

Comunicación de asistencia a asamblea de  
accionistas en la SA cerrada : *el caso Óptica  
Alemana SA*



Por:  
**Pablo Augusto Van Thienen**  
Director

---

# Comunicación de asistencia a asamblea de accionistas en SA cerrada: *el caso Óptica Alemana SA*

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

---

Sumario: *I. INTRODUCCIÓN - II. EL CASO a. Hechos b. El reclamo c. El fallo de 1ra. Instancia d. El decisorio de la Cámara - III. LAS RESPUESTAS A LOS INTERROGANTES a. El cómputo del plazo de tres días b. La falta de comunicación en tiempo y forma b.1. Necesidad de comunicar vs. derecho a deliberar y votar b.2. Finalidad de la comunicación b.3. Falta de comunicación, perjuicio concreto e interpretación a favor de una participación amplia - IV. REFLEXIONES FINALES.*

---

## **I. Introducción**

En las escaramuzas de cualquier conflicto societario típico la facción que tiene bajo su esfera la realización de una asamblea (por disponer, al menos de hecho, de la gestión empresaria y societaria) se suele atrincherar en la literalidad de la norma del artículo 238 de la Ley de Sociedades Comerciales (“LSC”) a fin de negar la participación de aquellos socios respecto de los cuales la sociedad no ha recibido la notificación antes de los tres días de la fecha fijada para la reunión.

Tal situación nos coloca de cara a dos interrogantes fundamentales.

En primer término cabe preguntarse cómo se debe computar el plazo de tres días al que alude la norma del artículo 238 LSC.

En segundo lugar es indispensable determinar si el accionista que no comunicó su asistencia a la asamblea (o lo hizo de manera extemporánea) conserva o no su derecho a participar y votar en el acto colegiado.

El fallo que tenemos el agrado de anotar, “*Bignone, Rubén C. y otros c. Óptima Alemana S.A.*” dictado por la Sala B de la Cámara Comercial el 10 de mayo de 2011, brinda de forma acertada una respuesta explícita para la primera cuestión y sienta las bases argumentales para resolver la segunda.

## **II. El Caso**

### *a. Hechos*

El día 06 de mayo de 2004 se llevó a cabo la asamblea general ordinaria de la sociedad demandada.

En fecha 30 de abril de 2004 los actores comunicaron mediante sendas cartas documento su intención de participar en dicha asamblea. Las comunicaciones en cuestión fueron recibidas por la sociedad el día 03 de mayo de aquel año.

---

A criterio de la sociedad las comunicaciones fueron intempestivas por cuanto aquella no recibió las comunicaciones con tres días de anticipación tal como lo impone el 2do. párrafo del artículo 238 LSC.

*b. El reclamo*

En este marco, el reclamo no fue otro que la nulidad de la asamblea y se fundó en el hecho de que a los actores se les prohibió injustamente la participación, deliberación y ejercicio del derecho de voto en la mencionada reunión asamblearia.

*c. El fallo de 1ra. Instancia*

La sentencia apelada admitió la demanda y declaró la nulidad de la asamblea general ordinaria de *Óptica Alemana S.A.* del 06 de mayo de 2004.

*d. El decisorio de la Cámara*

La Cámara Comercial confirmó la sentencia.

A tal efecto sostuvo, en primer lugar, que si la comunicación de asistencia es remitida por vía postal, el cumplimiento del plazo de tres días debe computarse desde la fecha del envío y por ende, no desde la recepción la sociedad. Asimismo, el cómputo debe efectuarse hasta la hora cero del día en el que se realizará la asamblea.<sup>1</sup>

Como sustento de tal afirmación alegó que la interpretación de la norma del artículo 238 LSC, al igual que los hechos inherentes al cumplimiento de la misma, debe realizarse de manera favorable a la comunicación por cuanto aquella conlleva la pérdida del derecho de asistir a la asamblea.

Asimismo, entendió que la sociedad negó la participación de los accionistas en la asamblea por considerar tardía la comunicación de asistencia pero no invocó el perjuicio que tal demora y la participación de los accionistas pudiera ocasionar, ya que en caso de duda sobre la procedencia del acto colegiado o de quienes se hallen habilitados a participar debe resolverse a favor de la “...celebración de las reuniones y deliberación y toma de decisión por parte de todos los involucrados”. En consecuencia, el haber impedido, injustificadamente, la deliberación y votación de los accionistas actúa como una causal de nulidad.

### **III. Las respuestas a los interrogantes**

Conforme lo que hemos expuesto al inicio de esta nota, el fallo nos permite responder a dos interrogantes básicos. El primero referido al modo de computar el plazo de tres días del artículo 238 LSC. El segundo, en punto a la determinación de la consecuencia jurídica de la falta de comunicación en tiempo y forma.

Analicemos la respuesta al primero.

*a. El cómputo del plazo de tres días*

Este primer aspecto presenta, en el fallo de la Sala B, una respuesta expresa y acertada. Al respecto se consideró que el plazo que menciona la norma del artículo 238 LSC debe computarse desde el envío de la comunicación (no desde su recepción por la sociedad) y hasta la hora cero del día previsto para realización de la asamblea, descontando los días inhábiles.

Ahora bien, al referirse al fundamento de tal postura, el Tribunal consideró que cabe interpretar aquella norma en el sentido más favorable a la validez de la notificación, por cuanto la misma “...conlleva la pérdida del derecho de asistir a la asamblea”.

Participamos de la primera apreciación, no así de la segunda. Sin duda que la lectura que se debe propiciar del artículo 238 LSC es aquella que favorezca la validez de la notificación por aplicación del principio de vigencia y subsistencia de los actos jurídicos; mas no, a nuestro criterio, por la presunta consecuencia del incumplimiento de la norma. Esto nos conduce directamente al segundo interrogante.

---

<sup>1</sup> En el caso, el envío de las cartas documento se concretó el día 30 de abril de 2004; es decir, el cuarto día hábil anterior al de la celebración de la asamblea del 06 de mayo. Por lo tanto, se consideró que las comunicaciones cursadas por los accionistas resultaron temporáneas.

*b. La falta de comunicación en tiempo y forma*

¿Cuál es la consecuencia jurídica por la falta de comunicación en tiempo y forma?

A criterio de la Sala B, esa consecuencia sería la privación al accionista del derecho a participar, deliberar y votar en el acto colegiado asambleario. Por tal razón se sostiene en el fallo la necesidad de la interpretación a favor de la notificación en caso de duda.

¿Y si no hubiera duda alguna en punto a la falta de comunicación? ¿Y si no se hubiera concretada la misma o se la hubiera realizado, incuestionablemente y al margen de cualquier interpretación, de manera extemporánea?

¿Cuál es la consecuencia jurídica del incumplimiento de la comunicación que impone el artículo 238 LSC? ¿Existe alguna sanción para tal hipótesis?

Seguidamente intentaremos brindar respuestas a tales interrogantes.

*b.1. Necesidad de comunicar vs. derecho a deliberar y votar*

Tradicionalmente se ha resuelto a favor de la obligatoriedad de la comunicación de la asistencia a asamblea.<sup>2</sup>

Por tal razón, también se ha considerado que la asamblea tiene facultades y atribuciones para decidir, como acto preparatorio, todas aquellas cuestiones formales -como la referente a si se dio cumplimiento interno con el aviso del artículo 238 LSC- 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 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.<sup>3</sup>

En línea con estos criterios, entendemos, es que la Sala B refiere a la “...pérdida del derecho de asistir a la asamblea” como consecuencia de la falta de comunicación de asistencia.

En el marco de esta lectura, la comunicación de asistencia aparece como un requisito ineludible para el accionista al punto de subordinar a la misma sus derechos a participar, deliberar y votar. Más aún, deja en manos de la mayoría simple de los accionistas que sí han comunicado, el ejercicio de aquellos derechos. Tales serían las consecuencias jurídicas por la omisión de la comunicación o la comunicación tardía. Sin duda que asumen el carácter de una sanción toda vez que terminan bloqueando el ejercicio de ciertos derechos esenciales del accionista.

No compartimos tal postura.

Asignarle tamaña consecuencia, a modo de sanción, a la falta de comunicación (o igualmente cuando la misma se realiza tardíamente) implica tanto como condicionar y supeditar el ejercicio de los derechos a participar, deliberar y votar a una mera formalidad que, a nuestro criterio, carece de toda relevancia jurídica y práctica.

Los derechos a participar, deliberar y votar en la asamblea deben primar por sobre cualquier exigencia de neto corte formalista.<sup>4</sup>

El análisis de la finalidad de comunicación de asistencia a asamblea nos ayudará a sustentar esta afirmación.

*b.2. Finalidad de la comunicación*

Como bien ha sabido apreciar la doctrina, el propósito de la norma del art. 238 LSC es que quien concurra a las asambleas pueda acreditar su carácter de socio, identificando a los titulares de las acciones emitidas al portador; en consecuencia, el depósito de las mismas, para su registro en el libro de asistencia a las asambleas, es un medio idóneo al respecto; pero, los titulares de acciones nominativas o escriturales no

<sup>2</sup> “La nominatividad de las acciones torna innecesario su depósito con anterioridad a la asamblea, debiendo cursarse igualmente a la sociedad el aviso previo de asistencia a la misma con ‘no menos de 3 días hábiles de anticipación al de la fecha fijada’”. Cfr. CNCom., sala C, 24/06/1999, “Nikitovich, Paul c. Perfiltra S.A.”, LA LEY 1999-F, 374 - DJ 2000-1, 658 - IMP 2000-A, 1292 - La Ley Online: AR/JUR/1974/1999.

<sup>3</sup> Cfr. CNCom., sala B, 14/10/1985, “Jarast, Enrique, y otros c. Centro Argentino de Medicina Integral”, J.A., t. 1986-III, p. 389.

<sup>4</sup> Si el accionista que no ha comunicado su asistencia a la asamblea emite su voto en la asamblea: ¿es nula la decisión adoptada? De ninguna manera. Aquella omisión no configura causa suficiente de nulidad ya que no existe nulidad sin daño o lesión grave a un interés jurídico.

se encuentran sometidos a esa obligación ya que su identificación surge del libro de registro de acciones o de acciones escriturales.<sup>5</sup>

De modo tal que, al fin y al cabo, tratándose de acciones nominativas o escriturales, la comunicación de asistencia solo tiene por finalidad inscribir a los accionistas en el libro de registro de asistencia a asamblea. No existe otra finalidad concreta.

En no pocas ocasiones se recurre al argumento de que la comunicación previa de asistencia facilita conocer la cantidad de votos necesarios para alcanzar el quórum o ciertas mayorías para trazar estrategias y acuerdos de voto. Así lo ha hecho también el fallo anotado al sostener que la comunicación es relevante para los socios a fin de que “...*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*”.

No participamos de tal afirmación. No cuenta con la entidad suficiente como para asumir el carácter de argumento toda vez que la comunicación de asistencia no implica, obviamente, la ulterior asistencia; por lo tanto, cualquiera sea la estrategia diseñada, el modo de actuación y sentido del voto pensados en función de la asistencia comunicada, lo cierto es que de nada servirán si quienes comunicaron, finalmente, no asisten a la asamblea.

Por otra parte, tal afirmación puede tener cierta relevancia práctica en el caso de sociedades integradas por un número importante de socios y que presentan cierta dispersión; no así, tratándose de sociedades cerradas (a veces de familia) con escaso número de socios y por cierto, con absoluto conocimiento e interacción entre ellos.

¿Es razonable exigir la comunicación de la asistencia a la asamblea a uno de los dos (o tres, o cuatro...) accionistas que integran una sociedad familiar?

¿Es justo sancionar al accionista que integra una sociedad junto a uno, dos o tres accionistas con la privación del derecho a deliberar y votar en la asamblea?

¿Qué estrategia, modo de actuación y sentido del voto que no hayan ya acordado los accionistas en razón de la convivencia cotidiana (intra-empresa y/o intra-familia) pueden acordar en esos tres días los accionistas que, por contar con el control de hecho de la realización de la asamblea, han comunicado en tiempo y forma la asistencia a la asamblea?

A nuestro entender, las respuestas a tales interrogantes son obvias y caen por su propio peso.

En consecuencia, la ausencia de comunicación, por su insignificancia, no puede justificar en absoluto vedar los derechos a participar, deliberar y votar en la asamblea por parte del accionista. La relevancia de estos derechos se impone, decididamente, sobre la formalidad e inutilidad práctica de aquella comunicación.

Demos un paso más.

Si bien el caso de la falta de comunicación no es la hipótesis del fallo anotado por cuanto aquí el Tribunal interpretó que el aviso cursado fue temporáneo; no obstante, a nuestro entender, ha incorporado algunas consideraciones jurídicas de gran relevancia en orden a aventurar un eventual cambio del criterio tradicional. Consideraciones que, por cierto, parecerían distanciarse de los criterios jurisprudenciales tradicionales que hemos referenciado anteriormente.

*b.3. Falta de comunicación, perjuicio concreto e interpretación a favor de una participación amplia*

Cierto es que, por un lado, la Sala B sostuvo la necesidad de una interpretación de la norma del art. 238 LSC favorable a la eficacia de la comunicación por cuanto aquella afecta al derecho de asistir a la asamblea. Al respecto ha dicho que “...*el incumplimiento de satisfacer la carga informativa de asistencia que prevé la LSC., 238 conlleva la pérdida del derecho de asistir a la asamblea...*”.

Al asignarle tal consecuencia a la falta de comunicación, la Sala B parecería que se está plegando a las posturas tradicionales que hacen de la comunicación una suerte de condición para el ejercicio de los derechos a participar, deliberar y votar.

---

<sup>5</sup> Cfr. Nissen, Ricardo A., “*Ley de Sociedades Comerciales, comentada, anotada y concordada*”, Buenos Aires, Ábaco, T. III, 1994, págs. 352 y s.s..

Sin embargo, en un importante desarrollo argumental ulterior la Sala sentenciante entiende que la negativa por parte de la demandada a la participación de los actores fue ilegítima por cuanto aquella (a través de su presidente) no invocó perjuicio alguno que hubiera ocasionado la falta de comunicación o la participación en la asamblea de los socios que no comunicaron. Ello, sostuvo además, no se compadece con la necesidad de propender a la realización plena (en cuanto integrada por todos sus miembros) de las reuniones de los órganos societarios.

Esta apreciación es harto trascendente. Se contrapone, en parte, a la posición tradicional que veníamos reseñando. Es una suerte de morigeración del criterio de la <<pérdida del derecho a asistir a la asamblea>>.

A criterio del Tribunal, no se trata de denegar la participación por el mero incumplimiento de la formalidad en cuestión, en rigor, lo que torna ilegítima aquella omisión es el eventual perjuicio ocasionado. De más está decir que se debe tratar de un daño cierto, no hipotético.

Desde luego podemos controvertir acerca de la entidad que deben revestir esos perjuicios como calificantes de la ilicitud de la omisión de comunicar la asistencia a la asamblea.

Incluso, podemos controvertir también acerca de la real necesidad de su presencia para rechazar la participación asamblearia. En este sentido, cabe preguntarse sino sería más conveniente que aún mediando dichos perjuicios igualmente puedan los accionistas que han omitido comunicar participar de la asamblea y que luego la sociedad, eventualmente, plantee los reclamos que estime corresponder por los presuntos daños irrogados por la omisión de la comunicación.

Ahora bien, más allá de estas últimas especulaciones, lo indiscutible es la exigencia jurisprudencial de la invocación de un perjuicio concreto como fundamento de la exclusión del acto asambleario de quienes no comunicaron o lo hicieron de manera extemporánea.

Tal exigencia, al margen de las dudas que aún nos genera, es bienvenida. Es una regla que se compadece con la importancia que revisten los derechos (participar, deliberar y votar) que resultan afectados por la negativa a la participación de los accionistas que no comunicaron, en línea con el artículo 238 LSC, su asistencia a la asamblea.

Ya no se trata de la necesidad incuestionada de la comunicación a fin mantener el derecho a participar en la asamblea, tal como se resolvió en *"Nikitovich c. Perfiltra"*; tampoco se trata del derecho de los accionistas asistentes a decidir si quienes omitieron la notificación podrán o no ejercer sus derechos de deliberar y votar, de acuerdo a *"Jarast c. Centro Argentino de Medicina Integral"*.

Por el contrario, aunque no de manera expresa pero tampoco menos inequívoca, lo que surge del fallo *"Óptima Alemana"* es una clara morigeración de aquellos postulados de *"Perfiltra"* y *"Centro Argentino de Medicina"*, una suerte de condicionante de una exclusión lícita del accionista que no ha comunicado (o que lo ha hecho fuera de término) su asistencia a la asamblea. Dicho condicionante no es otro que el perjuicio concreto por la omisión y/o por la participación en la asamblea del socio que no ha comunicado su intervención.

#### **IV. Reflexiones finales**

El fallo recaído en *"Bignone, Rubén C. y otros c. Óptima Alemana S.A."*, presenta, al menos, dos grandes virtudes.

La primera, porque ha resuelto con precisión y suficiencia una controversia que resulta de suma importancia, por su habitualidad, en cualquier escenario de conflicto societario. Nos referimos a la modalidad del cómputo del plazo de tres días; en particular, desde y hasta cuándo se debe calcular.

La segunda, porque en el desarrollo de sus argumentos se aprecia claramente una sana postura <<realista>> (por llamarla de alguna manera) a la hora de apreciar el conflicto societario en su conjunto. Es decir, por sobre los planteos <<formalistas>> que le asignan a la falta de comunicación de asistencia la sanción de pérdida del derecho a participar en la asamblea (salvo que la propia asamblea decida lo contrario) el fallo *"Óptima Alemana"* ha puesto el acento en la necesidad de que la decisión de excluir al accionista por tal causa resulte sustentada en un perjuicio concreto para la sociedad; de lo contrario, la exclusión será injustificada.

Si bien la hipótesis del caso no se refiere al supuesto más grave y extremo del accionista que no ha comunicado, de sus argumentos se desprende la posibilidad de extender aquel criterio y considerar que aún ante tal completa omisión de comunicación, si no hubiera la sociedad invocado

---

un daño concreto (que por supuesto debe ser real y no potencial) la decisión de excluirlo será ilegítima.

Ciertamente, que estas últimas apreciaciones no surgen explícitamente del fallo, pero sí se infieren de sus argumentos, sobre todo cuándo el Tribunal recurre a la exigencia del perjuicio como fundamento del rechazo de la participación del accionista que no ha comunicado en tiempo y cuando postula, a modo de principio, la participación en caso de dudas, de los todos los miembros en el acto colegiado.

Llegados a este punto no nos queda más que sugerir lo obvio: dejar de hacer descansar los estatutos sociales en normas (como las del artículo 238 LSC) que son potencialmente conflictivas.

En efecto, la norma en cuestión no pasa de ser un “...requisito meramente formal de orden interno”<sup>6</sup> y como tal puede ser reglado por las accionistas en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Desde luego, ello supondría reglarlo de modo tal de superar los inconvenientes, dudas y controversias que la norma del artículo 238 LSC genera.

Por supuesto, una vez que estalló el conflicto tal previsión es una ilusión. A lo sumo se deberá contener la situación con las pautas que sobre el tema surgen de la jurisprudencia. En particular, con las que inteligentemente emergen de “*Óptima Alemana*”.

El desafío es lograr anticiparse al conflicto y no confiar en una norma que, por su inutilidad práctica, resulta contraproducente por exacerbar las tensiones en el marco de un conflicto ya instalado o próximo a estarlo. Ello se logrará estipulando una norma estatutaria (o incluso reglamentaria, en el marco de un convenio de accionistas o protocolo de familia) que expresamente se refiera al punto, sea que no exija la notificación previa, sea que expresamente imponga como sanción (lo que la LSC no hace) la suspensión temporal de los derechos a participar, deliberar y votar por parte del accionista que ha omitido aquella formalidad.

Esperamos que estas reflexiones hayan sido de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen

---

<sup>6</sup> CNCom., sala A, 19/05/1999, “*Forgan, Héctor F. c. Forgegal S.A.*”, J.A. 2000-I-590.