

Citación sugerida: LL, 26-4-2007, p.1.

ASAMBLEAS UNANIMES

Diego Duprat*

SUMARIO: I. La justificación de la regla del art. 237 in fine, LSC.- II. ¿Puede la asamblea unánime *autoconvocarse*?.- III. ¿Se deben tener en cuenta las abstenciones en el cómputo de la unanimidad?- IV. ¿Debe exigirse la unanimidad en la aprobación de todos los puntos del orden del día para considerar válida la asamblea unánime?.- V. Bibliografía citada.

El completo artículo del Dr. Carlos Molina Sandoval¹, sobre las asambleas unánimes, motivó las siguientes reflexiones dirigidas a destacar la ineficiencia de la regulación del art. 237, última parte, de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC).

I. La justificación de la regla del art. 237 in fine, LSC:

Bajo el subtítulo de “Asamblea unánime”, la LSC permite obviar el requisito de publicidad de la convocatoria a asamblea cuando se verifican dos supuestos: uno, que se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social y, el otro, que las decisiones se adopten por unanimidad de acciones con derecho a voto. En otras palabras: que estén todos y que las decisiones se tomen por unanimidad.

La norma en cuestión tiene por objeto permitir la celebración de una asamblea sin necesidad de cumplirse con la publicación de su convocatoria, siempre y cuando se garantice el efectivo conocimiento de ésta por parte de los accionistas que representen el total del capital social, lo que se obtiene con la presencia de todos éstos en el acto asambleario.

Téngase en cuenta que la ley no dispensa la convocatoria a asamblea, sólo exime su publicación.

Por ello, y debido a que en la convocatoria debe indicarse el orden del día (art. 237, LSC), al momento de constituirse la asamblea, los accionistas aceptan los asuntos a tratar en la misma, por lo que, a esta altura, no podrían alegar desconocimiento o desinformación sobre los mismos. Además, siempre les queda la posibilidad de votar en contra, de abstenerse, o de retirarse y así disminuir el quórum de la totalidad del capital, necesario para dar validez a las resoluciones que tome la asamblea unánime. De esta manera, se protege a los accionistas de la eventual falta de conocimiento de la convocatoria a asamblea, por dispensa de su publicidad previa.

De todas maneras, y cualquiera que fuera la asamblea de que se trate, ésta tiene la facultad de tomar decisiones sobre materias no incluidas en el orden del día, siempre y

* Profesor Derecho Societario, Dpto. de Derecho, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca.

¹ “Asambleas unánimes”, LL, 21-2-2007, pág. 1.

cuando estuviere presente la totalidad del capital y las decisiones se adoptaren por unanimidad de las acciones con derecho a voto (art. 246, LSC). En este caso, distinto al de la última parte del art. 237, LSC, sí viene plenamente justificada la formación de la voluntad social por decisión unánime del quórum total, para evitarles a los accionistas perjuicios derivados de la falta de información.

Hasta aquí pareciera que la solución de la ley es eficiente: si están todos, se celebra la asamblea, lo que implica que aceptan someterse al tratamiento del orden del día de la convocatoria.

Pero, ¿Por qué el legislador agregó un segundo requisito (además del quórum total), consistente en que las decisiones que tome la asamblea lo sean por unanimidad de votos, alterando, así, la regla general de la mayoría?

Se ha dicho que este segundo requisito encuentra su justificación en la protección del derecho de información de los accionistas evitando que sean sorprendidos en el tratamiento de temas que no conocen o sobre los cuales no están debidamente informados (FARGOSI, 1972, p. 1136 y 1978, p. 224).

Como ya dijimos esta prevención es innecesaria; porque el derecho de información de los accionistas queda protegido por el quórum total y, eventualmente - ante el tratamiento de temas no incluidos en el orden del día o, directamente, ante la inexistencia de orden del día- mediante el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 246, LSC, que exige la unanimidad de las acciones emitidas con derecho a voto

Por lo que no es necesario dejar de lado la regla de la mayoría, de comprobada eficiencia y eficacia en las decisiones colegiales, para garantizar lo que se pretende garantizar: el conocimiento por todos los accionistas de la convocatoria a asamblea, lo que se obtiene con la exigencia del quórum de la totalidad del capital (BUTTY y NISSEN, 1995, p. 21).

Pero, como las regulaciones legales ineficientes no son gratis, alguien termina pagando sus costos y, en última instancia, son los socios quienes lo hacen. La sustitución de la regla de la mayoría por la de la unanimidad -cuando ya se encuentran reunidos la totalidad de los accionistas y se tiene por conocida la convocatoria (orden del día incluido)- deviene innecesaria y genera costos asociados a la notificación de la convocatoria por medios informales; a los generados por la propia reunión; al del traslado de los socios, constitución de la asamblea, desarrollo, etc., para que luego, si no se logra la unanimidad o el mantenimiento del quórum totalitario a lo largo de la asamblea, deba efectuarse una nueva convocatoria y, ahora sí, publicarse. Siempre quedando a salvo el supuesto del art. 246, LSC, ya mencionado.

En definitiva, no encontramos argumentos que justifiquen el apartamiento de la regla de la mayoría, aun en la asamblea unánime (art. 237 in fine, LSC).

II. ¿Puede la asamblea unánime *autoconvocarse*?

La doctrina nacional está dividida sobre el punto.

Los que sostienen que la asamblea unánime puede *autoconvocarse* argumentan que la ley peca de excesivo e inútil formalismo y que se “está en frente a la máxima expresión de voluntad de que es capaz la sociedad” con facultades suficientes para *autoconvocarse* (ZALDIVAR et al., p. 350/351); que las asambleas unánimes no actúan como órgano de la sociedad sino como un esquema contractual de manifestación de la voluntad de los socios (DOMITROVICH et al., 2001, p. 183); que -en la misma línea- se sostiene que la asamblea unánime constituye una relación contractual donde cada accionista recupera integralmente sus derechos y solo tiene apariencia de un acto colegial y orgánico, “pues la asamblea unánime no es sino una asunción del derecho propio e individual contractual constitutivo, eliminando el facultamiento al colegio (asamblea) de formar la voluntad social por mayoría” (RICHARD y MUIÑO, 1998, p. 468 y MUIÑO, 1997, p. 756); que “los socios son la sociedad misma y, por ello, cuentan con potestad suficiente para decidir «per se» y, mucho más, para reunirse sin necesidad de recurrir a medios u órganos supuestamente necesarios” (ZAMENFELD, 1982, p. 794); que si la ley exige que la convocatoria deba efectuarse mediante publicaciones y las publicaciones no resultan exigibles para el caso de las asambleas unánimes, pareciera que la convocatoria tampoco lo debiera ser (MONSEGUR, 2006, p. 796). También MASCHERONI y MUGUILLO, 2000, p. 250 y 2001, p. 367 se expidieron a favor de la posibilidad de omitir la convocatoria, pero por aplicación de la res. IGJ 1/76; como también ARECHA y GARCIA CUERVA, 1977, p. 358; SASOT BETES y SASOT, 1978, p. 551; FARINA 1973, p. 158/9; PERROTTA, 1981, p. 1091; VERON, 1986, p. 752/53 (sólo para las sociedades cerradas o de familia) y VILLEGAS, 1997, p. 307².

Por otra parte, los que sostienen la improcedencia de la *autoconvocatoria* (EIDELMAN, 1973; GONZALEZ de ZAVALA, 1976, p. 23 y 24; HALPERIN, 1980, p. 376 y 1974, p. 568; VERON, 1978, p. 221 y 1986, p. 752/53 (si se trata de sociedades abiertas); FARGOSI, 1978, p. 224; NISSEN, 1982, p. 567 (aunque lo considera un requisito excesivo); MOLINA SANDOVAL, 2007, p. 2; ROITMAN, 2006, p. 75; la I.G.J.³ y entre los que nos incluimos) argumentan –con diferencias y matices- el respeto a la regulación legal que, con carácter imperativo, impone la convocatoria para todo tipo de asamblea y el sometimiento al principio de indisponibilidad de la distribución de competencias entre los órganos de la sociedad, principio que no encumbra a la asamblea en órgano supremo ni soberano, sino en un órgano societario más, con funciones específicas y cuyo funcionamiento debe ajustarse a los procedimientos y condiciones legales, dentro de los que se encuentra la obligatoriedad de su convocatoria. En virtud de este principio (indisponibilidad de las competencias orgánicas), que constituye uno de los pilares del sistema y estructura de la sociedad anónima, la asamblea no puede arrogarse facultades otorgadas a otros órganos. Si se *autoconvocara* sería nula por omisión del requisito de convocación (HALPERIN, 1974, p. 568/569/643/645; en contra: VERON, 1986, p. 753) o podría correr el riesgo de que ni siquiera se la considerare una asamblea de accionistas (“asamblea no es cualquier reunión de

² CAMARA y ESPINOSA, 1977, p. 23 sugieren modificar el art. 237, último párrafo, LSC, derogando la exigencia de la convocatoria previa.

³ “Comital Convert S.A.”, res. I.G.J. n° 1452/03, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 19, dic. 2004, ref. n° 3744, www.societario.com y “Don Crescencio S.A.”, res. I.G.J. n° 1461/03, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 19, dic. 2004, ref. n° 3682, www.societario.com

accionistas, aunque fuere la de todos éstos, sino la que se realice por lo general con determinado quórum y luego de una convocatoria en forma, para tratar exclusivamente, en principio, los asuntos indicados en el “orden del día” e incluidos en la convocatoria y resolverlos de acuerdo a las respectivas reglas estatutarias y legales”, MALAGARRIGA, 1958, p. 462; “no cualquier reunión de todos los accionistas es asamblea”, GONZALEZ de ZAVALA, 1976, p. 24)⁴.

También debe distinguirse el acto de convocatoria a asamblea (“convocación”, ALEGRIA 1963, p. 100), que debe cumplir con los presupuestos legales y ser dictado por órgano competente, de la publicidad de la convocatoria, que también tiene requisitos legales que cumplimentar como presupuesto de validez. Se trata de dos actos distintos, cada uno con sus exigencias propias. La publicidad de la convocatoria puede obviarse en las asambleas unánimes, la convocatoria a asamblea no. La asamblea –incluida la unánime- no tiene competencia para *autoconvocarse*, ya que la ley atribuye la facultad de convocarla al directorio o al síndico, según el caso y, ante su imposibilidad, dispone que la convocatoria deba pedirse administrativa o judicialmente (art. 236, LSC).

No descartamos, no obstante, la conveniencia de una reforma legal que permita a la asamblea unánime *autoconvocarse*, básicamente por aplicación del principio de libertad contractual y de formas que debe regir en la regulación de las sociedades cerradas (ámbito donde tiene plena operatividad y utilidad la norma de la última parte del art. 237, LSC), pero, tal como está redactada hoy la ley, no cabe admitirla.

III. ¿Se deben tener en cuenta las abstenciones en el cómputo de la unanimidad?

Otro punto de tensión entre la regulación analizada (exigencia de unanimidad) y el régimen general de las sociedades anónimas se encuentra en el cómputo de los votos abstenidos, o mejor dicho, de las abstenciones.

Entendemos que, aún con la exigencia de la aprobación unánime de los temas sometidos a consideración de la asamblea, debe respetarse la abstención de aquellos accionistas obligados a hacerlo (arts. 241 y 248, LSC), porque de lo contrario se negaría la posibilidad de celebrar asambleas unánimes cuando existieran accionistas con abstención de voto impuesta legalmente (OTAEGUI, 2005, p. 178) y se alteraría el sano y eficiente régimen de abstenciones obligatorias.

Los accionistas que deban obligatoriamente abstenerse de votar en ciertos temas, si bien son titulares de acciones con derecho a voto, no pueden ejercerlo en el caso concreto por imposición legal, debiendo abstenerse; y tal abstención no debiera influir en el cómputo de la unanimidad (EIDELMAN, 1973; PERROTA, 1982, p. 1094; ZAMENFELD, 1982, p. 795), ya que obligar al accionista con prohibición de voto en determinadas cuestiones a expedirse con su voto favorable en aras de obtener la unanimidad requerida, sería contrario a la ley y condenaría a las decisiones tomadas con voto prohibido, a su inexorable nulidad.

⁴ “El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial ...” (KELSEN, 1960, p. 130).

Si la ley impone la abstención obligatoria en las asambleas regularmente convocadas, no se advierte razón alguna para apartarse de esta regla general en las asambleas unánimes. Cuando, en definitiva, la justificación de esta prohibición (mantener el deber de lealtad que se deben administradores y accionistas y los accionistas entre sí) merece que sea mantenida en todo tipo de asamblea. Y, de todas maneras, serían abstenciones que también se verificarían si la asamblea hubiera sido “regular” por haberse publicado su convocatoria.

Esta tensión entre la exigencia de unanimidad y las abstenciones obligatorias muestra lo asistemático de tal exigencia dentro del régimen de votación y mayorías de las asambleas.

En este sentido, se sugiere interpretar que la unanimidad se refiere al total de los votos que puedan emitirse en la respectiva decisión, siguiendo en esto la normativa de los artículos 243 y 244, LSC (en este sentido: SEGAL et al., 1973, p. 532; SEGAL y GAGO, 1977, p. 28; BRIZUELA y RICHARD, 1977, p. 19; OTAEGUI, 2005, p. 179).

Además, –ahora *de lege ferenda*– si se aceptara la toma de decisiones en las asambleas unánimes por aplicación del principio de la mayoría, favorecería el libre juego de las abstenciones voluntarias, tan necesario para garantizar un mínimo de ética en la conformación de la voluntad social. Si bien la sola abstención puede constituir un óbice para tener por válida la asamblea unánime, en virtud del texto del art. 237 in fine, LSC, se ha sostenido que la conducta posterior del socio que se abstuvo de votar podría llegar a validar la asamblea, ya sea porque consintió expresamente el acto (PERCIAVALLE, 2007, p. 13), porque el socio abstenido fuera el que solicitó la inscripción de la resolución asamblearia (CNCom., Sala D, 27-4-2006, “I.G.J. c/ BMW de Argentina S.A.”⁵) o porque todos los socios hayan firmado el acta de asamblea (BRIZUELA y RICHARD, 1977, p. 19).

IV. ¿Debe exigirse la unanimidad en la aprobación de todos los puntos del orden del día para considerar válida la asamblea unánime?

El art. 237, in fine, de la LSC dispone que la asamblea unánime será válida cuando se encuentre reunido todo el capital social y las decisiones –todas– se tomaran por unanimidad⁶.

Esta redacción también muestra la incongruencia de la norma y su falta de coherencia con el sistema societario, ya que si existiera un solo punto del orden del día que no fuera adoptado por unanimidad, tal circunstancia sería suficiente para viciar toda la asamblea, como asimismo las demás decisiones que sí hubieran obtenido la aprobación unánime.

⁵ Revista Electrónica de Derecho Societario n° 28, dic. 2006, ref. n° 7864, www.societario.com

⁶ Téngase en cuenta que el art. 237, in fine, LSC dispone que para que la “asamblea unánime” sea válida se requiere que las decisiones se adopten con quórum total y voto unánime, mientras que el art. 246, LSC solo se refiere a la validez de las “decisiones”, ya que en dicha regulación no está en juego la validez de asamblea alguna, la que se convoca y realiza en forma regular.

Los costos que tal norma genera saltan a la vista, como también la presión que sufrirá el accionista disidente, “poniéndolo ante la disyuntiva de acomodarse al punto de vista de la mayoría para evitar la nulidad de la asamblea, o dejar sin efecto los acuerdos en que participó con los demás accionistas en la asamblea” (WINIZKY, 1977, p. 21).

Sostenemos que, tanto la asamblea como las decisiones tomadas con los recaudos del art. 237, LSC, deben ser reputadas válidas aún cuando no se hayan adoptado todos los temas a tratar por el voto unánime de los accionistas, siempre y cuando sean separables, con el alcance de lo dispuesto por el art. 1.039 del Código Civil (nulidad parcial).

La falta de unanimidad en la adopción de una decisión, solo deberá afectar su validez pero no las de las demás decisiones tomadas en forma unánime, siempre y cuando se haya mantenido el quórum de la totalidad del capital social (MOLINA SANDOVAL, 2007, p. 5). Las decisiones que no hubieran sido adoptadas por unanimidad, lisa y llanamente carecerían de efectos, pero nunca alcanzarían a afectar al acto asambleario, ni las decisiones resueltas por el voto unánime de todos los accionistas con derecho a voto.

V. Bibliografía citada:

- ALEGRIA, Héctor (1963); Sociedades anónimas, Forum, Bs. As.
- ARECHA, Martín y GARCIA CUERVA, Héctor M. (1977); Sociedades comerciales. Análisis y comentario de la ley 19.550 y complementarias, 2ª edic., Depalma, Bs. As.
- BRIZUELA, Carmen Estela y RICHARD, Efraín Hugo (1977); “Asamblea unánime”, Libro de ponencias del I Congreso de Derecho Societario, T. II, Depalma, 1979.
- BUTTY, Enrique M. y NISSEN, Ricardo A. (1995); “Necesidad de eliminar el régimen de la unanimidad en la adopción de los acuerdos sociales en las asambleas celebradas en los términos del art. 237 in fine de la ley 19.550”, Libro de Ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Edit. Ad-Hoc, T.I.
- CAMARA, Héctor y ESPINOSA, Carlos Alberto (1977); “Asamblea unánime”, Libro de ponencias del I Congreso de Derecho Societario, T.II, Depalma, 1979.
- DOMITROVICH, Daniel; MARCOS, Guillermo A. y ESANDI, Luis M. (h) (2001); “¿Puede convocarse una asamblea?”, Libro de ponencias del VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano del Derecho Societario y de la Empresa, T.II.
- EIDELMAN, José R. (1973); “Asamblea unánime: ley de sociedades comerciales”, Revista del Notariado nº 728 (versión electrónica).
- FARGOSI, Horacio P. (1970); “La abstención de voto en las asambleas de sociedades anónimas”, Jurisprudencia Argentina, 140-Secc. Doctrina-1021.
- FARGOSI, Horacio P. (1972); “Anotaciones sobre la asamblea unánime en la ley de sociedades comerciales”, La Ley, 148-1137.
- FARGOSI, Horacio P. (1978); “La asamblea unánime”, en Estudios de Derecho Societario, Ed. Abaco, Bs. As.
- FARINA, Juan M. (1973); Sociedades anónimas, Zeus, Rosario.
- GONZALEZ de ZAVALA, María de los Ángeles (1976); “Asamblea unánime: necesidad de la convocatoria”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1976, año nº 9, Depalma.
- HALPERIN, Isaac (1980); Curso de Derecho Comercial, Vol. II, Depalma, Bs. As.
- HALPERIN, Isaac (1974); Sociedades anónimas, Depalma, Bs. As.
- KELSEN, Hans (1960); Teoría Pura del Derecho, Eudeba, Bs. As.
- MALAGARRIGA, Carlos (1958); Tratado Elemental de Derecho Comercial, T.I, 2ª edic., TEA, Bs. As.
- MANOVIL, Rafael M. (1995); “La asamblea unánime que adopta decisiones por mayoría”, Libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T. 1.

- MASCHERONI, Fernando H. y MUGUILLO, Roberto A. (2000); Ley de Sociedades Comerciales, Errepar, Bs. As.
- MASCHERONI, Fernando H. y MUGUILLO, Roberto A. (2001); Manual de sociedades civiles y comerciales, Edit. Universidad, 2da. Edic., Bs. As.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A. (2007); "Asambleas unánimes", La Ley, 21-2-2007.
- MONSEGUR, Rafael (2006); "La regularidad de las asambleas autoconvocadas", La Ley, 2006-B-795.
- MUÑO, Orlando M. (1997); "Algunas reflexiones sobre la asamblea unánime", Jurisprudencia Argentina 1997-IV-755, LexisNexis OnLine, Lexis N° 0003/000891.
- NISSEN, Ricardo A. (1983); Ley de Sociedades Comerciales, T.II, Edit. Ábaco, Bs. As.
- OTAEGUI, Julio C. (2005); "Asamblea unánime", El Derecho, 214-174.
- PERCIAVALLE, Marcelo L. (2007); "Asambleas unánimes. Supuestos de configuración del voto abstenido", Errepar, Práctica y Actualidad Societaria, Febrero 2007, T.II, n° 115.
- PERROTTA, Salvador R. (1981); "Consideraciones sobre la asamblea unánime en la sociedad anónima", La Información, XLIII-1087.
- RICHARD, Efraín H. (1995), "En torno a la asamblea unánime", "La asamblea unánime que adopta decisiones por mayoría", Libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T. I, pág. 142.
- RICHARD, Efraín H. y MUÑO, Orlando M. (1998); Derechos societario, Edit. Astrea, Bs. As.
- ROITMAN, Horacio (2006); Ley de Sociedades Comerciales, T.IV, La Ley, Bs. As.
- SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel P. (1978); Sociedades anónimas. Las asambleas, Edit. Ábaco, Bs.As.
- SEGAL, Rubén, LAGOS, Ricardo J. y CILIBERTO, Juan A. (1973); Ley de Sociedades. Análisis jurídico-contable, Fedye-La Ley, Bs. As.
- SEGAL, Rubén y GAGO, Carlos B. (1977); "Asamblea unánime", Libro de ponencias del I Congreso de Derecho Societario, T.II, Depalma, 1979.
- VELEZ, Héctor G. (2001); "Es necesaria la firma de todos los accionistas en la asamblea unánime", Libro de ponencias del VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T.II, 2001.
- VERON, Alberto V. (1978); Nuevo régimen de sociedades comerciales, Astrea, Bs. As.
- VERON, Alberto V. (1986); Sociedades Comerciales, T.3, Astrea, Bs. As.
- VILLEGAS, Carlos G. (1997); Sociedades comerciales, T.II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- WINIZKY, Ignacio (1977); "Asamblea unánime", Libro de ponencias del I Congreso de Derecho Societario, T.II, Depalma, 1979.
- ZALDIVAR, Enrique; MANOVIL, Rafael M.; RAGAZZI, Guillermo E. y ROVIRA, Alfredo L. (1980); Cuadernos de derecho societario, vol. III, Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As.
- ZAMENFELD, Víctor (1982); "Algunos temas en materia de Asamblea Unánime", La Información, XLVI-793.