

XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. La Plata. 2017.

Comisión 10: Derecho Notarial: “Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados”

Título: Las actas de asamblea en la clasificación de instrumentos del CCCN

Autor: Maite G. Martinez Loffler

Introducción:

Aunque no hay una definición uniforme de “Acta”, por su función específica, podemos entender por tal a aquel instrumento que tiene por objeto dejar constancia de hechos o declaraciones sin tenor negocial directo, pero es indiscutible su carácter de instrumento, como lo definía Pelosi “como cualquier cosa idónea para la representación de un hecho”¹, es decir como aquella cosa que representa, y al representar prueba la existencia del acto jurídico. En el caso de las actas de órganos societarios, éstos instrumentos dejan constancia o representan las deliberaciones y decisiones de los mismos. Y dado que el acta es un instrumento, a este instrumento cabe clasificarlo, en las dos posibles clasificaciones que nuestro derecho prevé para los mismos: con relación a la “forma del acto jurídico” y con relación a la “eficacia probatoria”.

Clasificación con relación a la forma del acto jurídico:

La clasificación del instrumento con relación a la forma del acto jurídico tiene por objeto determinar si el instrumento en cuestión es necesario para el nacimiento de ese determinado acto jurídico o para probarlo, o si simplemente no es necesario. Esta cuestión es analizada normalmente al analizar el acto jurídico y clasificarlo, de acuerdo a la celebrada doctrina del plenario Rivera de Vignatti, ya que cuando los actos son formales, en la generalidad de los casos, esa formalidad consiste en la instrumentación. De acuerdo a esta clasificación, los actos jurídicos serán **formales de solemnidad absoluta (ad solemnitatem absolutos)**, cuando la omisión de las formas establecidas por la ley les priva de sus efectos propios; **formales de solemnidad relativa (ad solemnitatem relativos)**, cuando si se omite la forma del acto, se les asignan efectos, pero no los propios, **formales ad probationem**, cuando cualquiera sea la forma de su exteriorización, son eficaces, pero si se los discute sólo pueden ser probados en juicio exhibiendo determinada forma, y finalmente, **no formales**, por exclusión.

Desde este punto de vista, es necesario poner de manifiesto una cuestión que excede al instrumento “acta” al que pretendemos referirnos. Las Asambleas –que el acta representa–,

¹ Carlos A. Pelosi. *El Documento Notarial*. 5 reimpresión. Astrea. Buenos Aires. 2012. Pág. 18

son actos jurídicos formales solemnes absolutos, pero sin embargo, la formalidad que la ley les impone no consiste en el instrumento, lo cual constituye además una verdadera excepción a la regla general, ya que cuando el ordenamiento impone alguna forma, dicha forma es “escrita”, tal y como surge del primera parte del artículo 285 del CCCN que dispone que “*el acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal (...)*”, complementado por el artículo 285 que al prever las consecuencias del incumplimiento de la forma, comienza por decir “*mientras no se haya otorgado el instrumento previsto (...)*”.

La formalidad absoluta y solemne de las asambleas consiste en cambio en el cumplimiento de una serie de formalidades no escritas, detalladas rigurosamente por la ley, lo cual coincide con el entendimiento que tiene Carnelutti de las formas, a las que entiende como actividad en tanto elemento constitutivo del negocio². Así, para que la asamblea exista, la ley exige lo siguiente: 1) Convocatoria; 2) Publicación de la convocatoria; 3) La presencia de una determinada cantidad de accionistas (quórum). El quórum varía de acuerdo a los diferentes supuestos: Si la convocatoria se publicó: según el tema para el que se convoca varía si es ordinaria o extraordinaria. Si no se publicó, el quórum es siempre la unanimidad. Cumplidos estos requisitos hay “asamblea” y la misma puede tenerse por constituida como acto jurídico formal solemne absoluto. Todos los requisitos mencionados son siempre imprescindibles con excepción de la publicación de la convocatoria que por expresa disposición legal puede suplirse por unanimidad de quórum (para que la asamblea se tenga por constituida).

Pero es necesario además diferenciar éstos requisitos de los requisitos necesarios para que esa asamblea constituida válidamente, pueda tomar una decisión válida. La decisión asamblearia es también en sí misma un acto formal solemne absoluto. Ante la ausencia de los requisitos que detallaremos a continuación, hay asamblea, pero la misma no ha logrado una decisión válida, y esto puede ocurrir con relación a la totalidad de los puntos de la convocatoria, o con relación a alguno o algunos de ellos. Para que la asamblea decida válidamente, con relación a cada punto del orden del día, es necesario: 1) Que la decisión haya sido puesta a su consideración, salvo excepciones legales –arts.246 y 276 LGS-; 2) La deliberación; 3) La votación afirmativa de una determinada cantidad de accionistas (mayoría). Las mayorías varían: Si la convocatoria se publicó: según si es ordinaria o extraordinaria, y en este último supuesto si es simple o agravada. Si no se publicó, es siempre la unanimidad.

En consecuencia, tanto la conformación de la asamblea como la decisión asamblearia son actos jurídicos formales solemnes absolutos, pero en ninguno de ellos la forma impuesta consiste en un instrumento. Es decir que, desde este punto de vista, el acta no integra los requisitos necesarios para la existencia de la asamblea ni de la decisión asamblearia. En

²Citado por Mario Antonio Zinny. *Conocimientos Útiles Para la Practica del Derecho*. Ed. Ad-Hoc. 2007. P.80.

posición contraria, y actualmente minoritaria Halperín³ entendía que el acta integraba la forma y era esencial para la existencia de la asamblea. Fabier Dubois (h)⁴ en cambio admite la existencia de la asamblea sin, o antes del acta, posición que enfatiza con el hecho de que el plazo de caducidad de la impugnación comienza a correr desde la asamblea y no desde la confección del acta para lo que la ley otorga un plazo de 5 días desde la celebración de la misma. En sentido similar, la jurisprudencia⁵ tiene dicho que la mera conformación del acta, aunque sea firmada por la totalidad o mayoría de los accionistas necesarios para formar una decisión, no tiene efecto alguno, si la asamblea no ocurrió. Es decir que el acta no integra ni suplente la “forma” de la asamblea. En la clasificación desarrollada entonces, la eventual impugnación del acta de asamblea, no implicará en si misma la afectación ni de la decisión asamblearia ni de la asamblea, ya que no se encuentran intrínsecamente vinculadas desde la formalidad. En sentido similar, SasotBetes entiende que “la inexistencia del acta no se proyecta sobre la asamblea, pues ésta si se ha celebrado legalmente, (...) será válida, ya que el acta registra un hecho pero no lo crea”⁶

Descartada entonces la necesidad del acta para la constitución de la asamblea y/o de la decisión asamblearia en si misma, entendemos que es posible concluir entonces alguna de las siguientes: ya que el acta de asamblea es un instrumento requerido ad-probationem de la decisión asamblearia, o que es un medio de prueba más de la misma, pero no el único. Por la primer postura se ha pronunciado Halperín, quien consistente con la necesidad rigurosa de la existencia del acta, entiende que la ley la ha fijado al acta como el medio probatorio de las decisiones societarias. Por la segunda postura, la mayoría de la doctrina contemporánea, como Nissen y Magri, quienes admiten para la prueba de la asamblea y de la decisión asamblearia, todos los medios de prueba. Por nuestra parte, entendemos que aunque puede ser probada por cualquier medio de prueba, el acta es efectivamente el medio elegido por la ley para probar las decisiones asamblearias, razón por la cual, pretende su existencia imponiendo a la sociedad la obligación de llevar ciertos libros y el “deber” de labrar en ellos actas de conformidad con el artículo 73 de la ley 19.550, por lo que de existir, debe valorarse por encima de otros medios probatorios.

³ Isaac Halperín. Isaac Halperin. *Sociedades Anónimas*. 2da edición. Depalma. Buenos Aires. 1998. Pag. 563.

⁴ Eduardo M. Fabier Dubois (h) Derecho Societario Registral. Editorial Ad-Hoc. Primera edición. Abril 1994. P. 311

⁵ Escasany, María I. v. Rivadeo S.A.. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 5 . 13/11/1998. JA 2000-II-709. Cita Online Thomson Reuters: 20002133

⁶ SasotBetes, Miguel A. SasotBetes Miguel P., *Sociedades Anónimas. Las Asambleas*. Abaco. Buenos Aires, 1978, citado por Carmen Magri en *Las actas de las sociedades comerciales. Tratado de Derecho Privado. Derecho Comercial*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001P.251

Clasificación con relación a la eficacia probatoria:

La segunda clasificación de los instrumentos adoptada por nuestra legislación, responde a la función que se le atribuye a los instrumentos, independientemente de si los mismos integran la forma del acto jurídico o no. Y en este sentido todos los instrumentos prueban, pero no todos prueban de la misma manera, y es a esta diferente eficacia probatoria que el CCCN toma como punto de partida para clasificar a las diferentes clases de instrumentos. La eficacia probatoria a la que nos referimos es la veracidad que tiene cada instrumento para determinar la existencia de aquello que se quiere probar, y esto no necesariamente tiene que ver con el valor probatorio. Es decir, saber si se tiene por cierto o no a un medio probatorio, es por la eficacia probatoria del mismo. Pero una vez que esto está determinado, el valor probatorio o la preponderancia que se le asigna a ésta prueba en un proceso judicial para inclinar la balanza depende de otros factores que exceden el presente trabajo.

De acuerdo a la clasificación que surge del análisis armónico de los artículos 287 y 289 del CCCN, las formas escritas se clasifican según su eficacia probatoria en: (i) Instrumentos Particulares Firmados o Privados; (ii) Instrumentos Particulares No Firmados; e (iii) Instrumentos Públicos. Los dos primeros, por disposición del artículo 286 podrán subclasificarse además en cartulares o electrónicos. El CCCN ha incorporado expresamente la categoría de Instrumentos Particulares No Firmados, e incluye en la categoría a *“todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”*. Aunque algunos autores como Díaz de Guijarro y Llambías veían la existencia de esta categoría también en el Código Civil, para otros autores, en mayoría, los instrumentos privados y particulares hacían alusión a la misma situación, la cual, siempre requería firmas. Dada esta postura mayoritaria, durante la vigencia del Código Civil, la clasificación de las actas societarias podía oscilar únicamente entre considerarlas un “instrumento público” o un “instrumento privado”. En esta dicotomía, Carmen Magri⁷, en postura mayoritaria, entendía que se trataban de instrumentos privados por carecer nuestro régimen de una norma que las clasificara como instrumentos públicos, opinión que entendemos totalmente acertada en el régimen derogado, pero que admite sin embargo algunas consideraciones a la luz de las reformas introducidas por el CCCN.

En primer lugar y a los efectos de adentrarnos en el análisis de las actas dentro de estas categorías, nos parece relevante señalar que justamente, una diferencia significativa entre los

⁷Las actas de las sociedades comerciales. Carmen Magri. En Tratado de Derecho Privado. Derecho Comercial. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001 P.251

instrumentos públicos y los instrumentos particulares (firmados o no) consiste en que los primeros, tienen tal carácter siempre y erga omnes, es decir que la clasificación es objetiva, y además, que no distinguen su eficacia probatoria entre partes o terceros, siendo la misma para todos ellos. En cambio, entre los instrumentos particulares, la circunstancia que determina si son privados o no, es subjetiva, por cuanto éstos tienen tal carácter de forma relativa y con relación a una o algunas personas determinadas. Es decir, que un mismo instrumento puede revestir carácter de instrumento privado con relación a una persona (vgr. Quien lo firmó), y de instrumento de particular no firmado con relación a todos los demás, es decir, a los terceros. Entonces, lo primero que cabe decir con relación a las actas como instrumento particular -ya que permanece plenamente vigente y por los mismos argumentos vertidos, la postura de Carmen Magri en cuanto a que no son instrumentos públicos-, es que en cuanto a su eficacia probatoria, la clasificación variará de acuerdo al sujeto al que se le pretenda oponer: los posibles sujetos serán en este caso la sociedad, los socios firmantes, los socios presentes no firmantes, los socios ausentes y los terceros.

1) **La Sociedad:** Para la sociedad, el acta de asamblea tendrá siempre carácter de instrumento privado por cuanto el artículo 73 de la LGS dispone que debe firmarla el presidente, que es quien representa y obliga a la sociedad en su faz externa, por lo que la firma del presidente en el acta hace oponible a la sociedad el contenido de la misma, y reviste a su respecto carácter de instrumento privado.

2) **Los Accionistas Firmantes:** Con relación a los firmantes, el acta constituye ni más ni menos que un instrumento privado, dado que el mismo ha sido firmado por ellos. Y tendrá este carácter, aún cuando se firmara en un instrumento privado fuera del libro rubricado correspondiente. Si firmaran todos los accionistas será privado para cada uno de ellos.

3) **Los socios presentes no firmantes:** Es práctica habitual y generalizada que el acta de asamblea no sea suscripta por la totalidad de los accionistas presentes, sino en cambio que se proceda a designar como primer punto del orden del día dos accionistas para la firma del acta de asamblea, dado que así lo habilita el artículo 246 inciso 3 de la LGS cuando permite que sea firmada únicamente por “los socios designados al efecto”. La pluralidad de la redacción es la que nos indica un mínimo de dos, sin importar la cantidad de accionistas totales o presentes. En este caso, queda claro que el acta revestirá carácter de privado para quienes efectivamente firmaren el acta en base a dicha designación, pero se abre alguna posible consideración con relación al carácter que dicho instrumento reviste con relación a los presentes no firmantes.

Por nuestra parte, entendemos que la elección de “los socios designados al efecto de suscribir el acta” constituye en rigor, un mandato dado por los socios presentes a favor de los

firmantes para que suscriban el acta por ellos. Queda claro que no hablamos en este caso del apoderamiento dado para asistir a asamblea y votar, legalmente previsto en el artículo 239 LGS y doctrinariamente aceptado sin reservas. En este caso el accionista ha asistido por si y votado por si, pero encarga a otro la firma del instrumento que sirve para representar a la asamblea y las decisiones tomadas en la misma. Con relación a esta clase de mandatos, consideramos pertinente traer a colación la postura sostenida por Llerena, Borda y Llambías con relación a la posibilidad de firmar a ruego instrumentos privados (lo cual no estaba en el Código Civil ni están el CCCN expresamente contemplado), quienes entendían que los mismos valían como instrumento privado siempre que se probara la existencia del mandato - verbal o no- para firmar, porque si podría haberse firmado “por si pero a cuenta de”, no se vería inconveniente en abreviar un paso.

En nuestro régimen vigente, podemos apoyar la teoría del mandato para firmar, en el artículo 1319 del CCCN que dispone que: *“Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella.”* El mandato para firmar el acta se otorga por los presentes no firmantes expresa y verbalmente al elegir mediante votación a los firmantes para firmar el acta por ellos. Aún quienes no hubieran votado por el firmante elegido por la mayoría quedan vinculados por el mandato otorgado por cuanto “saben que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impiden, pudiendo hacerlo”, ya que nada impide a los accionistas en todo caso concurrir a firmar el acta por si, a pesar del mandato otorgado en la asamblea. Resultaría mas difícil sostener que además del mandato se ha otorgado al mandatario firmante poder de representación, por cuanto el artículo 363 dispone que “el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar”, lo que en el caso debiera ser por escrito. Es decir, que los actos realizados por el mandatario, no se imputarán al mandante en el momento mismo de la firma, sino que se imputarán en un momento ulterior.

Entonces, siguiendo este criterio, podemos entender que confeccionada el acta en el plazo legal, el mandatario designado para firmar procederá a la firma de la misma y es ésta firma la que produce una serie de consecuencias: 1) En tanto que implica la ejecución del mandato, produce la aceptación del mismo, que puede no haber sido expresamente aceptado en el momento de la asamblea; 2) Implica cumplir el mandato y en consecuencia lo extingue; 3) Sirve de rendición de cuentas, ya que con su firma no solo acredita haber firmado el acta,

que es parte fundamental del mandato recibido, sino que acredita haber desempeñado el mandato de acuerdo a la obligación dispuesta por el artículo 1324 inciso a), es haberlo hecho “conforme a las instrucciones dadas por el mandante y a la naturaleza del negocio que constituye su objeto”, lo que se traduce en el caso puntual en firmar un acta que refleje fielmente lo ocurrido en la asamblea, ni mas ni menos. Ahora bien, decimos que la mera firma del acta sirve de suficiente rendición de cuentas en el caso concreto, por cuanto es facultad de todos los accionistas solicitar copia firmada del acta (art. 249 LGS), facultad de la que disponen desde el momento mismo de la confección y firma de la misma, es decir al quinto día de clausurada la asamblea, que es el plazo legal que el artículo 73 impone para ello.

En tanto que hemos establecido que este mandato consiste en firmar “por otro”, sin otorgarle representación, el acto no se imputará directamente al mandante al momento de la firma. Entonces aunque con menos facultades que un apoderado, ciertamente, este mandatario reviste mas facultades que el gestor de negocios que firma por otro a quien nadie le ha encargado nada, a pesar de lo cual el artículo 1789 CCCN dispone que el dueño del negocio queda obligado frente a los terceros por los actos cumplidos en su nombre, si ratifica la gestión, si asume las obligaciones del gestor o si la gestión es útilmente conducida. Aunque no hay una regulación específica o similar respecto de cuando los actos realizados por el mandante impactan de forma directa en el patrimonio y la persona del mandante, entendemos que no puede encontrarse en inferioridad de condiciones que el gestor de negocios, ya que al mandatario si le han encargado algo, y en este caso ese algo es firmar. Ahora bien, por nuestra parte, dada la ausencia de disposición expresa, entendemos que podemos encontrar esta “ratificación” necesaria para que los actos del mandatario impacten de forma directa en el mandante en el artículo 862, relativo a la aprobación de la rendición de cuentas -al que expresamente remite el articulado del mandato-, que dispone que *“la rendición de cuentas puede ser aprobada expresa o tácitamente”* y que *“hay aprobación tácita si no es observada en el plazo convenido o dispuesto por la ley o, en su defecto, en el de treinta días de presentadas en debida forma”*. Si como expusimos anteriormente, entendemos que la rendición de cuentas ocurre simultáneamente con la confección y firma del acta, la falta de impugnación ya sea de la firma en si misma o del contenido de lo firmado por los mandantes dentro del plazo de treinta días, implica su aceptación tácita y en consecuencia, la imposibilidad de impugnar ese instrumento con posterioridad. Entendemos que, esta aprobación de la rendición de cuentas resulta equivalente a la ratificación de la gestión dispuesta por el art. 1789 CCCN para la gestión de negocios, por la que el dueño del negocio, en este caso el mandante, queda obligado frente a los terceros por los actos cumplidos en su nombre como si lo hubiera firmado por si, justamente, porque ese era el encargo.

Entendemos que como consecuencia de ello, el acta así firmada, mediando la aprobación tácita del mandato, reviste para el mandante no firmante, un instrumento privado, por habérselo “ratificado” posteriormente con esa aprobación. Sin embargo, aunque no fuera así y siempre que se acepte la teoría del mandato, si se considerara que la aprobación tácita de la rendición no atribuye al acta carácter de instrumento privado, sino de mero instrumento particular no firmado, de todas formas, el mandante ya no podrá impugnarlo en su contenido desde dicha aceptación tácita. Y justamente la diferencia entre la eficacia probatoria de los distintos instrumentos es justamente que los particulares no firmados pueden impugnarse siempre mientras que los privados no pueden impugnarse desde que la firma se hubiere reconocido (voluntaria o forzosamente). Pero, si por alguna otra razón se privara a un sujeto de la posibilidad de impugnar un determinado instrumento particular no firmado, el mismo adquiere a su respecto la eficacia probatoria de un instrumento particular firmado reconocido, por lo que la única diferencia práctica de la distinción entre una y otra clase de instrumentos a su respecto, quedaría en el caso del acta firmada mediando mandato para firmar aprobado - aun tácitamente-, completamente desdibujada.

4) Para los socios ausentes y los terceros, el acta constituye un instrumento particular no firmado en todos los casos, sea que la misma se inserte en libros rubricados o no, ya que ellos no la han firmado. Sin embargo, en este caso, aunque el acta de asamblea constituya un instrumento particular no firmado para ambos, producirá diferentes efectos prácticos con relación a los terceros y a los socios ausentes.

Socios Ausentes: En el caso de los socios ausentes la eficacia probatoria del acta de asamblea como instrumento particular no firmado es mayor que respecto de los terceros, ya que por razones de fondo queda limitada su posibilidad de impugnarla. Así, si nos limitamos al carácter de instrumento particular no firmado que el acta reviste para el socio ausente, de acuerdo a las reglas generales éste podría impugnarla en todo momento. Sin embargo, entendemos que no podrá hacerlo una vez que dicha impugnación vulnere derechos de terceros. Ahora bien, en tanto que él no ha asistido a la asamblea ni ha dado mandato alguno para que alguien firme por él, lo que al socio ausente lo obliga, no es ciertamente el acta de asamblea como “instrumento” respecto de la cual él es un tercero, sino la asamblea que el acta representa y las resoluciones de la misma de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 233 LGS que dispone que las resoluciones de la asamblea de accionistas “*conformes con la ley y el estatuto, son obligatorias para todos los accionistas*”. Y es por esa obligatoriedad que este sujeto cuenta con dos acciones relativas al fondo: por un lado, cuenta con la acción del CCCN para impugnar de nulidad la asamblea si no se hubieran dado los requisitos formales necesarios para tenerla por constituida; y por el otro cuenta, en virtud de su ausencia que lo

legítima, con la acción del artículo 251 LGS tendiente a impugnar todas o algunas de las decisiones asamblearias. En tanto que la asamblea haya existido, y prescripta a los tres meses desde la clausura de la asamblea la posibilidad de impugnar las decisiones asamblearias, resulta infructífero resguardar para el accionista ausente la posibilidad de impugnar la “prueba” si no le es posible para ese mismo sujeto impugnar el “fondo”, y se vuelve protagonista la necesidad de resguardar los derechos de los demás accionistas y terceros que obren en consecuencia de la constancia documental de la asamblea celebrada y las decisiones que la misma hubiera resuelto. En este orden de ideas, y dado que no se prevé en nuestro ordenamiento una acción específica para impugnar esta clase de instrumentos, ni tampoco una prescripción específica, entendemos que es la interpretación más saludable extender a la impugnación de el acta -como instrumento particular no firmado por parte del socio ausente- el mismo plazo de prescripción previsto para la acción de impugnación de las decisiones que ese acta prueba, es decir, 3 meses, ya que por otro lado puede interpretarse la situación del socio ausente como una clase de silencio en la que el sujeto “tiene la obligación de expedirse”, por ejemplo, impugnando -si correspondiere y se dieran las causas legales-, en los términos del artículo 263 CCCN que dispone que el silencio se considera como una manifestación de voluntad cuando haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes, entendiéndose que el accionista ausente que no ha impugnado la decisión asamblearia, manifiesta su voluntad prestando conformidad tanto con la legalidad de la decisión -lo que no implica que éste de acuerdo con ella, en resguardo de su derecho de receso- como con su prueba instrumental. Y en consecuencia, aunque no muta el carácter de instrumento particular no firmado con relación al accionista ausente, su posibilidad de impugnarlo se verá en este caso limitado al plazo de tres meses desde la clausura de la asamblea por las razones expuestas precedentemente.

Impugnación del acta por cualquiera de los socios: Sea cual sea el resultado de la asamblea es viable que el acta labrada al efecto, presente discordancias con lo ocurrido, y en tanto que hemos admitido para la prueba de la asamblea y de la decisión todos los medios de prueba, deben basarse en ellas, permitirse la impugnación de la misma, sin necesidad de afectar ni la asamblea ni la decisión. Sin embargo, en base a lo expuesto, entendemos que el plazo de prescripción para impugnar el acta variará de acuerdo a quien fuera el sujeto impugnante, que por las razones ya expuestas, será de 3 meses para los ausentes y de 30 días para los presentes no firmantes, en tanto que carecen de ella los socios firmantes (cuya firma se hubiere reconocido voluntaria o forzosamente), por aplicación de las reglas generales.

Para los terceros: El acta de la asamblea es siempre un instrumento particular no firmado y pueden en consecuencia impugnarlo en todo momento en que se les pretenda oponer. Sin embargo, podemos considerar como posibilidad eventual afectación de la eficacia probatoria del acta en consideración a la clase de tercero de que se trate, si consideramos que se aplica a las actas pasadas en libros societarios la totalidad de las disposiciones previstas por el CCCN en los artículos 320 y stes. del CCCN, en lugar de considerar que la remisión de limita a ciertas formalidades. La LGS no hace distinciones con relación a las formalidades de la contabilidad y de los libros societarios y para ambos efectúa la misma remisión al Cod.Com.⁸, (artículos 61 LGS- documentación y la contabilidad- como en el artículo 73 LGS - formalidades de libros de las actas de órganos colegiados-), que hoy debe entenderse hecha a la Sección de Contabilidad y Estados Contables del CCCN que reemplaza las disposiciones del Cod.Com.(artículos 320 a 331 del CCCN). Aunque no queda del todo claro si la Documentación y Contabilidad es una “nueva forma”, o si se trata de una tercer especie de instrumentos particulares lo que queda claro es que con relación a la eficacia probatoria, la contabilidad y estados contables tienen mayor eficacia probatoria que la genérica prevista para los instrumentos particulares no firmados en forma genérica. Así el artículo 330 del CCCN titulado “Eficacia Probatoria” realiza un acabado detalle de la eficacia probatoria de la contabilidad, la cual varía en base a la combinación de dos factores: (i) si la misma es llevada en forma; y (ii) contra quien se pretende probar, a resultas de lo cual, su eficacia probatoria resulta “sin admitírsele prueba en contrario”; “valorable por el juez quien puede exigir, si lo considera necesario, otra supletoria” o como “principio de prueba de acuerdo con las circunstancias del caso”. En cuanto a las formalidades de la contabilidad que aumentan su eficacia probatoria en líneas generales, consiste en la habilitación de los registros o la rubricación de los libros, y la ausencia de enmiendas no salvadas por asiento independiente, ambos requisitos, vigentes y plausibles con relación a las actas llevadas en libros societarios.

Por lo que si admitimos que la referencia de los artículos 61 y 73 de la LGS es genérica, y no solo limitada a las formalidades, es posible admitir entonces que las actas societarias, aunque no mutan su naturaleza de instrumento particular no firmado tendrían la eficacia probatoria de la contabilidad, que variará de acuerdo a la clase de tercero de que se trate, pero fundamentalmente, que en todos los casos, es mayor, que la que pueda tener con relación a cualquier tercero el acta pasada fuera de libros o en libros no rubricados, o aún en los mismos pero sin las formalidades requeridas por el articulado citado precedentemente.

CONCLUSIONES:

⁸Farina, Juan M. Tratado de Sociedades Comerciales. Actualización. T.IV, Zeuz, Rosario, 1992, P. 84.

1) Tanto la asamblea en si misma como la decisión asamblearia son actos jurídicos formales solemnes absolutos, pero en ninguno de ellos la forma impuesta consiste en un instrumento, y en consecuencia el acta no integra los requisitos necesarios para la existencia de la asamblea ni de la decisión asamblearia.

2) Se admite para la prueba de la asamblea y de la decisión asamblearia, todos los medios de prueba, pero en tanto que el acta es el medio elegido por la ley para probar las decisiones asamblearias, de existir, debe valorarse por encima de otros medios probatorios.

3) Un instrumento público tienen tal carácter siempre y erga omnes. Un instrumento particular en cambio puede revestir carácter de instrumento privado con relación a una persona –quien lo firmó- y de instrumento de particular no firmado con relación a todos los demás. La clasificación de los instrumentos particulares es subjetiva.

4) Para la sociedad, el acta de asamblea tendrá siempre carácter de instrumento privado por cuanto el artículo 73 de la LGS dispone que debe firmarla el presidente.

5) Con relación a los accionistas firmantes, el acta de asamblea constituye un instrumento privado.

6) Con relación a los socios presentes no firmantes, la designación de “dos accionistas para la firma del acta de asamblea” en los términos del artículo 246 inciso 3 de la LGS constituye un mandato tácito dado por los socios presentes a favor de los socios firmantes para que suscriban el acta por ellos. Este mandato se entiende aceptado y ejecutado con la efectiva firma del acta y se entiende ratificado por los no firmantes de acuerdo al 862 CCCN si no es observada en el plazo de treinta días desde la firma del acta. Como consecuencia de ello, el acta así firmada se imputará al mandante desde la ratificación, y el revestirá para él, el carácter de instrumento privado. En cualquier caso, desde ese momento el mandante ya no podrá impugnar el contenido del acta.

7) Para los socios ausentes y los terceros, el acta constituye un instrumento particular no firmado, pero con diferente eficacia probatoria en cada caso. Para los socios ausentes la eficacia probatoria es mayor que respecto de los terceros, ya que su posibilidad de impugnar el acta se ve limitada al plazo de tres meses desde la clausura de la asamblea. Para los terceros, si consideramos que se aplica a las actas pasadas en libros societarios la totalidad de las disposiciones previstas por el CCCN en los artículos 320 y stes. del CCCN, (y no solo las formalidades), la eficacia probatoria de las mismas variará de acuerdo a la clase de tercero de que se trate, pero en todos los casos la misma será mayor que la que pueda tener con relación a cualquier tercero el acta pasada fuera de libros o en libros rubricados pero sin las formalidades requeridas por los artículos mencionados.