pertinente), y “Libro de Asistencia. Los accionistas o sus representantes que concurran a la asamblea firmarán el libro de asistencia en el que se dejará constancia de sus domicilios, documentos de identidad y número de votos que les correspondan”.

Cabe aclarar que en la actualidad la ley de circulación de las acciones se encuentra acotada, por tanto, las partes ideales del capital deben ser nominativas no endosables, pudiendo representarse en títulos o en cuentas llevadas por la misma sociedad u otra entidad (acciones escriturales).

Lo cierto es que en la casi totalidad de las sociedades de familia o cerradas, es posible advertir que las acciones serán representadas en títulos, y gracias a la nominatividad obligatoria instaurada por el legislador, cualquier accionista conocerá de antemano a sus restantes socios y los porcentajes accionarios de éstos.

Lo expuesto, me permite arribar al tema medular de esta ponencia, cuál es el propósito del legislador para establecer la necesidad de la comunicación de la asistencia a la asamblea, su relación con la realidad jurídica imperante a tenor de la nominatividad de las acciones, y en su caso determinar si es justo y corresponde aplicar una sanción en caso de omisión o insuficiencia del mentado requisito legal del art. 238 parte 2 de LSC.

Según autorizada doctrina en la materia **“El propósito de la ley es que quien concurra a las asambleas pueda acreditar su carácter de socio, procurando de ese modo identificar a los titulares de las acciones emitidas al portador; en consecuencia, el depósito de las mismas en la sociedad, para su registro en el libro de asistencia a las asambleas, aparece como el medio más idóneo al respecto, y prueba de ello es que los titulares de las acciones nominativas o escriturales, cuyo registro es llevado por la propia sociedad, no se encuentran sometidos a esa obligación, pues su identificación surge del libro de registro de acciones o de acciones escriturales, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 208, 213 inc.3 y 215 de la LSC.”**¹

¹ Ricardo A. Nissen, Ley de Sociedades Comerciales, comentada, anotada y concordada, Tomo III, Ed. Ábaco de Rodolfo de Depalma, Bs.As. 2 Ed. Bs As. 1994

Continúa diciendo el citado autor que el libro de asistencia a asambleas “reviste especial importancia para la legalidad del acto asambleario, pues cumple una doble finalidad:

- a) Preconstituir en forma incontrovertible la prueba de la presencia en la asamblea de accionistas y acciones en número suficientes para que aquella pueda reunirse y deliberar
- b) Permitir al accionista, en cuanto socio, tomar conocimiento de quiénes son los otros socios concurrentes, sus representantes, el monto de las tenencias declaradas, los derechos que les acuerdan las acciones de que son titulares o que representan y la identidad de cada uno de los socios (Res. IGJ Nro. 600/83, 21/7/83 Rapidcar SCA)”.

En igual sentido, Isaac Halperín enseña que “el accionista debe acreditar su carácter de tal”.²

“La presencia de los accionistas intervinientes en la asamblea se acredita con un libro especial: el libro de asistencia, llevado al efecto (art.238 parte 2)”, Y “este libro cobra singular importancia para la verificación del quórum y el cómputo de los votos”. (Halperín, ob citada).

En efecto, evitando extensas citas doctrinarias al respecto, y pudiendo el lector cotejar lo expuesto, corresponde avocarse a la tarea propuesta: *determinar, en la realidad jurídica actual, cuáles de estas ideas corresponde desechar para establecer la verdadera función del aviso del accionista de su asistencia a la asamblea.*

Como primer aspecto válido para desentrañar la inutilidad del mentado aviso, debo reiterar que la nominatividad de las acciones, permite tener por acreditado el carácter de accionista mediante la simple lectura del libro de registro de acciones (art. 213), debiendo los socios justificar su identidad en oportunidad de la celebración de la asamblea. En efecto, la imposibilidad de emitir acciones al portador muestra que uno de los propósitos de la norma, ha quedado sepultado. Rápida y sencilla es la acreditación de las participaciones sociales en el mismo momento de la asamblea, quedando constancia de su asistencia al acto al suscribir allí el registro de asistencia.

Tampoco, resulta justificado pregonar que la comunicación de asistencia facilitará de antemano a los restantes accionistas, directores, síndicos, etc. conocer la cantidad de votos necesarios para alcanzar el

² Isaac Halperín Curso de Derecho Comercial Tomo II, 1978 Ed. Depalma Bs. As.

quórum o determinadas mayorías, y con ello provocar diálogos previos a la asamblea con el objeto de establecer estrategias tendientes a obtener los votos necesarios para adoptar decisiones propicias a sus intereses.

En principio, es dable destacar que resulta inadecuado asegurar que el socio que comunica efectivamente su asistencia concurra a la asamblea, por lo tanto destacar la utilidad de la norma que considero en crisis, con el argumento de la previsión respecto a quórum, mayorías, estrategias de voto, para nada convence y no desalienta mis críticas al art. 238 segunda parte LSC.

Debo reiterar que exceptúo de las presentes conclusiones a las sociedades del art. 299 de LS, puesto que sus notables diferencias en su telésis y función económica ameritan un estudio particularizado para pronunciarse respecto a la utilidad de la comunicación de asistencia a asamblea.

Entonces, es posible afirmar que no es necesario que los socios sepan con la antelación del art. 238 que otros accionistas **quizás asistirán** a una asamblea, puesto que si lo desean pueden, mediante la simple lectura del registro de accionistas, saber la cantidad de socios que representen las acciones necesarias para reunir quórum y obtener una determinada mayoría.

Y como se verá en las líneas siguientes, será un muy alto precio, el excluir temporalmente del derecho de voto y/o de deliberación a un accionista -cualquiera sea su participación en el capital social, pero mayor aún cuando esta es especialmente gravitante en las decisiones sociales-, por el mero incumplimiento de una formalidad, cuya función, considero, es irrelevante en la constitución y desarrollo de una asamblea válida.

A esta altura de la ponencia debo decir que la única función que advierto en todo el sistema instaurado en el art. 238 LSC, es aquella que cumple el registro de asistencia, entendido como la prueba de la presencia en el acto de los accionistas necesarios para formar quórum, y mayoría.

Así parece entenderlo la legislación extranjera, puesto que consultada la ley de Sociedades Anónimas Brasileñas (6404) se advierte la inexistencia de una norma que imponga a los accionistas la previa comunicación de la asistencia a asamblea.³

³ La ley 6404 de Sociedades Anónimas Brasileñas, establece el art. 126 "que las personas

Entonces, corresponde analizar cuáles son las consecuencias de excluir de la deliberación a un accionista que realiza una comunicación irregular o simplemente no remite el aviso que parece exigir la ley.⁴

Sabido es que el derecho de información, es una herramienta vital no sólo para preservar la participación y beneficios del socio, ya que además es otorgado por el legislador en provecho del ente jurídico.⁵

Y que mejor oportunidad para ejercer el derecho de información en aras del interés social tiene el accionista que al celebrarse la asamblea.

En efecto, Isaac Halperín (ob. cit.) establece que la asamblea presupone un amplio derecho de información previo y durante el desarrollo de la misma, y “un amplio derecho de discusión, en que se traduce el derecho de voz del accionista, y que complementa el derecho de información, es decir conocimiento de los demás accionistas, para ilustrar su propia decisión”.

Asimismo, debe reconocerse al accionista el derecho a información que completa el derecho a pronunciarse sobre la idoneidad de los candidatos propuestos para el desempeño de los cargos electivos (directores, síndicos, etc.) v.g., para la aplicación de los arts. 272, 273 y 264 LS. (Halperín ob cit.)

Y si con acierto se enseña que la mayoría no puede trabar el ejercicio del mencionado derecho -v.g., cerrando el debate- (Halperín ob cit.), entiendo que tampoco es posible excluir al accionista de la

presentes en la asamblea deberán probar su calidad de accionista.” estableciendo que según la forma de las acciones que posean – al portador, nominativas, escriturales – y exhibirán sólo el documento de identidad del accionista, o además los certificados que acrediten el depósito de la tenencia accionaria respectiva.

En el art. 127 se refiere al libro de asistencia en los siguientes términos “Antes de abrir la asamblea, los accionistas firmaran el libro de asistencia, indicando su nombre, nacionalidad, residencia, la cantidad, especie y clase de las acciones de que fueran titulares.”

⁴ No olvidemos que aún las acciones preferidas que carecen de voto pueden deliberar (Halperín ob. Citada)

“En esta clase se incluye el derecho de información, derecho genéricamente irrenunciable, que se da en interés propio del accionista y en el interés de la sociedad, como participe en los órganos sociales y en el control de la gestión e incluso en amparo del interés general por la influencia de la gran sociedad en la economía general y para la orientación del ahorro en inversiones en esas empresas. (Halperín, ob. citada, pág. 289)”

⁵ El citado autor expresa que el derecho a la información existe desde la constitución hasta la liquidación y participación (ob. cit. Pág. 290) y debe ser amplio y la información brindada “sincera”

Este derecho es inderogable, incluso cuando carece de derecho a voto (art. 217, acciones preferidas). Halperín ob. citada, pág. 383)

deliberación por la carencia de comunicación.⁶

De singular importancia en el andamiaje societario, resulta el derecho a los dividendos, y el debido cumplimiento del art. 68 LSC en cuanto establece que los dividendos deben provenir de “ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto, y aprobado por el órgano social competente...”.

Excluir a un socio de la deliberación, por el incumplimiento de la formalidad objeto de esta ponencia, podría ser muy útil para aprobar un balance falso, aprobar y distribuir dividendos ficticios, y hasta vulnerar el fin perseguido por la ley en cuanto a los dividendos mediante la constitución de reservas excesivas.

Tengo presente que la distribución ilegal de utilidades, esto es, en violación de los arts. 68 y 224 y concordantes, además de generar responsabilidad para los directores y síndicos, suscita el problema de la repetición del pago.⁷

Todo ello se podría haber evitado, con la permisión de deliberación del accionista que no comunico o lo hizo irregularmente.⁸

Entiendo que el accionista, habría podido advertir a los restantes socios que los dividendos serían distribuidos en contra del estatuto; ya que por ejemplo que no distribuyen a prorrata de las tenencias accionarias, o cuando no se respetan los privilegios patrimoniales de acciones preferidas, o cuando la remuneración de directores o síndicos excede los límites impuestos por el art. 261.

La presencia en la deliberación del accionista que omitió comunicar su asistencia o lo hizo de modo irregular, puede ser útil para los intereses de la sociedad y los restantes socios en cuanto éste al estar presente el acto tal vez advierta: incompatibilidades, causales de remoción con causa de directores y síndicos; interés contrario de accionistas y directores, imposibilidad de voto de socios que se hallen en mora en la integración de sus acciones.

Así, resulta evidente el perjuicio tanto a los intereses sociales como a los derechos individuales de los accionistas, al cercenar la participación en el acto asambleario por la omisión de la mentada comunicación de asistencia. Por ello, podría pensarse que cuanto me-

⁶ Se ha resuelto a favor de la obligatoriedad de notificación previa comunicando la asistencia a asamblea en autos “Nikitovich, Paul c/. Perfiltra S.A. s/. sumario”. CNCom. C 24-6-1999

⁷ La ley de sociedad en el art. 225 exime de la repetición los dividendos percibidos de buena fe.

⁸ Similares conclusiones debo afirmar respecto al derecho de voto del accionista que omitió el aviso de asistencia.

nos el accionista en la situación descripta debería poder participar de la deliberación con derecho de voz.

Entonces, la cuestión podría reducirse a la siguiente pregunta: ¿Por qué no puede votar? Sólo, por el hecho de omitir el aviso de asistencia o efectuarlo fuera de tiempo. *La sanción nos parece excesiva, máxime cuando tampoco la propia ley la consagra. Asimismo, corresponde tener presente que no existe nulidad sin daño o lesión grave a un interés jurídico.*

Y que decir de los accionistas cuyas tenencias accionarias puedan decidir los asuntos a tratar en el orden del día de la asamblea en un sentido completamente diferente al finalmente resuelto sin computar sus votos.⁹

En el supuesto en análisis no debemos olvidarnos que no estamos en presencia de un accionista que voluntariamente decide no asistir a la asamblea, sino que en el caso el socio desea participar en dicha reunión y emitir sus votos, y es sancionado sin que exista perjuicio a los intereses sociales o individuales de los restantes accionistas, por la ausencia de aviso, o su emisión tardía. Un mero formalismo impide el ejercicio del derecho al que quizás mayor protección deba otorgarle la ley: el derecho al voto.¹⁰

Se me ocurre una asamblea extraordinaria, a realizarse en primera y segunda convocatoria simultáneamente, en la cual con cualquier quórum y mediante mayoría de presentes, se decide sin nuestro accionista o accionistas con participación importante del capital, cuestiones significativas para la vida social como aumento o reducción del capital, emisión de bonos o debentures y demás casos previstos en el art. 235 LSC.¹¹

Se aprecia nuevamente, que un mero rigorismo formal sin utilidad alguna -la comunicación de asistencia a asambleas- permite el avasallamiento de los derechos de los accionistas, provocando un severo perjuicio al interés social, particular de los socios, y quizás a terceros.

⁹ Tal afirmación se compadece aún en el caso de quienes sostienen que el interés social no es distinto al interés del grupo mayoritario. Y al respecto cabe preguntarse si la decisión en autos Nikitovich, Paul c/. Perfiltra S.A. s/. sumario - véase nota nro. hubiera sido distinta en caso de no ser la minoría quien omitió cursar el aviso en tiempo hábil.

¹⁰ Reitero, en la actualidad la mera inscripción en el libro de registro de acciones, permite determinar con claridad el carácter de socio, siendo entonces irrelevante la comunicación de la asistencia a la asamblea.

¹¹ Si bien el lector debe tener presente las excepciones de los arts. 244 y 197, con quórum y mayorías agravadas.

También debo poner de manifiesto mi rechazo a la solución arribada en otro pronunciamiento de la Excm. Cámara Comercial Sala B, que propone que los accionistas que han comunicado su asistencia, deben decidir en la sesión asamblearia pertinente si aceptan o no, la comunicación tardía, y en consecuencia le permitan o no participar en la asamblea al socio que omitió comunicar.¹²

Mi crítica se basa en que “El ejercicio de su derecho a voto, derecho individual que no puede ser afectado ni dispuesto por la mayoría”¹³; debiendo la Justicia resguardar el derecho tanto de las minorías como mayorías, y evitar el abuso de cualquiera de ellas.

Debo decir que si bien autorizada y respetada doctrina propone la invalidez de un acto asambleario y sus decisiones si se omitió la comunicación de asistencia por parte de los accionistas -ya que la forma del acto colectivo colegial asambleario esta sujeto un procedimiento especial, en el cual se incluye los recaudos de legitimación para asistencia (art. 238 LS)-, bajo mi óptica el resultado debe ser completamente diferente, no encuadrable en un supuesto de invalidez.¹⁴

Por el contrario, sostengo que la asamblea -y por ende sus decisiones- con participación de accionistas que no comunicaron su asistencia será plenamente válida, debiendo si anularse el acto asambleario en el cual se impidió participar con voz y/o voto a los accionistas con la excusa de la falta de comunicación. Ello, toda vez que la asamblea en la cual se impidió la participación a los accionistas que omitieron la comunicación de asistencia -circunstancia que carece de perjuicio para la sociedad y los restantes socios,- se encuentra afectada por un vicio de funcionamiento y de deliberación (sin perjuicio de los

¹² “La asamblea tiene facultades y atribuciones para decidir, como acto preparatorio, todas aquellas cuestiones formales – como la referente a si se dio aviso cumplimiento interno con el aviso previsto en el art. 238 párr. 2 de la ley 19550- que contribuyan a la integración del acto asambleario, independientemente de que tal tema figure o no en el orden del día...Los accionistas presentes que hubieran depositado sus acciones en término, o que, en el caso de titulares de nominativas, hubieren dado el aviso pertinente, deciden por simple mayoría de acciones con derecho a voto presentes si aceptan o no el depósito o aviso de las tardíamente presentadas”(CNCom. Sala B, 14-10-85 Jarast, Enrique y otros c. Centro Argentino de Medicina Integral, J.A. t. 1986 III, p. 389).

¹³ Zalvidar, Enrique y otros, Cuaderno de Derecho Societario tomo I Ab. Perrot Bs. As. 1973 p. 189, Halperin, I. Sociedades Anónimas Ed. Depalma 2 ed., 1998, y Otaegui, Julio C., Invalidez de Actos Societarios, pág. 67, Ed. Ábaco de R.Depalma, Bs. As. 1978.

¹⁴ Con fundamento en que “...el incumplimiento del debido procedimiento colegial provoca la nulidad del acto (C.C1038) por inobservancia de la forma (C.C. 1045)” (Otaegui pág. 405 obra citada).

derechos individuales del accionista impedido de participar en el acto)¹⁵.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En suma, considero la previa comunicación de asistencia como carente de utilidad, entendiendo al registro de asistencia a asamblea como un mero elemento probatorio apto para establecer el quórum y la obtención de mayorías, por ello me permito decir que de ningún modo la comunicación previa de asistencia a la asamblea puede ser un instrumento de exclusión de socios de las deliberaciones y votaciones a producirse en la asamblea.

Por el sólo formalismo de omitir la comunicación en cuestión, no es posible nulificar un voto o una decisión alcanzada con dieho/s voto/s, y menos aún cercenar derechos como el de información y voz en las deliberaciones.

Por tanto, desde mi punto de vista corresponde entender como facultativa la comunicación de asistencia, aún cuando la ley utilice el vocablo "deberá".

Lo expuesto, evita que el simple artificio de las accionistas de no registrar en el libro de asistencia la comunicación de otros socios, posibilite adoptar decisiones perjudiciales tanto para la sociedad como para los derechos individuales de los socios. Y si bien, es cierto que existe el remedio de la impugnación de la decisión asamblearia, pero considero que la mayoría de las veces tal camino es ineficaz e insuficiente puesto que la impugnación supone una demora innecesaria, mientras se encuentran conculcados no sólo los derechos del accionista al cual no se le permite el ingreso por su carencia o irregular comunicación de asistencia, sino que también puede perjudicar a los intereses sociales del ente jurídico.

¹⁵ La nulidad de las resoluciones de la asamblea puede fundarse no sólo en el contenido de las decisiones adoptadas, sino también en los vicios de su constitución, de funcionamiento y de la deliberación (discusión y votación). (Halperín pág. 754 de Sociedades Anónimas ob. cit.)