Asambleas Virtuales: Equivalencia funcional entre presencia Física y Virtual

Flavio Oscar Varennes[1]

Resumen. Es posible, de lege lata, la realización de reuniones del Órgano de Gobierno de las Sociedades Anónimas cerradas –Asamblea- en forma virtual, de acuerdo a lo establecido en la Ley 19.550, y 25.506, mediante la utilización de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), y la interpretación de la equivalencia funcional entre presencia Física y Virtual.

Antecedentes

Ley de Firma Digital

El 11 de diciembre de 2001 fue promulgada la Ley Nº 25.506 de Firma Digital estableciendo en su Art. 3º lo siguiente: *"Del requerimiento de firma. Cuando la ley requiera una firma manuscrita. Esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia"*.

Art 6º *Documento digital. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.*

Como podemos apreciar, se equipara la firma manuscrita a la firma digital y el documento digital a la escritura. Mediante el Decreto Nro. 2628/2002 de fecha 19 de diciembre de 2002, el Poder Ejecutivo Nacional Reglamenta la Ley de Firma Digital Nº 25.506.

Ley de Sociedades

Art. 243, que dice lo siguiente: *"Asamblea Ordinaria. Quórum. La constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria requiere la* ***presencia*** *de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto. Segunda Convocatoria. En la segunda convocatoria la asamblea se considerara constituida, cualquiera sea el número de esas acciones* ***presentes****.. Mayoría. Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos* ***presentes*** *que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor numero."*

[1] Flavio@varennes.net

El mayor problema que tenemos para realizar una asamblea virtual, es el requerimiento de la PRESENCIA que establece el citado art.

La Asamblea Virtual

Definición de Asamblea

Si tomamos exclusivamente los fines de la asamblea se puede definir como "*la reunión de accionistas para deliberar sobre los asuntos que interesan a la entidad y para nombrar directores y síndicos*" (Castillo, Derecho comercial, T III. p. 239) o como el "*órgano de la sociedad por acciones que reúne a los accionistas y otras personas previstas por la ley o los estatutos, para que quienes tengan derecho a voto, adopten acuerdos en la forma que esos estatutos y leyes establezcan*"(Sola Cañizares, Tratado de sociedades anónimas en el derecho comparado, t. III, p. 157).

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la asamblea, se puede definir como "el órgano esencial no permanente y con facultades de decisión indelegables que funciona en la forma prevista por la ley y los estatutos" (Alegría, Sociedades anónimas, p 97) o como "órgano esencial, no permanente, colegiado, con facultades exclusivas e indelegables" (Arecha-Garcia, Sociedades Comerciales, P 211).

Siguiendo a Nissen, vamos a definir la asamblea "como la reunión de accionistas convocada conforme a la ley y a los estatutos para resolver las cuestiones previstas por ellos o los asuntos indicados en la convocación." (Nissen, Ricado, Ley de Sociedades Comerciales T 3 p 314, Editorial Abaco)

Para poder encontrarnos con una asamblea regularmente válida, es necesario cumplir con todas las etapas formativas de la voluntad social. Tengamos en cuenta que la misma es un acto jurídico de carácter formal, es por eso que detallaremos las mismas analizando en los casos pertinentes la inclusión de las (TIC).

Etapas formativas de la voluntad social

Convocatoria: La notificación de la convocatoria a asamblea por medio de edictos ha sido defendida en forma permanente y pacífica por parte de la jurisprudencia, basándose en la necesidad de preservar las formalidades del acto asambleario, con lo cual se garantiza la exactitud, tanto formal cuanto material de los acuerdo que se efectivicen. (CNCom., Sala A, 26/11/80, "Telleria, L.A. c/ Martínez, Valderrama y Cia S.A)

Pese a que resulta excesiva la aplicación del sistema previsto por el Art. 237, según la redacción actual de la ley 19.550, resulta imposible reemplazar la notificación por edictos por una notificación por medios electrónicos.

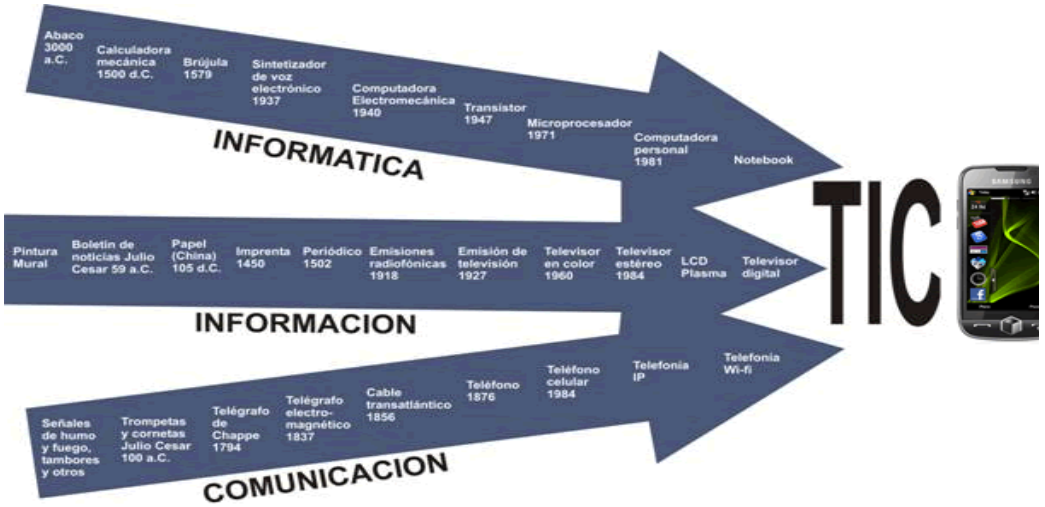
Sin embargo la convocatoria por edictos no es óbice para la realización de una asamblea virtual, ya que la convocatoria se puede realizar por los medios

tradicionales por medio de la publicación del edicto en el Boletín Oficial y en caso del art. 299 en otro diario de mayor circulación de la República.

Lugar de reunión: Según el Art. 233, 2da. parte, *"Deben reunirse en la sede o en el lugar que corresponda a la jurisdicción del domicilio social."*

Para que se pueda llevar a cabo una reunión de asamblea a distancia, sostenemos que las (TIC) necesarias para poder realizar la reunión con éxito, deben encontrase en la sede de la sociedad, como asimismo el sistema de almacenamiento de archivos de los mismos.

Las TIC se definen como sistemas tecnológicos mediante los que se recibe, manipula y procesa información, y que facilitan la comunicación entre dos o más interlocutores permitiendo una comunicación interactiva.



Comunicación de asistencia: El Art. 238 en su segundo párrafo expresa: *"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 termino."*

Con respecto a cursar comunicación, no encontramos problema alguno con que la misma se haga en la forma tradicional, o mediante una comunicación electrónica dentro del marco de las convenciones previas.

Firma del libro de asistencia: El Art. 238 en su 3ra. parte establece: *"Los accionistas o sus representantes que concurran a la asamblea firmaran el libro de asistencia en el que se dejara constancia de sus domicilios, documentos de identidad y número de votos que les corresponda"*

Gracias a la firma digital, que nos permite firmar sin importar el lugar físico en que estemos y nos garantiza la identidad del sujeto firmante, se nos soluciona uno de los escollos más importantes para poder realizar una asamblea a distancia como decía en su trabajo, Víctor Zamenfel (Zamenfeld, Víctor, *Reuniones (societarias) a distancia*, ED. T. 191 p. 786.) Todos los libros societarios, contables o no, deben ser rubricados (o habilitados para ser llevados por medios mecánicos, magnéticos u otros salvo el de Inventario y Balances, Art. 61 LS), así que si el libro de asistencia está habilitado para ser llevado por medios magnéticos u otros, es posible firmarlo digitalmente.

Siguiendo a Carlino (Carlino, Bernardo, Reuniones a Distancia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Pág. 201), si el libro de asistencia se lleva por medios informáticos, según lo autorizado por el Art. 61 LS, se puede efectuar el "cierre" mediante escritura informática. Esta impide la escritura fuera de termino, a la vez que deja constancia de la manifestación que hacen los firmantes sobre los requisitos que la ley exige contener en el libro para su cierre definitivo, con el cálculo de los votos que potencialmente estarán presentes.

Este primer cierre se puede hacer de tres maneras distintas: a) escribiendo y firmando digitalmente, sin necesidad de imprimir el instrumento informático soporte papel. b) Mediante impresión sobre el folio rubricado soporte papel con firma autógrafa y c) directamente en forma manuscrita en el libro llevado con las formalidades del Código de Comercio.

Participación en la asamblea: Para poder seguir adelante con el tema, es necesario analizar el Art. 243, que dice lo siguiente: *"Asamblea Ordinaria. Quórum. La constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria requiere la **presencia** de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto. Segunda Convocatoria. En la segunda convocatoria la asamblea se considerara constituida, cualquiera sea el número de esas acciones **presentes**.. Mayoría. Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos **presentes** que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor numero."*

Primero tenemos que definir **"presencia",** según el diccionario de la Real Academia Española presencia es: **Asistencia personal**, o **estado de la persona que se halla delante de otra u otras** o **en el mismo sitio que ellas**.

Analizando la definición, encontramos que si ponemos a una persona delante de otra u otras, o en el mismo sitio, nos encontramos entre presentes.

Mediante las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) podemos crear el ambiente propicio para poner a varias personas en el

mismo sitio (ya sea virtual u holográficamente, o delante de otra u otras personas)

La tecnología nos proporciona las herramientas para poder participar en las asambleas virtuales, podemos dar por presente al socio presente virtual y estaría en condiciones de firmar el libro de asistencia mediante la Firma Digital, lo que nos permitiría identificar a la persona en forma fehaciente y poder manifestar su voluntad durante todo el transcurso de la asamblea.

Después de lo expuesto, podemos decir que la forma de actuar del Órgano de Gobierno tomando en cuenta el lugar, puede ser: con *PRESENCIA FISICA O VIRTUAL*, pero siempre estarían presentes.

Voto: Con respecto al voto, nada obsta que se siga haciendo por los métodos tradicionales, ya que los accionistas presentes físicos, como los presentes virtuales están conectados por intermedio de Tecnologías de Información y Comunicación que le permiten manifestar libremente su voluntad en tiempo real.

Firma del acta: El acta puede ser firmada digitalmente mediante la utilización de la firma digital, ya sea enviando las actas como documento digital o firmando digitalmente la misma.

Firma del libro de actas. : Por ultimo en el mecanismo para la firma del libro de actas se puede firmarlo digitalmente si se prescinde del cumplimiento de las formalidades del Art. 53 Cód. Com. de acuerdo al Art.61 LS.

Conclusión

De acuerdo a lo expuesto, sostenemos hay equivalencia funcional entre presencia física y presencia virtual, permitiendo participar de las asambleas a pas personas que estén presentes, tanto físicamente como virtualmente

Para poder realizar las asambleas virtuales, tiene que preverse estatutariamente y establecer un reglamento fijando el procedimiento para la realización de la misma.