

## **EL VOTO EN LAS ASAMBLEAS UNANIMES Y LA LEGITIMACION PARA IMPUGNAR SUS DECISIONES A PARTIR DE “IGJ c/ BMW DE ARGENTINA S.A.”**

*Sara Patricia Llorente*

### **Sumario**

El art. 237 de la ley de sociedades denomina unánimes a las asambleas en las que se encuentran presentes los accionistas que representan la totalidad del capital social. En estas asambleas lo primordial es la presencia de la totalidad del capital accionario, porque es el que permite a todos los accionistas prestar su consentimiento sobre la unanimidad de dicha junta, no coincidimos con la estricta aplicación de la unanimidad en la toma de decisiones y menos aun que ello haga a la validez de la misma pues excede los límites de la realidad societaria. Creemos que su validez radica en el consentimiento de todos los accionistas para que la asamblea sea unánime. En este sentido el fallo de la Sala D resulta oportuno y ejemplificador.

### **I. Introducción**

El art. 237 de la ley de sociedades -en adelante, L.S.C.- denomina unánimes a las asambleas en las que se encuentran presentes los accionistas que representan la totalidad del capital social, las decisiones son tomadas por unanimidad y no es obligatoria la publicación de la convocatoria.

Podemos afirmar que se trata de “asambleas ideales” porque de ellas emana la verdadera voluntad del órgano de gobierno. La presencia de todos los socios -inclusive de los titulares de acciones que carecen de derecho de voto- y la ausencia de discrepancia al momento de la suscripción del acta, denota la pareja ausencia de conflictos entre los accionistas. A esto se debe sumar que la no

obligatoriedad de publicar el aviso, refleja la realidad de los accionistas de la sociedad anónima cerrada, toda vez que los mismos no se caracterizan por consultar el Boletín Oficial a fin de tomar conocimiento sobre la existencia de las convocatorias a asambleas.

En estas asambleas lo primordial es la presencia de la totalidad del capital accionario, porque es el que permite a todos los accionistas prestar su consentimiento sobre la unanimidad de dicha junta.

En cambio, no coincidimos con la estricta aplicación de la unanimidad en la toma de las decisiones y menos aún que ello haga a la validez de la misma porque consideramos que excede los límites de la realidad societaria.

Sin querer abrumar al lector con legislación comparada, que excede los límites de la presente ponencia, creemos oportuno mencionar que en legislaciones extranjeras como la española <sup>(1)</sup> y la chilena <sup>(2)</sup>, entre otras, se adopta el criterio de exigir unanimidad solamente para aceptar la celebración de la junta y no así en las decisiones que en ella se tomen. En nuestro país no nos encontramos ajenos a tal criterio toda vez que en nuestro Proyecto de Reforma de la Ley de Sociedades del 2005 <sup>(3)</sup>, se propone la modificación del art. 237 mediante el siguiente texto "... *Asamblea unánime*. La asamblea se tendrá por convocada y podrá celebrarse válidamente cuando se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la asamblea. Mientras todos estén presentes la asamblea puede deliberar y resolver sobre todas las materias que son de su competencia. El estatuto puede exigir que en estos casos las resoluciones se adopten por unanimidad. En su caso, se aplicará lo dispuesto por el artículo 73, sexto párrafo".

---

(1) Art. 98: No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto siempre que esté presente todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la junta.

(2) Ley 18.046, art. 60: Podrán celebrarse válidamente aquellas juntas a las que concurran la totalidad de las acciones emitidas con derecho a voto, aun cuando no hubieren cumplido las formalidades requeridas para su citación.

(3) Proyecto de los Dres. Jaime Luis Anaya, Salvador Darío Bergel, Raúl Aníbal Etcheverry y que contó con la colaboración de los Dres. Edgar Jelonche, Rafael Mariano Manóvil, Julio César Otaegui y Carlos S. Odriozola. Ver nota de elevación al ministro de Justicia.

Pero hasta que el Proyecto no sea ley, carecerá de obligatoriedad porque no reviste el carácter de ser una fuente directa del derecho; por lo que consideramos que el fallo de la Sala D, de la Cámara en lo Comercial, del 27/4/06, en el caso: "Inspección General de Justicia c/ BMW de Argentina S.A." se transformó en un precedente fundamental para interpretar los alcances del cumplimiento de los requisitos formales a los que se deben sujetar las asambleas unánimes, si bien se trata de una fuente material por lo que no tiene autoridad propia, sino que *"dando cuenta de la verdad de sus postulados y la justicia o conveniencia de su solución, persuaden y hacen que los órganos con poder las adopten para aplicarlas"* (4).

## II. Desarrollo

La importancia del decisorio, base de nuestra ponencia, radica no sólo en la acertada valoración que tuvo la Sala D, respecto de las circunstancias por las que uno de los accionistas se abstuvo de votar en la asamblea, sino que también acoge el reclamo que desde antaño, ha realizado tanto la doctrina nacional (5) como la extranjera (6), en pos de una modernización del derecho societario y de la flexibilización de la normativa para la sociedad anónima cerrada.

Hasta el presente pronunciamiento, nuestros tribunales sólo se habían expresado tangencialmente (7) sobre la validez de las decisiones

(4) Cifuentes, Santos, *Elementos de derecho civil*, Depalma, Bs. As., 1997, p. 4

(5) *"En el deseo de paliar en lo posible la rigidez de esta exigencia, es que se ha propuesto y vaya ganando adeptos en la doctrina, la idea de que se mantenga la unanimidad del capital social, como requisito para la constitución de la asamblea unánime, pero que lograda la constitución, las decisiones sean tomadas por la mayoría de votos presentes"* (Sasot Betes, Miguel - Sasot, Miguel P, *Sociedades Anónimas. Las asambleas*, Abaco, Bs. As., 1978, p. 556).

(6) *"... resulta necesario, en suma, en las juntas universales, el consentimiento unánime para su celebración. No, en cambio, para tomar acuerdos que se decidirán en cada caso con arreglo a las mayorías legales o estatutarias. Tampoco se requiere la presencia constante de todo el capital desembolsado, requisito que conduciría a la exigencia de unanimidad en los acuerdos, ya que bastará ausentarse para llegar al mismo resultado"* (Rubio refiriéndose a la Ley española de sociedades citado por Sasot Betes, en op. cit., ps. 556-557).

(7) "De otro lado, destacase que la asamblea que decidió la modificación estatutaria no fue unánime (ver fs. 236/41), afectando la decisión votada al

de estas asambleas cuando no se había cumplido, en forma estricta, con la unanimidad exigida.

No es el caso de la doctrina que, como ya hemos hecho referencia -ver nota 5- viene bregando por la adecuación de las decisiones conforme al principio mayoritario.

En el caso, la sociedad demandada celebró una asamblea general ordinaria unánime en cuyo transcurso -punto 7 del orden del día- se decidió la designación de tres directores, uno de los cuales revestía el *status* de socio y que, por cuestiones de elegancia, se abstuvo de votarse a sí mismo. Pese a dicha abstención en la misma asamblea, aceptó el cargo de director y vicepresidente de la sociedad, suscribiendo el acta respectiva.

La Inspección General de Justicia -en adelante, IGJ- mediante la resolución particular N° 128 /2005 <sup>(8)</sup>, denegó la inscripción del acta de la referida asamblea por considerar que la misma no revistió el carácter de "asamblea unánime" conforme al art. 237 L.S.C..

La frustración de la inscripción del acta de designación de directores por parte de la IGJ, excedió los límites de su competencia como órgano de contralor, toda vez que estaba en presencia de una nulidad relativa que había sido subsanada con la confirmación expresa del accionista. Las nulidades asamblearias se deben encarar restrictivamente y con miras a la conservación y normal desenvolvimiento de la empresa.

Fue exacerbada la postura de la IGJ en el presente caso porque se aferró desmesuradamente al rigorismo formal del acto que se da cuando, como afirma Raspi <sup>(9)</sup>, "*... el juzgador se abraza a una estructura adjetiva carente de contenido en sí misma; cuando no pretende la preservación de un derecho material, sino la forma por la forma misma*".

---

accionista ausente a quien ni siquiera podría imputarse -frente a un futuro cuestionamiento- *haber prestado consentimiento al respecto*" (CNCom., Sala E, 8/8/1986, RDCO, 1987-154 (el resaltado nos pertenece). Claramente la Sala E dejó entrever, aclarando que no se presentaba el supuesto, que el consentimiento prestado por el accionista que no votó validaría la decisión asamblearia como unánime.

(8) Publicada en [www.societario.com](http://www.societario.com)

(9) Recomendamos, al lector, el excelente trabajo sobre el tema realizado por Raspi, Arturo Emilio, "La garantía constitucional de defensa, el debido proceso adjetivo y el rigorismo formal", E.D., 179-737.

Rigorismo que no acogió el tribunal, toda vez que de hacerlo, se hubiera violado la doctrina de la Corte Suprema de Justicia conocida como "*exceso ritual manifiesto*", donde se consagra como principio que el excesivo rigorismo formal descalifica la propia forma, que pierde así su razón de ser.

Consideramos que la IGJ llevó a los estrados de la justicia, en detrimento del erario público y de la empresa, una cuestión que no afectaba los intereses de terceros, como tampoco avasallaba los de la sociedad ni los del propio accionista que se abstuvo de votar.

Que el accionista haya decidido abstenerse de votar, no implicó discordancia con la decisión adoptada, sino la sola manifestación de su voluntad de no hacer prevalecer su interés personal por sobre el de la sociedad. No existe norma, en nuestro ordenamiento societario, que prohíba a un accionista votarse a sí mismo para ejercer el cargo de director, síndico o integrante del consejo de vigilancia, como tampoco existe norma que lo obligue a hacerlo. Como afirma Claret Martí <sup>(10)</sup>: "*El accionista puede darse el voto a sí mismo para ser electo director de la sociedad u otro cargo de la dirección o inspección de la misma; es él a quien corresponde aquilatar en su conciencia el interés social de tal designación*".

No existen limitaciones ni obligaciones legales al respecto pero, recordando las palabras de Malagarriga <sup>(11)</sup>: "*Es sin embargo de señalar, que un fallo ha establecido que el voto del accionista en asuntos que le conciernen anula la deliberación si dicho voto ha determinado la mayoría*". No cabe duda que al accionista le concernía el tema, toda vez que iba a ser elegido director y vicepresidente de la sociedad.

Pero la IGJ no tuvo en cuenta al impugnar la decisión, que por no tratarse la misma de una cuestión de orden público, y por lo tanto de nulidades absolutas, sino de nulidades meramente relativas, la legitimación para impugnar la resolución defectuosa era únicamente del accionista que no votó. Sólo él podía alegar el vicio en la decisión

---

(10) Citado por Sasot Betes, en op. cit., p. 315.

(11) El autor hace referencia al fallo de la Cámara Comercial del 31/3/1943. Ciertamente anterior a la sanción de nuestra ley de sociedades pero no por eso menos valedero el principio que recepta (Malagarriga, Carlos, *Tratado elemental de derecho comercial*, primera parte, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As, t. I, p. 528).

tomada, por lo tanto, pasado el plazo del art. 251 L.S.C., y existiendo manifestaciones reiteradas del único legitimado, quien no objetaba el acto sino que lo consentía - firmando el acta, aceptando el cargo, protocolizando el acta de la asamblea, etc.- si éste luego lo hubiese impugnado, cualquier tribunal le habría rechazado la impugnación debido a que el impugnante ya había dispuesto de su derecho a impugnar. Además de resultar esta vía, una contradicción con sus propios actos.

Pero volviendo a nuestra afirmación de que la unanimidad existió y que ha quedado demostrada por la falta de interés contrapuesto del accionista que se abstuvo de votar, al expresar su voluntad de aceptar el cargo, consideramos que la observancia de la formalidad del voto unánime carece de utilidad toda vez que se trata de una sociedad de dos socios, donde el minoritario es elegido director, hecho que por otra parte, nos demuestra a las claras que no se advierte otra posibilidad de acuerdo que la unanimidad, aunque ésta no sea estrictamente formal como lo estipula el art. 237 L.S.C.. Es una cuestión de lógica: Si A vota a B como director y B se abstiene de votar pero acepta expresamente el cargo, A y B están unánimemente de acuerdo.

La Sala D sostuvo que pese a la abstención del accionista de votarse a sí mismo, las designaciones de los directores realizadas por la asamblea son válidas y ordenó la inscripción del Acta de Asamblea con costas a la IGJ.

El consentimiento para que la asamblea sea unánime es lo que le otorga la validez a la decisión y no el sentido que pueda tener el voto del accionista.

Si, por ejemplo, en lugar de abstenerse de votar, hubiera votado en contra pero con una manifestación expresa de la validez de la decisión adoptada por la mayoría, la asamblea seguiría siendo inimpugnable, porque las nulidades relativas tienen como fundamento la protección de los particulares y son subsanables por medio de la confirmación. Y podemos avanzar aún más y afirmar que, en una asamblea donde se tomó una decisión por unanimidad de los accionistas presentes pero en la que uno de ellos se encontraba ausente, si este último no impugna el acto dentro del plazo legal o lo convalida la decisión será válida.

Siempre que, en las asambleas en estudio, se tomen decisiones sin la unanimidad de voto exigida por el art. 237 L.S.C. es claro que tenemos un acto inválido, pero éstos actos siempre pueden ser convalidados o subsanados por la voluntad del o los accionistas que no hayan sido los causantes de la nulidad – quienes se abstuvieron

de votar, los que lo hicieron en contra de la decisión y hasta quienes estuvieron ausentes – porque como el vicio puede afectar sus intereses, queda en manos de ellos resolver las ulterioridades del acto, ya sea reclamando su impugnación conforme al art. 251 L.S.C., subsanándolo por medio de la confirmación expresa, manteniéndose inactivo hasta que transcurran los tres meses de caducidad que fija el artículo, o bien ejecutando el acto viciado como si no lo fuera y de tal modo produciendo la confirmación tácita.

El art. 1059 del Código Civil, establece que: “La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad”. Por lo tanto, la confirmación es una vía para que el accionista -que se abstuvo de votar, que votó en contra, o que estuvo ausente- haga desaparecer los efectos invalidantes de la nulidad y le dé eficacia a la decisión de la asamblea que estaba viciada. De ninguna manera hará desaparecer el vicio que invalidaba al acto, porque éste se produjo cuando se tomó la decisión sin contar con el voto afirmativo de todos los accionistas, pero los que sí desaparecerán serán los efectos de la nulidad que afectaba a la decisión de la asamblea unánime.

Es claro que si hablamos de convalidación de la decisión de la asamblea viciada, es porque la misma carga con una nulidad relativa, porque las decisiones de la asamblea que estén afectadas por una nulidad absoluta, por haberse afectado no sólo los intereses de los accionistas sino de también los de la comunidad, no pueden ser ni convalidadas ni confirmadas sean éstas unánimes o no.

### III. Conclusiones

Se trata de un caso en el cual no existió el vicio invocado por la IGJ y que nos deja el alentador precedente de entender que resulta adecuado *“circunscribir el concepto de unanimidad a la presencia de los accionistas en las asambleas y no estrictamente al sentido del voto que se adopta; en particular, cuando el abstenido – tal como acontece en autos – acepta la validez de la resolución ”*<sup>(12)</sup>.

---

(12) De los considerandos del fallo.

El fallo de la Sala D de la Sala en lo Comercial resulta sumamente oportuno y ejemplificador, pues en el contexto societario en el que también se desarrolla la convivencia de las personas, el ejemplo a seguir debe ser el buen actuar y no la aplicación irrestricta de las normas. El precedente moderniza el derecho de las sociedades, ajustándolo a la realidad de la vida empresarial en beneficio de la sociedad y de sus socios.

Postulamos que la abstención de votar en una asamblea unánime no genera por sí sola la invalidez de la decisión asamblearia, siempre que ésta no sea contraria a la ley, el estatuto o el reglamento -conforme el 251 L.S.C.- y que al tratarse, entonces, de una nulidad meramente relativa, es el accionista que se abstuvo de votar el único legitimado para promover la acción dentro del plazo de caducidad que prescribe la ley. Por lo que no se debe realizar una aplicación mecanicista del art. 237 L.S.C. y menos aún que la misma sea realizada por el órgano de control externo.

Sostenemos también, que la validez de la decisión no radica en el voto unánime de todos los accionistas sino en el consentimiento prestado por ellos para que la asamblea sea unánime.

Que el vicio existente a causa de votos abstenidos, contrarios o hasta por ausencia de accionistas, perderá sus efectos nulidificantes si estos accionistas manifiestan en forma expresa o tácita la aceptación de la resolución adoptada por la mayoría.