

Citación sugerida: Revista Electrónica de Derecho Societario, Número extraordinario en homenaje al Dr. Enrique Manuel Butty, www.societario.com,

LAS ENSEÑANZAS DEL PROFESOR ENRIQUE BUTTY Y EL FUNCIONAMIENTO DE LAS ASAMBLEAS UNANIMES.

Diego Duprat*

Fueron muchas veces que Enrique Butty vino a Bahía Blanca y aún hoy es habitual que, tanto en seminarios como en charlas informales, se lo siga recordando con sus chispeantes salidas o comentarios eruditos.

En agradecimiento a tan gratos recuerdos la Cátedra de Derecho Societario del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca) quiso estar presente en el homenaje que la Revista Electrónica de Derecho Societario le organizara a Enrique M. Butty.

A tal fin nos referiremos a una ponencia presentada -en conjunto con Ricardo Nissen- en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario, celebrado en la ciudad de Buenos Aires, en octubre de 1995¹, cuyas conclusiones mantienen su vigencia y actualidad.

Dicha ponencia proponía “la supresión del régimen de unanimidad en la adopción de los acuerdos sociales en las asambleas unánimes, en las cuales deben regir las mayorías previstas por los arts. 243 y 244 de la ley 19.550, según la clase de asamblea de que se trate.”

Tal afirmación se fundamentaba en: el apartamiento de las soluciones del derecho comparado; en que resulta “asistemática y disfuncional” ya que el instituto se orienta a prescindir de la publicidad, dada la presencia unánime de los socios, aspecto al que es ajeno el régimen de mayorías”, y en que llega a “consagrar el veto por accionistas minoritarios” en abierta incompatibilidad con la regla de la mayoría.

Coincidimos con tal posición, la reiteramos y nos permitimos desarrollar algunos argumentos adicionales.

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

Bajo el subtítulo de “Asamblea unánime”, la ley de sociedades permite obviar el requisito de publicidad de la convocatoria a asamblea cuando se dan dos presupuestos: 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 todo y que las decisiones se tomen por unanimidad.

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

* Profesor Titular Ordinario “Derecho Societario”, Dpto. de Derecho, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, dduprat@uns.edu.ar, diegoduprat@bvconline.com.ar.

¹ “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, pág. 21.

Así, se sustituyen las formas y procedimientos tendientes a dar publicidad a la convocatoria a asamblea por el efectivo conocimiento que surge de la presencia de todos los accionistas.

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

La asamblea –incluida la unánime- no tiene competencia para autoconvocarse (DUPRAT, 2007), ya que la ley atribuye la facultad de convocar a la asamblea al directorio o al síndico, según el caso y, ante su imposibilidad, dispone que la convocatoria deberá pedirse administrativa o judicialmente (art. 236, LSC)². Por el principio de 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 reservadas a otros órganos, aún cuando se adhiera a la distinción entre “acto o relación contractual” y “acto colectivo colegial” (RICHARD, 1998 y DOMITROVICH et al, 2001), fundada en la concurrencia de la totalidad del capital y de unanimidad en la toma de decisiones.

Ante la necesidad de contar con la convocatoria de la asamblea, la misma debe cumplir con la indicación de los temas a tratar, pudiendo la asamblea tomar decisiones sobre materias no incluidas en el orden del día sólo si estuviere presente la totalidad del capital y la misma se adoptare 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.

Por ello, y debido a que en la convocatoria a asamblea debe indicarse el orden del día (arts. 236 y 246, LSC), al constituirse la asamblea con la totalidad de los accionistas, éstos 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 retirarse y disminuir el quórum unánime necesario para dar validez a las resoluciones asamblearias (OTAEGUI, 2005).

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. Y, siempre, les queda el recurso de retirarse tornando inválida la decisión que se tome sin el quórum unánime requerido. De esta manera se protege a los accionistas ante la falta de conocimiento de la convocatoria a asamblea.

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

Este requisito ya no tiende a proteger la publicidad de la convocatoria a asamblea, porque al estar presente la totalidad de los accionistas se presume que conocen los términos de la convocatoria y los temas a tratar. Y si no se los conociera debidamente, siempre resulta aplicable la exigencia del art. 246, LSC, que impone que las decisiones sobre materias ajenas al orden del día se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto emitidas.

Pareciera que este segundo requisito encontraría justificación en la protección al derecho de información de los accionistas (FARGOSI, 1972 y 1978) evitando que sean

² A favor de permitir la autoconvocatoria de la asamblea unánime: DOMITROVICH, MARCOS y ESANDI, 2001; MASCHERONI y MUGUILLO, 2000; MONSEGUR, 2006. En contra: HALPERIN, 1980 y 1974; VERON, 1978, FARGOSI, 1978; SASOT BETES y SASOT, 1978; ZALDIVAR et al, 1980, NISSEN, 1982 (aunque lo considera un requisito excesivo); IGJ (“Comital Convert S.A.”, res. I.G.J. n° 1452/03 y “Don Crescencio S.A.I.”, res. I.G.J. n° 1461/03), MOLINA SANDOVAL, 2007.

sorprendidos en el tratamiento de temas que no conocen o sobre los cuales no están debidamente informados.

Como ya dijimos esta prevención es innecesaria.

No era necesario dejar de lado la regla de la mayoría, de comprobada eficiencia en las decisiones colegiales, para garantizar lo que se pretendía garantizar: el conocimiento por todos los accionistas de la convocatoria a asamblea, lo que se mantenía protegido con la regla del quórum unánime.

Pero como nada es gratis con las regulaciones legales ineficientes, 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 ha abastecido la carga de dar noticia a todos los accionistas, deviene innecesaria y genera costos asociados a la notificación de la convocatoria por medios informales; a los que genera 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 publicarse.

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

2. ¿Invalidez de la asamblea o de la resolución asamblearia?

La lectura del art. 237, in fine, de la LSC sugiere que la asamblea unánime será válida cuando se encuentre reunido todo el capital social y las decisiones –todas- se tomaran por unanimidad.

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 bastaría para viciar toda la asamblea y las demás decisiones que sí hubieran obtenido la aprobación unánime.

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).

Sostenemos que la asamblea y las decisiones tomadas en el marco del art. 237, LSC son 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.

La falta de unanimidad en la adopción de una decisión, solo afectará su validez pero no las de las demás decisiones, siempre y cuando se haya mantenido el quórum de la totalidad del capital social (MOLINA SANDOVAL, 2007).

3. Supuesto de la aprobación de la regla de la mayoría para la toma de resoluciones asamblearias:

Se ha sostenido que los accionistas, votando unánimemente, pueden resolver tomar las decisiones por mayoría, resolución que sería plenamente válida (MANOVIL, 1995 y RICHARD, 1995, 1998).

La propuesta es interesante y tal vez, llegada la cuestión a la justicia ésta mantendría la validez de las decisiones asamblearias tomadas bajo esas circunstancias, en primer lugar porque no existiría legitimado alguno para impugnar la decisión asamblearia so pena de ir contra sus propios actos; y, en segundo lugar, porque no se

podría acreditar un perjuicio concreto. De todas maneras, siempre se mantiene el conflicto sobre la disponibilidad de las normas imperativas que, en el caso del texto del art. 237, in fine, de la LSC parece indubitable, aunque la solución que da tal norma no pueda considerarse como de orden público por no estar en juego más que el supuesto y dudoso derecho de información de los accionistas.

4. Conclusión:

Por lo expuesto, no sugerimos ninguna coartada para evitar la disposición legal (art. 237, última parte, LSC), sino –directamente– su modificación de manera de suprimir la exigencia de unanimidad en la adopción de decisiones en las denominadas asambleas unánime, siempre y cuando se mantenga el quórum de la totalidad del capital social.

Bibliografía:

- BRIZUELA, Carmen Estela y RICHARD, Efraín Hugo (1977); “Asamblea unánime”, Libro de ponencias del I Congreso de Derecho Societario, T. II, pág. 19.
- 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 Dcho. Societario y de la Empresa, Ad-Hoc, T.I, pág. 21.
- CAMARA, Héctor y ESPINOSA, Carlos Alberto (1977); “Asamblea unánime”, Libro de ponencias del I Congreso de Derecho Societario, T.II, pág. 23.
- 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, pág. 179.
- DUPRAT, Diego; “Asambleas unánimes” (2007), en La Ley, 26-4-2007, p. 1.
- FARGOSI, Horacio P. (1970); “La abstención de voto en las asambleas de sociedades anónimas”, JA 140-Secc. Doctrina-1021.
- FARGOSI, Horacio P. (1972); “Anotaciones sobre la asamblea unánime en la ley de sociedades comerciales”, LL 148-1137.
- FARGOSI, Horacio (1978); “La asamblea unánime”, en Estudios de Derecho Societario, Abaco, Bs. As.
- HALPERIN, Isaac (1980); Curso de Derecho Comercial, Vol. II, Depalma, Bs. As.
- HALPERIN, Isaac (1974); Sociedades anónimas, Depalma, 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. I, pág. 77.
- MASCHERONI, Fernando H. y MUGUILLO, Roberto A. (2000); Ley de Sociedades Comerciales, Errepar, Bs. As.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A. (2007); “Asambleas unánimes”, LL 21-2-2007, pág. 1
- MONSEGUR, Rafael (2006); “La regularidad de las asambleas autoconvocadas”, LL 2006-B-795
- NISSEN, Ricardo A. (1983); Ley de Sociedades Comerciales, T.II, Edit. Abaco, Bs. As.
- OTAEGUI, Julio C. (2005); “Asamblea unánime”, ED 214-174
- PERCIAVALLE, Marcelo L. (2007); “Asambleas unánimes. Supuestos de configuración del voto abstenido”, Errepar, Práctica y Actualidad Societaria, Febrero 2007, T.II, nº 115, pág. 12.
- RICHARD, Efraín H. (1995), “En torno a la asamblea unánime”, “La asamblea unánime que adopta decisiones por mayoría”, Libro de ponencias VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Dcho. Societario y de la Empresa, T. I, pág. 142.
- RICHARD, Efraín H. y MUIÑO, Orlando M. (1998); Derechos societario, Edit. Astrea, Bs. As.
- SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel P. (1978); Sociedades anónimas. Las asambleas, Edit. Abaco, Bs.As.
- SEGAL, Rubén y GAGO, Carlos B. (1977); “Asamblea unánime”, Libro de ponencias del I Congreso de Derecho Societario, T.II, pág. 25.
- VERON, Alberto V. (1978); Nuevo régimen de sociedades comerciales, Astrea, Bs. As.

WINIZKY, Ignacio (1977); "Asamblea unánime", Libro de ponencias del I Congreso de Derecho Societario, T.II, pág. 21.

ZALDIVAR, Enrique; MANOVIL, Rafael M.; RAGAZZI, Guillermo E. y ROVIRA, Alfredo L. (1980); Cuadernos de derecho societario, vol. III, Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As.