

La comunicación de asistencia a asamblea a la luz del ejercicio abusivo del derecho receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación

Darío De León

Ponencia

La falta de comunicación de asistencia a asamblea en términos del art. 238 LGS (interpretado de forma sistémica con lo prescripto por los arts. 2 y 10 del Código Civil y Comercial) en principio no conlleva la pérdida automática del derecho a participar en la misma, a excepción que la sociedad o los restantes accionistas pudieran acreditar un perjuicio cierto.

1. Introducción

El art. 238 de La Ley 19.550 (en adelante denominada “LGS”) impone la carga a los accionistas de comunicar su intención de asistir a la asamblea y depositar los títulos accionarios con una antelación no inferior a los tres días hábiles de anticipación al de la fecha fijada.

Sin embargo, la LGS no contiene ninguna norma que disponga de forma expresa cual es la sanción por la falta de comunicación de asistencia por parte del accionista, aunque en los últimos años, se ha instalado la idea de que el incumplimiento de la notificación del accionista en tiempo y forma importa la pérdida automática de su derecho a participar en la asamblea.

El Código Civil y Comercial (en adelante denominado “CCyC”), sin embargo trae novedades normativas, bajo cuya óptica en el presente trabajo hemos de analizar el precepto del art. 238 LGS.

2. Génesis de la carga de comunicar asistencia a asamblea

La carga que tiene el accionista de comunicar la asistencia a asamblea es relativamente reciente en la historia de nuestro derecho societario.

Durante la vigencia del Código de Comercio hasta la sanción de La Ley 19.550 no existió norma alguna que regulase expresamente esta cuestión.

La primera norma que hace referencia al tema en nuestro ordenamiento jurídico es el decreto del P.E.N. de fecha 27 de junio de 1927⁵¹.

El Artículo primero del citado decreto disponía que *“Las sociedades anónimas deberán llevar, ya sea en un libro especial o en el mismo libro de actas, un registro de los accionistas asistentes a sus asambleas, en el que constatará el nombre completo del accionista, si concurre por sí o por apoderado, y en este caso el nombre completo de quien lo represente, el número de acciones o certificados que poseen, individualizándose con el número de orden de los títulos respectivos, el número de votos que le corresponde, y la firma del accionista o su representante...”*

Agrega el Artículo segundo del citado cuerpo legal que *“Las sociedades anónimas en que se requiera, por disposición de sus estatutos, el depósito anticipado de sus acciones, podrán utilizar como ‘Registro De Asistencia’ el de ‘Deposito de Acciones’, agregándole los casilleros necesarios para la inclusión de los datos exigidos en el art. 1º, que no consten en este último...”* (la negrita nos pertenece).

De esta norma -fuente del actual Artículo 238 LGS- se desprende que la carga de depositar de forma anticipada los títulos accionarios no era un requisito de la propia ley, sino que debía estar expresamente prevista de forma estatutaria. Va de suyo entonces que en aquellas sociedades anónimas en donde no se hubiera previsto estatutariamente nada al respecto, los accionistas no debían depositar sus títulos accionarios de forma previa al acto asambleario (ni comunicar su asistencia de forma previa).

Fue con la sanción de La Ley 19.550 que en nuestro derecho se previó la carga al accionista de depositar sus títulos accionarios con anterioridad a la celebración de la asamblea como requisito específico para participar de la misma.

El Artículo 238 de La Ley referida, en su redacción original disponía: *“Los accionistas para asistir a las asambleas, salvo en el caso de las acciones nominativas, deben depositar en la sociedad sus acciones o un certificado de depósito librado al efecto por un banco o institución autorizada para su registro en el libro de asistencia a asambleas, con no menos de 3 (tres) días hábiles de anticipación al de la fecha fijada. La sociedad entregará los comprobantes necesarios, que servirán para la admisión a la asamblea.”* (la negrita nos pertenece)

⁵¹ ADLA, t. I, p. 926.

De la norma citada se desprenden el siguiente esquema normativo:

- a) Todo accionista tenía la carga legal de depositar sus acciones con una antelación mínima de 3 días hábiles “*para asistir a las asambleas*”.
- b) Se exceptuaba de esta carga a los accionistas titulares de acciones nominativas.
- c) No existía en la norma ninguna referencia a la carga de comunicar de forma previa la intención de asistir a la asamblea.

Cabe hacer una breve reflexión sobre este esquema regulado por la LGS en su texto original.

En primer lugar, resulta totalmente coherente la excepción de depositar los títulos de forma previa que hace la norma en relación a los titulares de acciones nominativas. Ello pone de evidencia la finalidad de la misma: permitir a la sociedad corroborar el efectivo carácter de socios de quienes pretenden participar de la asamblea, dándole a la sociedad un tiempo prudencial previo para comparar a los títulos accionarios depositados con los obrantes en su registro de accionistas.

De allí, que se exceptúa a las acciones representadas títulos nominativos toda vez que ante este supuesto la sociedad ya conoce de antemano quien es titular de dichas acciones en circulación, lo cual obviamente no sucede con las acciones representadas en títulos al portador.

La titularidad de las acciones representadas en los títulos accionarios nominativos, necesariamente va surgir del libro de registro de acciones/accionistas.

La segunda cuestión a destacar es el relativo a la carga de comunicar asistencia. El requisito de comunicación previa no estaba previsto en el texto original de La Ley 19.550, sino que la comunicación de asistencia de producía de forma implícita con el cumplimiento de parte del accionista del depósito de sus títulos accionarios.

Como consecuencia de ello, el accionista titular de acciones nominativas no debía notificar de forma explícita ni de forma implícita, dado que no debía depositar sus títulos accionarios con la antelación de los 3 días hábiles.

Esta situación se modificó con la sanción de La Ley 22.903, la cual reformó -entre otros tantos- el artículo 238, e impuso su texto hoy vigente: “*Para asistir a las asambleas, los accionistas deben depositar en la sociedad sus acciones o un certificado de depósito o constancia de las cuentas de acciones escriturales, librado al efecto por un banco, caja de valores u otra institución autorizada, para su registro en el libro de asistencia a las asambleas, con no menos de tres (3) días hábiles de anticipación al de la fecha fijada. La sociedad les entregará los comprobantes necesarios de recibo, que servirán para la admisión a la asamblea.*”

Comunicación de asistencia

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 inscriba en el libro de asistencia dentro del mismo término.

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 corresponda.

Certificados

No se podrá disponer de las acciones hasta después de realizada la asamblea, excepto en el caso de cancelación del depósito. Quien sin ser accionista invoque a los derechos que confiere un certificado o constancia que le atribuye tal calidad, responderá por los daños y perjuicios que se irroguen a la sociedad emisora, socios y terceros; la indemnización en ningún caso será inferior al valor real de las acciones que haya invocado, al momento de la convocatoria de la asamblea. El banco o la institución autorizada responderá por la existencia de las acciones ante la sociedad emisora, socios o terceros, en la medida de los perjuicios efectivamente irrogados.

Cuando los certificados de depósito o las constancias de las cuentas de acciones escriturales no especifiquen su numeración y la de los títulos, en su caso, la autoridad de contralor podrá, a petición fundada de cualquier accionista, requerir del depositario o institución encargada de llevar el registro la comprobación de la existencia de las acciones.”

De esta norma se desprende que a partir de la sanción de La Ley 22.903, existe una carga específica impuesta por ley al accionista, que consiste en comunicar de forma previa su concurrencia a la asamblea. Esta carga es independiente del depósito previo de los títulos accionarios.

Por último, cabe recordar que La Ley 24.587 sancionada en el año 1995 impuso la obligatoriedad de que todos los títulos accionarios deben ser nominativos no endosables, prohibiendo en consecuencia la emisión de títulos accionarios al portador.

Si bien esta norma no contiene ninguna norma que se refiera directamente al tema en cuestión, lo cierto es que deroga parcialmente el art. 238, toda vez que el primer apartado del mismo se torna abstracto, en función a que el

segundo párrafo de forma expresa exime del depósito previo a los titulares de acciones nominativas o escriturales.

Sin embargo, el segundo párrafo del 238 mantiene vigente la carga del accionista de comunicar de forma previa la asistencia de asamblea con no menos de tres (3) días hábiles de anticipación al de la fecha fijada.

3. La carga de comunicar vs. el derecho a participar

La cuestión planteada en el presente trabajo debe analizarse desde una óptica teleológica, teniendo particularmente en cuenta cuales son los valores e intereses jurídicos que nuestro ordenamiento jurídico propone proteger.

La necesidad de anticipar la comparecencia y el registro de la comunicación en el libro de prevista en el art. 238 LGS tiene una razón de ser precisa y concreta.

Conforme a lo que han dicho nuestros tribunales, existe una doble finalidad en torno a esta carga impuesta al accionista⁵² consistente en:

a) Que la sociedad pueda determinar la correspondencia entre quienes invocan su derecho a participar del acto y exteriorizan su intención de asistir y aquéllos que se hallan habilitados a tal efecto por obrar como tales en sus registros.

b) Que los demás accionistas tengan conocimiento del alcance de los derechos conferidos por las acciones de quienes comprometieron la concurrencia, en orden a diseñar su estrategia relativa a su concurrencia, modo de actuación y sentido del voto

Por otra parte, está el derecho de todo accionista a participar en el órgano de gobierno de la sociedad.

Dicho en palabras de Sasot Bettes *“debe admitirse como norma básica, que frente al silencio de La Ley o de los estatutos en lo que hace al condicionamiento de la asistencia a asambleas, todos los accionistas, sin excepción, tienen el derecho a asistir y todos pueden deliberar y votar las cuestiones sometidas a consideración de la asamblea”*⁵³.

52 *“BIGNONE, Rubén Carlos y Otros C. Optica Alemana S.A.”* C. N. Com., Sala E , 10/05/2011; *“Forgan, Héctor F. c. Forgegal S.A.”* C. N. Com., Sala A, 19/5/1999, J.A. 2000-I-590. En doctrina cabe citar el excelente trabajo de Pablo Augusto Van Thienen, *“Comunicación de asistencia a asamblea de accionistas en SA cerrada: el caso Óptica Alemana SA”*, disponible en: www.cedeflaw.org/pdfs/2011101816200-84.pdf

53 SASOT BETES Y SASOT *“las Asambleas”*, p. 168

Estos son los intereses jurídicos en juego que nuestra ley protege de forma positiva, y que deben sopesarse al momento de definir cuál es la sanción legal aplicable a la falta de comunicación de asistencia por parte del accionista.

La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, mayoritariamente⁵⁴ entiende que la sanción legal aplicable a la falta de comunicación de la asistencia a asamblea por parte del accionista consiste en la pérdida de su derecho a participar en la misma, perdiendo en consecuencia la posibilidad de deliberar y votar en las decisiones que se tomen en la misma.

4. Nuestra opinión

Por mi parte entiendo que el derecho a participar en una asamblea es un derecho fundamental del accionista, del cual únicamente podría ser privado si la falta de la comunicación de asistencia previa ha causado un perjuicio real y demostrable ya sea para la propia sociedad o para alguno o algunos de los restantes accionistas.

Sostener lo contrario importa sancionar al accionista en mero interés dogmático del cumplimiento de La Ley, cuando en verdad no hay afectación a ningún interés jurídico protegido por la norma.

En otro orden de ideas, sostenemos que el perjuicio causado como consecuencia de la falta de comunicación de asistencia debe ser mayor que el perjuicio que se le causa al propio accionista que incumplió con la carga impuesta por el art. 238.

Cabe recordar que el artículo 2 del CCyC dispone que “*La Ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*” (la negrita nos pertenece)

Por otra parte el artículo 10 del mismo cuerpo legal prohíbe el ejercicio abusivo del derecho y al respecto dispone que “*...se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*”

Entiendo que la carga del artículo 238 necesariamente debe integrarse con estas dos normas del CCyC, toda vez que las mismas son normas de orden público y consecuentemente gozan de prelación normativa en relación al Ar-

⁵⁴ “Nikitovich, Paul c. Perfiltra S.A.”, C. N. Com., Sala C, 24/6/1999; “Armor SA c. Armor Latina”, C. N. Com., Sala A - 24/10/2012;

título 238 LGS el cual es una norma de protección a un interés particular (de la sociedad y de los socios), y por lo tanto es de carácter imperativo.

La forma armónica de interpretar la carga prevista por el artículo 238 LGS importa que debamos interpretar a la misma conforme la finalidad que tuvo el legislador al imponer al accionista dicha carga de comunicar su voluntad de asistir a la asamblea.

La finalidad de la imposición de la carga de comunicar, no importa un concepto vago o abstracto, sino que conforme ya hemos expuesto, que deviene en la protección de un interés concreto: por un lado permitir el control de la legitimación activa de los asistentes a las asambleas; y por el otro, permitir a los restantes accionistas a diseñar su estrategia relativa a su concurrencia, modo de actuación y sentido del voto en función a quienes han exteriorizado su intención de participar del acto asambleario.

Por lo expuesto, en la medida que la falta de comunicación no haya causado una afectación efectiva y comprobable en relación al interés jurídicamente protegido por el artículo 238 LGS, la privación del derecho a participar en la asamblea del accionista deviene en un ejercicio abusivo del derecho toda vez que *"contraría los fines"* que el legislador previó al imponer la necesidad de comunicar de forma previa su asistencia.

Dicho de otro modo, importa imponer una grave sanción legal al accionista, cuando en realidad no hay afección alguna al interés jurídico que el propio artículo 238 LGS busca proteger.

Al no haber afección al interés protegido por la norma, no resulta razonable imponer una sanción al accionista, toda vez que ello sería impropio con el deber de actuar de buena fe, principio rector de todo nuestro ordenamiento jurídico.

Consecuentemente, ante el supuesto descripto, la privación del derecho del accionista a participar de la asamblea deriva en un ejercicio abusivo del derecho por parte de la sociedad, de los directores y eventualmente de los accionistas que así lo resuelvan.

5. Conclusión

1. La ausencia o deficiencia en la comunicación de asistencia a asamblea prevista por el art. 238 LGS por parte del accionista, no implica la pérdida automática de su derecho de asistir, deliberar y votar.

2. El accionista únicamente pierde su derecho a participar del acto asambleario en la medida que su conducta negligente haya causado un afectación concreta: 1) a la posibilidad por parte del directorio de controlar eficazmente

el carácter de accionistas de quienes pretendan participar del acto asambleario y/o; 2) a la posibilidad de los restantes accionistas de diseñar un estrategia de concurrencia, modo de actuación en el acto asambleario.

3. Dicho perjuicio debe ser demostrado por quien lo invoca toda vez que no debe presuponerse la afectación al interés jurídicamente protegido por el art. 238 LGS.

4. La privación del derecho a participar del accionista que no cumple con lo prescripto por el art. 238 LGS sin que se hayan verificado los extremos señalados, importa una grave sanción sin que exista una real afección a un interés jurídicamente protegido.

5. Consecuentemente, dicha privación deviene en un ejercicio abusivo del derecho por parte de la sociedad, los directores y accionistas que lo hicieran posible, en violación a lo dispuesto por los arts. 9 y 10 CCyC.