

EL USO DE LAS “TIC” POR LOS ÓRGANOS SOCIETARIOS

Guillermina Tajan

SUMARIO

La Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información (Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información Túnez 2005 - CMSI) resalta que se debe generar confianza en los usuarios y seguridad en la utilización de las “Tic”, reafirmando la necesidad de continuar promoviendo, desarrollando e implementando, en colaboración con todas las partes interesadas en un ambiente multiparticipativo, una cultura mundial de ciberseguridad. Señalando la necesidad de acciones nacionales que incrementen la cooperación internacional para fortalecer la seguridad, preservando al mismo tiempo la protección de la información, privacidad y datos personales.

Con la sanción de la Ley N° 26.831 y el establecimiento en su art. 61 de la posibilidad de utilizar las nuevas tecnologías de la información y comunicación por parte de los órganos societarios y observando lo acontecido en casos recientes en relación a la temática planteada, vemos como en aquellos casos en los que no se tomen los recaudos necesarios para su utilización, esto es que los mismos se encuentren previstos en los respectivos estatutos, los que a su vez deberán cumplir con la reglamentación de los medios y condiciones necesarios que establezca la Comisión Nacional de Valores para otorgar seguridad y transparencia a los actos a desarrollarse, tanto directores como síndicos y/o miembros del consejo de vigilancia, serán pasibles de ser sancionados por los organismos de control, aunque su uso no previsto o no autorizado no haya causado daños y perjuicios.



Introducción

El uso de las nuevas tecnologías lleva implícito un cambio a nivel cultural por parte de las personas y/o empresas que van a utilizarlas y ello

genera cierta obligación en el sentido que las mismas deberán ser utilizadas de manera responsable aprovechando los beneficios y asumiendo también los posibles riesgos. Asimismo es preciso tener en cuenta la necesidad de adaptación a diferentes realidades económicas, sociales y culturales y las múltiples aplicaciones distribuidas en diferentes campos¹.

Un sistema que está siendo principalmente utilizado por empresas multinacionales que cuentan con gran cantidad de filiales, es el sistema de “tele presencia” aunque el mencionado sistema y puesta en funcionamiento de esta aplicación lleva un fuerte costo inicial ya que deben cumplirse ciertos requisitos: conectividad de alta velocidad y calidad, adecuación de la infraestructura necesaria; cumplimiento de normas de seguridad informática (Normas ISO 17799/ Normas ISO 27000/27001 Gestión de seguridad de la Información)².

I. Reuniones a distancia art. 65 Dec. 677/2001

El antecedente inmediato lo compone el art. 65 establecido por el Decreto 677/2001, decreto que tuvo como principal objetivo el de proveer al mercado financiero un *Régimen de Transparencia de la oferta pública*³.

¹ A modo enunciativo podemos señalar: reuniones de ejecutivos y de directorio, negociaciones, compras, ventas y servicio al cliente, educación y capacitación a distancia, selección de personal/entrevistas/contratación, trabajo en grupo de departamentos distantes, coordinación de proyectos entre compañías, telemedicina (acceso remoto a expertos y consultores), telejusticia (comparencia de testigos y/o acusados ante tribunales a distancia).

² Dentro de las empresas que ofrecen esta tecnología podemos mencionar el caso de Cisco quien en julio de 2010 anunció la introducción de un sistema de pantalla y cámara únicas para conferencias multipropósito en su servicio Telepresence System 1100. La nueva plataforma, permite la realización de reuniones tanto uno-a uno como en pequeños grupos. El equipamiento consta de una pantalla plasma de 65 pulgadas, que cuando no está siendo utilizado para visualizar al interlocutor tiene la opción de funcionar como dispositivo de audioconferencia, *display* auxiliar para presentaciones o señalización digital.

³ Otros antecedentes de derecho comparado pueden consultarse en la ponencia presentada en el XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de Derecho de la Empresa (FIJC - 2010), “El uso de las tecnologías de la información y comunicación (tic) en el ámbito societario”, TAJAN, Guillermina, Tomo II, pág. 261., y el artículo bajo el mismo nombre publicado en el Suplemento de Derecho de Alta Tecnología, publicado con fecha 15 de diciembre de 2011.

El art. 65 del Decreto 677/01 establecía la posibilidad de que el órgano de administración lleve a cabo sus reuniones por *"...medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes o palabras, cuando así lo prevea el estatuto social..."*.

También disponía que: *"...El Estatuto podrá prever que las asambleas se puedan también celebrar a distancia, a cuyo efecto la COMISION NACIONAL DE VALORES reglamentará los medios y condiciones necesarios para otorgar seguridad y transparencia al acto"*.

Por su parte la Inspección General de Justicia aprobó en varios estatutos establecimiento y procedencia del sistema de "videoconferencia" para las reuniones de directorio⁴.

II. El Uso de las Tic en las reuniones de órganos societarios

En doctrina se ha sostenido la viabilidad de la utilización de las "Tic" en el ámbito societario⁵. Zamenfeld, sostenía en el año 2001: *"En nuestro*

⁴ Expte. "Mind Opener S.A. s/Reforma Estatutos", citado por VARENNES, Flavio, en "La Asamblea a distancia por internet", Doctrina Societaria y Concursal Errepar N° 199, Junio 2004, pág. 651.

⁵ Sobre el tema pueden consultarse las ponencias presentadas por Jelonche, Paola, "Reuniones de directorio por teléfono", MARSILI, María Celia y PELÁEZ, Enrique, "Las Estructuras orgánicas de las sociedades comerciales y la tecnología" y VERGARA DEL CARRIL, A. Daniel, "Validez de las reuniones de directorio efectuadas por conferencia telefónica con directores intervinientes a distancia", en el Tomo II, VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, UADE, 1998; María Blanca GALIMBERTI y Anahí CORDERO, en el I Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil "Las sociedades y su actuación en el mercado", Valencia, España (2001). GALIMBERTI, María Blanca, "Reuniones a distancia", Iº Congreso Argentino - Español de Derecho Mercantil, "Las Sociedades y su actuación en el mercado", España 2001; JUNQUEIRA, Susana Graciela, "Repercusión del Dec. 677/2001 a la Ley de Sociedades: Reuniones de Directorio por transmisión simultánea", ROMANO, Alberto - CASTELLANI, Horacio, "Reuniones de directorio a distancia", VERGARA DEL CARRIL, Ángel, "Las reuniones de directores a distancia deben ser admitidas en las sociedades anónimas que no hagan oferta pública de sus acciones" Y FERNÁNDEZ ESCUDERO - SÁNCHEZ - FRÍAS - BARBAROSCH - LESS ANDRADE, "Reunión Telemática de los órganos societarios", en el Tomo II, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, CARLINO, Bernardo, Ponencia presentada en IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán 2004.

*sistema, como se verá, no resulta válido participar a distancia en las asambleas societarias; distinta es la solución en materia directorial*⁶.

Carlino ha señalado *“una implicancia directa de la recepción de la teoría del órgano por parte de nuestro Derecho es que su misma existencia colectiva impone un esquema normativo sobre el cuándo y el cómo se debe manifestar la voluntad de las personas que lo integran, para que sea legalmente imputado a la persona jurídica sociedad. Manifestar válidamente esa voluntad —tomar decisiones— requiere ineludiblemente del recurso de reunión, para que de su seno y previa deliberación se computen las voluntades coincidentes y divergentes (votación) y se las compare con los requisitos numéricos que la ley establece respecto a la formación de las decisiones. Va de suyo que la garantía para un miembro de un órgano colectivo, de que tendrá la misma oportunidad para un miembro de un órgano colectivo, de que tendrá la misma oportunidad que los demás de conocer sobre esa reunión, para asistir a sus deliberaciones y ejercer el derecho de votar, reside en un mecanismo de convocatoria común que, si no está contenido en la ley, es saludable que este convenido por las partes”*. Agregando, también, que *“conseguido esto: es indiferente, a los fines de sus efectos legales, que un miembro este presente físicamente en el domicilio de convocatoria o lo esté a distancia, siempre que esa presencia le permita contar con los mismos recursos que a los otros asistentes, en cuanto a intervención, expresión, voto y firma de los instrumentos de constancia, recursos todos que se manifiestan sin mengua en las reuniones a distancia mantenidas por videoconferencia y respaldadas por el archivo magnético encriptado y firmado digitalmente que cada parte se intercambia”*⁷.

Galimberti, también ha dicho, la validez de la constitución y funcionamiento de las reuniones de los órganos societarios por medio de las “Tic”, pero señalando que *“el requisito legal de presencialidad se cumple mediante la comparecencia a asamblea o reunión de directorio por medios telemáticos o tics en tanto se acredite la legitimidad (i) del que asiste y (ii) del contenido del voto”*⁸.

⁶ ZAMENFELD, Víctor, “Reuniones societarias a distancia”, ED, 191, pág. 786.

⁷ CARLINO, Bernardo, “Reuniones a distancia”, Teoría y práctica formal, Rubinzal Culzoni, 2001, págs. 166 y 167, Ver también del mismo autor: “Firma digital y Derecho societario electrónico”, Rubinzal-Culzoni, 1998.

⁸ GALIMBERTI, María Blanca, “El requisito de presencialidad en las reuniones de los órganos societarios y las TICs”, I Congreso Argentino sobre Mercado de Capitales (UCEMA), pág. 29. Ver también la ponencia presentada por María Blanca GALIMBERTI.

Por su parte, Allende ha sostenido que *"...muchos directorios de sociedades locales también sesionan por teleconferencias, dan por valido el quórum y luego firman el acta en prueba de conformidad con el contenido, "como si" hubiesen estado presente los firmantes. La pregunta que permanece sin respuesta (y dependerá de cada caso en particular) es si una acción de nulidad promovida por un director ausente de dicha sesión tendría alguna chance de prosperar"*⁹.

Especialmente sobre las asambleas a distancia, Varennes ha señalado: *"es factible realizar reuniones de asamblea con la presencia de socios a distancia, de acuerdo a la normativa de la ley 19.550 estableciendo una reforma de estatuto —si el mismo no la previera— autorizando dichos medios y fijando un reglamento para el procedimiento, dada la complejidad del mismo"*¹⁰.

A los efectos de poder acreditar los requisitos de validez del desarrollo de las reuniones de los órganos societarios es factible el uso de la "firma digital", entendida tal como la *"herramienta tecnológica que permite garantizar la autoría e integridad de los documentos digitales, posibilitando que éstos gocen de una característica que únicamente era propia de los documentos en papel"*¹¹, habiendo tenido en los últimos tiempos ciertos avances en cuanto a su implementación.

En relación a la utilización de la firma digital Granero ha señalado *"que la firma digital pretende dar respuesta tecnológicas a las transacciones digitales que hoy tienen lugar, brindando seguridad a las mismas"*¹². Asimismo es preciso tener en cuenta que en la utilización de las tecnologías de la información y comunicación dentro del ámbito empresarial,

TI y Marcela M. ZABALETA en el XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de Derecho de la Empresa (FIJC - 2010), "Las asambleas en sociedades anónimas cerradas y las tics", Tomo II, pág. 219.

⁹ ALLENDE, Lisandro A., Funcionamiento del Directorio, Ed. Astrea 2011, pág. 105.

¹⁰ VARENNES, Flavio, "La Asamblea on line en las sociedades anónimas cerradas", III Congreso Argentino - Español de Derecho Mercantil, 2005, Argentina, pág. 91.

¹¹ Ley N° 25.506 Firma Digital, Decreto N° 2628/2002, Reglamentación Ley N° 25.506, Dec. 409/2005, Dec. N° 724/2006, Dec. Adm N° 6/2007, Res. 87/09, Res. 88/09, Dec. 512/09 Agenda Digital.

¹² GRANERO, Horacio, "El desafío de la tecnología y la función ordenadora del derecho", 8/4/2009, Sección Editorial, Suplemento Derecho Alta Tecnología, El Dial.com.

hay que considerar los distintos principios establecidos por las Convenciones multilaterales¹³, así como también otros principios que rigen la contratación electrónica: neutralidad tecnológica¹⁴, libertad contractual¹⁵ y buena fe¹⁶.

III. Ley de Mercado de Capitales Nº 26.831/2012

La nueva Ley Nº 26.831, fue publicada con fecha 28/12/12, habiendo entrado en vigencia con fecha 28 de enero de 2013 (exceptuando las normas pendientes de reglamentación por parte de la CNV, cfr. art. 155 de dicha ley). Con fecha 25/01/13, se publicó la Resolución General CNV Nº 615/13, por la cual se dispone que hasta el dictado de las normas reglamentarias serán aplicables en lo pertinente de las NORMAS CNV (N.T. 2001 y mod.), dichas normas reglamentarias deberán dictarse dentro de los 180 días de la entrada en vigor de la ley (art. 155).

La nueva ley en su art. 61 establece que: *“El órgano de administración de las entidades emisoras podrá funcionar con los miembros presentes o comunicados entre sí por otros medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes y palabras cuando así lo prevea el estatuto social. El órgano de fiscalización dejará constancia de la regularidad de las decisiones adoptadas. Se entenderá que sólo se computarán a los efectos del quórum a los miembros presentes salvo que el estatuto establezca lo contrario. Asimismo, el estatuto deberá establecer la forma en que se hará constar en las actas la participación de miembros a distancia. En el caso de reuniones a distancia del órgano de administración, las actas serán confeccionadas y firmadas dentro de los cinco (5) días hábiles de celebra-*

¹³ Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las Comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2006), Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas (2001). Recomendación sobre el valor jurídico de la documentación informática (1985).

¹⁴ De acuerdo con este principio, las disposiciones relativas a la contratación electrónica deben aplicarse independientemente de la tecnología utilizada por las partes en cada una de las etapas de formación y ejecución del contrato.

¹⁵ Basado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, propio del derecho de los contratos. Las partes siempre serán quienes deciden la forma como se van a llevar a cabo sus relaciones, siempre y cuando esos pactos no afecten las normas de orden público.

¹⁶ Este principio tiene particular importancia en el ámbito del comercio electrónico, debiendo privar la buena fe en la interpretación de los contratos.

da la reunión por los miembros presentes y el representante del órgano de fiscalización".

A su vez el art. 61 también dispone: *"El estatuto podrá prever que las asambleas se puedan también celebrar a distancia a cuyo efecto la Comisión Nacional de Valores reglamentará los medios y condiciones necesarios para otorgar seguridad y transparencia al acto".*

La nueva ley aun no ha sido reglamentada¹⁷, quedando a la espera de la reglamentación de dicho artículo, hecho que se considera fundamental, teniendo en cuenta el modo que deberán desarrollarse las reuniones de los órganos societarios, tanto de directorio como de asambleas, que de acuerdo a lo establecido en los respectivos estatutos sociales, prevean la utilización las nuevas tecnologías, considerándose preciso y conducente para un buen desarrollo, el establecimiento de ciertas pautas y/o condiciones, procurando evitar que con el uso de las nuevas tecnologías se descuiden los derechos de asistencia, participación y votación, que les asiste a cada uno de los miembros de los respectivos órganos societarios.

IV. Casos relacionados con el uso e implementación de las Tic

Dentro de los antecedentes relacionados con las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de Valores, se encuentra los casos "HSBC"¹⁸ y "Alpargatas"¹⁹, ambos casos llegaron a su instancia judicial habiendo sido confirmadas (aunque reducidas) por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial las sanciones impuestas tanto a directores como a síndicos, por las infracciones relacionadas con el uso no autorizado de las Tic por parte de los órganos societarios.

En el caso "HSBC", la Sala D (voto del Dr. Vasallo) en relación con las reuniones celebradas mediante el uso de videoconferencia, se señaló: *"La sociedad ha reconocido que al tiempo de la inspección, no había sido previsto en los estatutos la modalidad de realizar las reuniones de directorio*

¹⁷ A la fecha de confeccionar la presente ponencia.

¹⁸ CNCom., Sala D, 22/12/11, "Comisión Nacional de Valores c/HSBC Bank Argentina S.A. s/ organismos externos 51914/2009". En este caso la sociedad reconoció que al tiempo de la inspección, no había previsto en los estatutos la modalidad de realizar las reuniones de directorio por videoconferencia.

¹⁹ CNCom., Sala A, 4/8/09, "Comisión Nacional de Valores c/ Alpargatas SA s/ Incumplimiento Artículo 15 Cap. V y Art. 4 Cap. XXVI s/organismos externos".

por medio de videoconferencia. Si bien este procedimiento ha sido autorizado por el artículo 65 de la ley 17.811, es menester que el mismo se encuentre previamente reglamentado en el estatuto, previsión con la que no contaba el HSBC Bank en aquel tiempo. Conclusión congruente con lo dispuesto por el artículo 260 de la ley 19.550 que deriva en aquel instrumento regular la constitución y funcionamiento del órgano de administración.

A pesar de haber omitido cumplir con estos recaudos legales, el Banco reconoció haber realizado “reuniones a distancia”. Los argumentos defensivos que desarrolla en la expresión de agravios constituyen sólo cierto alegato en favor de este tipo de metodología, que comparto, pero nada justifica en punto a la clara desatención del recaudo exigido por la normativa específica.

De hecho el Banco aclaró en su expresión de agravios, que meses después de la inspección fue decidida la modificación del estatuto para prever esta posibilidad, la cual una vez concretada fue inscripta en la IGJ a principios de 2009 (fs. 3250v). Claramente esta decisión no sólo revela la intención de la sociedad de regularizar su situación en este punto, sino un reconocimiento ficto sobre la realidad de la infracción imputada al tiempo de la investigación administrativa”, rechazando el juez Vassallo el agravio presentado por la sociedad.

En forma reciente la Sala A de la Cámara N. Comercial, en oportunidad de analizar una sanción impuesta por varias infracciones cometidas por una emisora, si bien disminuyo la multa impuesta a la sociedad, cito como antecedente el caso “Alpargatas”, y sobre la relación entre la infracción y posterior sanción sobre una cuestión formal señalo: “*En efecto, no puede alegarse la inexistencia de daño y considerarse que la autoridad de aplicación incurrió en un rigorismo extremo al aplicar la sanción a una sociedad que realiza oferta pública de valores, pues la trascendencia y particulares características de la actividad en cuestión imponen la adopción de formas legales tendientes a otorgar seriedad, confianza y certeza; en ese sentido, las sanciones son impuestas para evitar irregularidades, con independencia de la existencia —o no— de perjuicio, el que sí tendrá relevancia a la hora de establecer el tipo y cuantía de la sanción (esta CNCom., esta Sala A, 04/08/2009, “CNV c. Alpargatas SA s. incumplimiento art. 15 Cap. V y art. 4 Cap. XXI s. organismos externos”; id., 28/12/2011, “CNV c. C. Della Penna SACI s. organismos externos”). Agregando también que: “Cabe reiterar que la finalidad de la multa no es correctiva sino ejemplarizadora, preventiva o disuasiva, para evitar que en el futuro se incurra en conductas*

similares. Por ello, en principio —salvo en los casos de faltas muy insignificantes—, la circunstancia de que se hubiera regularizado la situación puede ser tenida en cuenta como un factor atenuante al momento de fijar la sanción, pero no como un eximente de responsabilidad; de lo contrario, se propiciaría una indeseada conducta irresponsable por parte de las personas bajo la órbita de control de la CNV, donde aquellas podrían incurrir en faltas en forma sistemática y, sólo en caso de que se les inicie un sumario por las infracciones, procederían a subsanarlas antes de la resolución de la autoridad de aplicación, logrando eludir de esta manera cualquier tipo de sanción y afectando en forma irreparable la confianza del público y la transparencia del mercado de capitales”²⁰.

²⁰ CNCom, Sala A, 2/8/12, “Comisión Nacional de Valores c/Agrometal S.A. s/ organismos externos (016670/2011)”.