

EL ACTA DE ASAMBLEA COMO EL MEDIO ARDIDOSO PARA LA COMISIÓN DEL DELITO DE ESTAFA

CARLOS H. GIGENA SASIA y MARCELO A. SALEME MURAD

PONENCIA

Acta, conforme lo define la Real Academia Española es la "relación escrita de lo sucedido, tratado o acordado en una junta".

Las actas de las sociedades comerciales, son documentos privados regidos por lo dispuesto en el Código Civil en sus arts. 1012 a 1036.

La ley 19.550 contempla el tema en sus arts. 249 y 73.

En ellas, se debe resumir lo sucedido en las deliberaciones de sus cuerpos colegiados.

Resumir, significa, "reducir a términos breves y precisos, lo esencial de un asunto o materia".

Violar las disposiciones de ley; ya sea, al silenciar o adoptar una postura reticente, puede configurar el ardid requerido para la comisión del delito de estafa.

FUNDAMENTOS

Nos constreñiremos en nuestra ponencia a la problemática de las actas de asambleas de las sociedades por acciones (art. 249, L.S.); y, en su consecuencia, a las previstas en el art. 159, 2º párr. de la L.S.

Establece el art. 73 de la L.S. que "Actas.-Deberá labrarse en libro especial, con las formalidades de los libros de comercio, *acta de las deliberaciones* de los órganos colegiados".

"Las actas de las asambleas de las sociedades por acciones serán confeccionadas y firmadas dentro de los cinco días, por el presidente y los socios designados al efecto".

Esta regla general es precisada en cuanto a su contenido en el art. 249 de la L.S. "Acta: contenido. El acta confeccionada conforme al art. 73, *debe re-*

sumir las manifestaciones hechas en la deliberación, la forma de las votaciones y sus resultados con expresión completa de las decisiones”.

Aplicable a nuestro derecho, son las expresiones de Rodrigo Uría González, Aurelio Menéndez Menéndez y José María Muñoz Plana, al analizar el art. 113 (Acta de la Junta de la Ley Española de Sociedades Mercantiles).

Enseñan dichos autores que, la obligación de levantar acta de las juntas está contemplado expresamente en el art. 26 del Código de Comercio que dispone “las sociedades mercantiles llevarán también un libro o libros de actas en las que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, *un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se hayan solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones*”.

Desde siempre, fue práctica habitual, y, ahora de derecho positivo, de que en el acta resuman *las discusiones habidas en los distintos asuntos sobre los que había recaído acuerdo. La práctica tenía reconocido en favor de los asistentes el derecho de hacer constar en acta sus manifestaciones para que quedasen reflejadas en ella las posiciones particulares, y, en especial, “la oposición a los acuerdos sociales que pudieran adoptarse”*, constancia esta última que no solamente era un derecho, sino una exigencia legal en orden a la impugnación de dichos acuerdos.

La práctica precitada, como dijimos, quedó consagrada en el derecho positivo a mérito de lo dispuesto por el art. 26 del Código de Comercio.

De los Libros de los Empresarios, art. 26.1. “Las sociedades mercantiles llevarán, también, un libro de actas, en los que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la Sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, *un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones*” (Código de Comercio Español).

“*La regularidad del acta exige, para que pueda servir incluso de base para elevar a instrumento público su contenido e inscribirlo en el Registro Mercantil, que en ella se expresen todas aquellas menciones que son realmente esenciales a las distintas fases de toda junta. En primer lugar, a su fase constitutiva...; en segundo lugar, a su fase deliberante expresando un resumen de los acuerdos debatidos y de las intervenciones de las que se hayan solicitado constancia. Y, por último, a su fase decisoria, expresando el contenido de los acuerdos y de las mayorías con que se hubiesen adoptado. Y siempre que lo solicite quien haya votado en contra se hará constar su oposición al acuerdo tomado*” (Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia; T.

V "La Junta General de Accionistas", Civitas, Madrid, España 1991; pp. 267 a 270).

En igual sentido los doctores Martín Arecha, Luis A. Cornut Labat, Eduardo M. Favier Dubois (h.) y Antonio Tonón (Acta de Asamblea de Sociedades por Acciones; Segundo Congreso de Derecho Societario, Mar del Plata, 1979, p. 329).

Tal como señala el maestro Carlos S. Odriozola "es innecesario enfatizar la importancia que tiene la correcta confección de las actas de asambleas y de reuniones de directorio. *Las diferentes opiniones y mociones, como también el resultado de las votaciones deben quedar adecuadamente reflejados en ella.*

"De tal manera se asegura la *veracidad del acto y que sea ella fiel reflejo de lo acontecido*".

"Cuando no está presente la autoridad de control el acta de la Asamblea *es preparada por quienes han detentado el control de ella y será firmada por quien ellos designen*".

"Pero también debemos pensar *en los casos patológicos, que aunque poco frecuentes, existen. Son los casos en que no se actúa con la debida buena fe, creándose un estado de incertidumbre respecto al contenido de la acta y de la correcta transcripción de las distintas posiciones o impugnaciones expuestas y del sentido de las votaciones*" (Primer Congreso de Derecho Societario, La Cumbre, Pcia. de Córdoba, 17 al 20 de Agosto de 1977, t. 2, pp. 109/110).

En la misma inteligencia la Dra. Carmen Estela Brizuela afirmaba que el acta de la asamblea es el medio de prueba idóneo de la deliberación, votación y decisiones adoptadas.

La doctrina nacional y extranjera son concordantes en el sentido de que la importancia del contenido del acta es obvia.

Dice Francisco J. Garo que "por su conducto legítimo se conocerán las resoluciones adoptadas por las asambleas, sus alcances y *las circunstancias en que han sido adoptadas; servirán para determinar el derecho de los accionistas o de las asambleas mismas, el derecho de receso, en su caso, el decidir o comprobar si concuerdan o no con el orden del día, etc. de ahí la necesidad de que ellas sean un fiel reflejo de lo actuado*".

"La doctrina aconseja que en el acta se haga constar...; las mociones que se formulen *con una síntesis de lo que cada uno exponga*" (Francisco J. Garo, Ediar S.A., Bs. Aires, 1954, t. II, pp. 42 a 44, n° 250 y 253).

Paul Pic, analizando el acta de la asamblea, denominada en Derecho Francés, Procés Verbal, y siguiendo a Copper Royer decía "Toda deliberación debe ser consignada en un proceso verbal detallado, conteniendo el *resumen fiel de los debates*, como así también el texto completo y certificado de las resoluciones adoptadas con todas las indicaciones que permitan verificar el cumplimiento (la observación) de las prescripciones legales relativas al quórum.

En principio, todos los procesos verbales son consignados en un registro especial; la tenencia de un tal registro, en ausencia de todas las prescripciones legales a ese punto no serán sin embargo consideradas como obligatorias. Los interesados pueden, si ellos lo prefieren, registrar los procesos verbales sobre hojas volantes y constituir por cada reunión un *dossier* autónomo que contenga *el análisis de los debates, la hoja de los presentes y generalmente todas las piezas susceptibles de establecer la regularidad de la asamblea* (Traité Général Théorique et Practique de Droit Commercial. Des Sociétés Commerciales par Paul Pic. París 1926, Rosseau & Cia., t. III, p. 63).

Consistiendo las actas, en una relación escrita que contiene las deliberaciones, acuerdos y resoluciones de los cuerpos colegiados, constituyen, como es obvio, el medio de prueba.

Cuando los responsables de la confección del Acta, observan fiel y lealmente las prescripciones legales, resumiendo las expresiones verdadas en la misma, sus decisiones, etc., todo conflicto que se plantee, en definitiva, se convierte en una cuestión de puro derecho, habida cuenta que los hechos están reflejados en el Acta.

Igual consecuencia lo es, cuando están presentes los funcionarios de la Inspección General de Justicia; ya que, en el evento, no desdeñable que la mayoría arbitraria pretendiera ejercer "la tiranía de la redacción"; el impugnante tiene derecho a solicitar a los funcionarios de la Autoridad de Aplicación que tomen nota de lo acaecido; y, en forma puntual, de las impugnaciones formuladas y sus fundamentos.

Hace a la cuestión de esta ponencia, resaltar el deber jurídico de *resumir* las manifestaciones hechas en la deliberación, la forma de las votaciones, y su resultado con expresión completa de las decisiones (art. 249, L.S.).

Resumir significa, conforme a la Real Academia Española: reducir a términos breves y precisos, lo esencial de un asunto o materia.

Silenciar por su parte, es: callar, omitir, pasar en silencio.

Muy distinto es resumir a silenciar, o actuar con reticencia.

La Ley de Sociedades, en su actual redacción, prácticamente entrega a la mayoría la posibilidad de confeccionar a su antojo el Acta de Asamblea.

Es resorte de la Asamblea autorizar o no, la participación de un escribano público en la misma.

Igualmente, otorga a la mayoría la elección de los accionistas que confeccionarán el Acta.

Las mociones de los minoritarios en el sentido que se designe, aunque más no sea, uno en representación de las mismas, son generalmente rechazados, y, no en pocos casos en forma airada.

Como contrapartida, la ley impone a los responsables el *deber jurídico* de *resumir*.

De allí, que el silencio o la reticencia a resumir lo acaecido, pueda, ser un medio ardidoso para la comisión del delito de estafa.

Permítasenos, reiterar, aquí, las afirmaciones del coautor de la ley 19.550: Dr. Odriozola.

“Cuando no está presente la autoridad de control, el acta de la asamblea es preparada por quienes han detentado el control de ella y será firmada por quienes ellos designen”.

Puntualiza en “la necesidad de pensar en los casos patológicos; que “son los casos en que no se actúa con la debida buena fe, creándose un estado de incertidumbre respecto del contenido de las actas y de la correcta transcripción de las distintas posiciones o impugnaciones expuestas y el sentido de las votaciones”.

Es usual en el desarrollo del debate asambleario asimilar la licitud, o no, de una decisión al porcentaje de votos obtenidos.

Cuando un accionista minoritario impugna una moción de la mayoría, es normal que el vocero de ésta, casi por toda respuesta, pida se informe y se deje constancia en acta qué porcentaje representa el impugnante.

Lo ilícito es ilícito; así, lo vote el ciento por ciento del capital.

Lo lícito es lícito, así obtenga solamente el voto del más mínimo de los porcentajes accionarios.

El silenciar dolosamente las expresiones de un accionista, como una forma de consumir sus propósitos configura *ardid*.

También lo es, la información reticente, en cuanto dice sólo en parte y en forma confusa lo que debió decirse claramente por imperio de la ley.

Es ardid, en tanto y en cuanto, determinó el error del tercero en la decisión y en su ejecución.

Al no conocer éste, lo sucedido en la Asamblea y los argumentos y fundamentos esgrimidos, cae en una situación de engaño; pues de no haber conocido, de haber obtenido una correcta información como paso previo a la decisión, evidentemente ésta habría sido diferente.

Establece el art. 172 del Cód. Penal que “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o *valiéndose de cualquier otro ardid o engaño*”.

Define el maestro Sebastián Soler al ardid diciendo que “es el astuto despliegue de medios engañosos”.

“Que para constituir ardid se requiere el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer, a los ojos de ciertos sujetos, una situación falsa como verdaderamente determinante” (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Edit. La Ley, Bs. As. 1946, T. IV, pág. 333).

El silencio se resuelve de un modo semejante al de la mentira o reticencia. Roberto Goldschmidt en la revista italiana di Scienze Commerciali N° 5, año 1936, p. 453, realiza un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán quien así lo resolvió estableciendo que para que el silencio sea punible es necesario la existencia de un deber jurídico de hablar o decir la verdad.

La ley 19.550 establece, expresamente *el deber jurídico* de resumir las manifestaciones hechas en las deliberaciones.

El resumir no es una facultad. Es, como dijimos, un deber jurídico.

Cuando dicha inobservancia es utilizada para cometer el delito de estafa; va de suyo que, el acta no es otra cosa que un medio ardidoso.

En igual sentido, Víctor J. Irurzún; Clodomiro J. Luque; Héctor M. Rossi *El ardid en la estafa*, Lerner, Bs. Aires, 1968, pp. 44 y ss.).

Cuando el art. 249 integrado el plexo con el art. 73 de la L.S. dispone que *el acta debe resumir...* impone un deber jurídico a quienes tienen la tarea de confeccionar y firmar la misma; y, en su consecuencia, un correlativo derecho de los accionistas para que así se actúe.

El deber jurídico se presenta, ante todo, como sujeción, esto es, como el hecho de estar obligados a la observancia de la norma jurídica. Este deber puede ser denominado deber legal, porque implica la observancia debida a la norma en sí y por sí considerada, independientemente del presupuesto de la existencia de una relación jurídica.

Pero además puede hablarse de deber jurídico en un sentido absolutamente distinto, a saber, como conexo a una relación jurídica. En tal sentido, el deber es, por lo regular, concepto homólogo al de derecho subjetivo, y entonces nace *uno actu* con él, y debe entenderse como *correlatum* de otro derecho. El deber en cuestión puede ser un deber autónomo, o bien, puede ser elemento del derecho subjetivo, como ocurre en la figura del poder-deber, o derecho-deber, en que el poder se concede al sujeto, sobre todo como *medio* de ponerlo en situación de cumplir con un deber, por lo que deber y poder son conexos entre sí; pero el deber tiene preeminencia sobre el poder (Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, EJEA Bs. Aires, 1971, t. II, pp. 80/81).

Entendemos, y así lo sostenemos, que el art. 249 satisface plenamente las exigencias para configurar una *norma jurídica*; norma que implica una preceptuación obligatoria del derecho.

Los caracteres de una norma jurídica son: 1) Bilateralidad, 2) Imperatividad, 3) Generalidad, 4) Integralidad, 5) Finalidad, 6) Estadualidad y 7) Publicidad.

El art. 249, como lo demostraremos, cumple totalmente con dichos caracteres de una Norma Jurídica.

1) *Bilateralidad*: La norma jurídica supone la aplicación necesaria de la regla de derecho a dos o más sujetos.

Supone, también, entre ellos un vínculo "pretensión-deber", ó "derecho-deber", como lo llama Messineo, en forma correlativa.

Por imperio de la norma, es debido por uno lo que el otro está facultado a pretender o exigir.

2) *Imperatividad*: Von Ihering, en su trascendente obra "Espíritu del Derecho", afirmó: "El Derecho existe sólo para realizarse".

El supremo objetivo de la ley es siempre tutelar, asegurar, garantizar el logro de determinados fines.

Es característica del Derecho su Obligatoriedad. Correlativamente, el incumplimiento de la conducta preceptuada por la norma, acarrea la sanción, que integra el carácter de Coercitividad, anejo al de Imperatividad.

La doctrina y la jurisprudencia han acreditado el carácter de orden público de las normas de la L.S.C. Se ha dicho "son preceptos cuya característica esencial es la consagración de soluciones indispensables para la organización y el desenvolvimiento de la sociedad".

Nissen (*Impugnación Judicial de Acto y Decisiones Asamblearias*, Depalma, Bs. Aires, 1989, p. 79) expresa su coincidencia con Guillermo Borda "para quien existe plena identificación entre ley imperativa y orden público, de lo cual se desprende que toda ley imperativa es de orden público, porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio, y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento, ó, resumiendo, porque se trata de una ley de orden público. En definitiva, concluye este autor que "leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos sinónimos".

3) *Generalidad*: La norma jurídica está dada siempre por una preceptuación de abstracta generalidad.

4) *Integralidad*: Cada norma jurídica es un concepto inseparable de un plexo jurídico total. Constituyen un orden, hacen un sistema.

Del Vecchio, clasificó a las normas jurídicas desde dos puntos de vista:

a) *Normas Jurídicas Primarias y Secundarias*: las primeras, en preceptivas y prohibitivas; las secundarias que no se justifican por sí mismas y dependen de otras a las cuáles deben ser referidas para poder entenderlas con propiedad, comprenden las abrogativas, declarativas o permisivas.

Párrafo aparte merece la puntualización sobre el concepto de las normas jurídicas primarias preceptivas, que son las que imponen el cumplimiento de actos determinados o describen conductas o actividades a realizarse.

b) *Normas taxativas y dispositivas*.

Taxativas son todas aquellas reglas que aparecen de cumplimiento absoluto y positivamente obligatorio, con total independencia de la voluntad individual. Esta clase de normas corresponde a las corrientemente denominadas "de orden público".

Son preceptos cuya característica esencial es la consagración de soluciones consideradas indispensables para la organización y desenvolvimiento de la sociedad.

En cuanto a las dispositivas, son aquellas que se aplican si no hay decisión contraria de las partes.

Siguiendo a Del Vecchio, el art. 249 de la L.S.C. satisface los extremos para ser calificado como *norma jurídica primaria preceptiva taxativa*.

5) *Finalidad*: Toda norma jurídica debe propender a la realización del fin social; exigencia ésta que se da plenamente en el caso en análisis. Los requisitos establecidos en el art. 249 persiguen, justamente, eficiencia e idoneidad, como una forma de obtener la consecución del interés social.

6 y 7) *Estadualidad y publicidad*: Ambas pueden ser consideradas en forma conjunta, y lo obvio de los mismos nos eximen de mayores comentarios; ya que la norma del art. 249 ha sido resultado inmediato de la actividad legislativa estatal y publicada en forma.

Conclusión: El acta de asamblea de accionistas, debe resumir las manifestaciones hechas en las deliberaciones por quienes han participado en la misma (art. 249, L.S.).

Resumir, significa, reducir a términos breves y precisos lo esencial de un asunto o materia.

Silenciar, es, callar, omitir, pasar en silencio.

Por su parte reticencia es no decir, sino en parte, de ordinario con malicia lo que se oculta o se calla algo que debiera decirse.

La violación por parte de los responsables de confeccionar el acta (art. 73, L.S.) en la forma establecida por el art. 249 de la L.S. (no resumir lo manifestado, sino silenciar), significa no cumplimentar un deber jurídico, que la puede convertir en el medio ardidoso para la comisión del delito de estafa tipificado en el art. 172 del Cód. Penal.

No existe una regla abstracta sino que los dispositivos son de aplicación al caso concreto.

Pongamos un ejemplo ilustrativo.

En una asamblea, se propone ratificar las gestiones que el órgano de administración ha realizado con un tercero, a través del representante legal.

El negocio en cuestión, es la venta de bienes, que a la sazón, ya no son de propiedad de la sociedad; sino, de los accionistas, en virtud de la adjudicación que se les efectuó (por disolución y liquidación).

El tercero, más allá de que la operación se encuentre comprendida dentro del objeto social; y por tanto, el órgano de administración facultado para ello pide que la operación sea ratificada por la asamblea general de accionistas; asamblea general que es convocada por el directorio gestionante y que fue designado por la mayoría.

Al celebrarse la asamblea, uno de los accionistas (minoritarios) se opone a la ratificación en cuestión por el hecho de que los bienes, como dijimos, ya no son de propiedad de la sociedad.

La mayoría, ilícitamente, vota favorablemente la moción.

La misma mayoría niega la posibilidad de que la minoría designe a uno de los accionistas que juntamente con el presidente confeccionarán el acta.

Al elaborar la misma, los responsables de esta tarea, silencian totalmente los fundamentos de la oposición. Dicha acta deja constancia únicamente del voto en contra del impugnante.

Ante esta realidad, el tercero carece totalmente de información en lo que hace a las razones de la oposición. Como consecuencia del actuar doloso puntualizado el tercero cae en una situación de engaño. De haber conocido los fundamentos de la impugnación habría podido evaluar su razón, y, por tanto, comprobar la licitud de la oposición formulada.

En este caso, el acta se convierte en el medio ardidoso que cataliza la maniobra. Al producir engaño y error en el tercero la realización de la operación le genera perjuicio al accionista, quien al sufrir un daño patrimonial se convierte en víctima de la estafa.