

## COMISION II

Rubén Darío Gomez

### ACERCA DE LA ASAMBLEA UNANIME

#### INTRODUCCION

El nuevo régimen legal de las Sociedades Comerciales que tiene su base en la Ley 19550, ha sido reconocido unánimemente no solo como una puesta al día de nuestra legislación en este campo, sino también como un cuerpo armónico y completo de normas que vino a dar solución y seguridad jurídica ante los problemas que la vida del tráfico comercial estaba planteando a este tipo de sociedades, superando largamente a la muy magra legislación anterior sobre la materia.

Pero quizás sea más relevante destacar el hecho de que la mencionada ley, avanzando por sobre un criterio de prudencia que muchas veces solo sirve para mantener al derecho rezagado de la realidad viviente a la cual va dirigido, ha sabido innovar profundamente en muchos institutos, virtud no muy frecuente en el legislador, creando y receptando diferentes soluciones jurídicas que son puestas a disposición de los entes societarios, como herramientas útiles para el mejor desarrollo de sus fines y objetivos. De entre ellos vamos a tomar para su consideración a la denominada en nuestra ley: asamblea unánime, que es aquella que sin convocatoria previa se reúne válidamente cumpliendo ciertos requisitos de quorum y mayorías decisorias.

Su estudio lleva a observar los muy especiales recaudos que le impusiera el legislador y las notorias divergencias que, ante situaciones que se plantean, se han suscitado en la doctrina.

#### TRATAMIENTO DE LA ASAMBLEA UNANIME EN NUESTRA LEY

Al considerar a la asamblea en general, Halperin (1) enumera los supuestos de su validez o eficacia, a los que divide en intrínsecos y de forma, incluyendo entre estos últimos a la convocatoria regular, la reunión, la deliberación, la votación y el acta. En el caso de la asamblea unánime tenemos que, al ser llamada por medio de una convocatoria no publicada, la ley acentúa la rigurosidad de su estimación en cuanto al quorum para su constitución y en relación con los votos necesarios para conformar la voluntad social.

La ley 19550 estudia a la asamblea en 22 arts. (del 233 al 254 inclusive) pero no ha considerado otorgar uno solo de ellos al tipo asambleario en estudio, solo un último párrafo del art. 237 se ocupa del mismo definiéndolo y estableciéndole las siguientes exigencias: "podrá celebrarse sin publicación de la convoca-

toria cuando se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social y las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto".

No es arbitrario resaltar el tratamiento otorgado a este tipo de asamblea, por que consideramos que, precisamente, la desvalorización con que es legislada y la irregularidad que se le endilga por su falta de publicidad legal convocante, ha hecho que se extreme en la ley el rigorismo con que es regulada y que dicha rigidez de tratamiento se haya transmitido a gran parte de la doctrina la cual, generalmente, ha extremado sus criterios interpretativos al valorar los recaudos a cumplimentar por parte de una asamblea unánime, para poder ser considerada como tal.

Desde luego las opiniones han sido encontradas y dispares y por ello creemos conveniente considerar algunas de las diferentes situaciones que se han estudiado en particular, como así también expondremos nuestra posición en cada caso.

#### A.- Lugar de reunión

En su art. 233 nuestra ley establece que las asambleas "deben reunirse en la sede o lugar que corresponde a jurisdicción del domicilio social".

Sostiene Perrotta (2) que "es de estricta aplicación" al caso. Igual criterio adoptan Zaldivar y otros (3), Ripert (4) y la Insp. Gral. de Pers. Jurid. -- También Halperin (5), por que de lo contrario estima que sería una asamblea anulable. Es correcto que, dentro de nuestra normativa legal, el lugar de la celebración debe ser el determinado por el art. 233 de la ley, concordamos con Halperin en que "la norma legal elimina problemas sobre el lugar de celebración", al fijar estrictamente cual debe ser el mismo.

Pero consideramos que deberá receptarse un criterio más amplio en futura reforma, por que coincidimos con Sasot Tetes y Sasot (6), quienes citan en su apoyo a De Gregorio, cuando exponen que "si una asamblea es unánime en asistencia y unánime en las decisiones, lo que menos importa es el lugar donde circunstancialmente se reúna"; con Verón (7) quien sostiene que "jurídica y prácticamente nada se opone a que las asambleas unánimes puedan celebrarse en cualquier lugar"; y con Farina (8) cuando dice que "puede tener lugar en una localidad distinta de la del domicilio social". También está de acuerdo Uría (9) al analizar la ley española la cuyo art. 63 es de idéntico criterio a nuestro 233, al decir que "habiendo de estar presente en ellas todo el capital desembolsado, decaen las razones de protección a los accionistas en que se inspira el art. 63".

#### B.- Presencias

Al respecto, la ley establece el requisito de que "se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social" (art. 237). Parece claro y terminante que la presencia de quienes sean titulares o representen al capital social completo, sea cual sea el tipo o clase de acciones que posea, es lo único que ha querido y dispuesto la legislación al respecto.

Sin embargo, ante determinados supuestos, vemos nuevamente aquella colisión de la doctrina de la que habláramos anteriormente. Citemos algunos ejemplos:

- Tenedores de bonos

Con relación a la presencia de los tenedores de bonos con derecho a voto (de las otras modalidades de bonos parece indiscutible lo innecesario de sus presencias) vemos que Mascheroni (10) apunta que en este tipo de asambleas delibera "el plenario de los socios, sin exclusiones y sin inclusiones de terceros relacionados al destino de la sociedad, pero ajenos a la condición jurídica de socios", y agrega que "es innecesaria la concurrencia, cuando los hay, de tenedores de bonos de goce o participación". Igual criterio parece sustentar Perrotta cuando expresa que "no es indispensable la asistencia de bonistas y debenturistas".

Halperin (11) no aclara nada al respecto, pero solo exige la concurrencia de "la totalidad de poseedores de acciones emitidas".

En cambio Zaldivar y otros (12) sostienen que "los tenedores de bonos con derecho de voz y de voto deben estar presente para que la asamblea sea válida" también Cámara y Espinosa (13) sostienen que debe dejarse aclarado en dicho art. -el 237- la necesidad de dichas asistencias con lo cual, estiman "se precisaría mejor el concepto de quorum".

Consideramos que la situación de los poseedores de bonos con derecho a voz y voto no está contemplada en la letra de la ley, probablemente por una omisión no intencional del legislador, pero receptando los principios generales que sustentan la estructura societaria, no creemos aceptable tolerar que, con la utilización de un mecanismo especial de convocatoria, los accionistas puedan lesionar -justificados intereses de terceros a quienes se ha otorgado el decisorio derecho de voto en las asambleas.

#### - Asistencia de los directores, síndicos y gerentes

Para el supuesto de la presencia de los indicados funcionarios de la sociedad, estimamos que las posiciones contradictorias de la doctrina obedecen a la redacción del art. 240 de la ley, en cuanto expresa que tienen "derecho y obligación de asistir con voz a todas las asambleas", la cuestión, radica en determinar si sus ausencias pueden dar origen a la nulidad del acto.

Para Halperin (14) ello no sería así por cuanto solo "pueden participar" y "su ausencia importa violación de sus deberes", pero no ataca la legalidad del acto por dicha causa.

Zaldivar y otros (15) son en cambio más contundentes al sostener que es "preciso probar que han sido suficiente y fehacientemente citados". Cornejo Costa (16) estima que deben asistir "por obvias razones de armonía y coherencia de la ley". En cuanto a Matta y Trejo y Luchia Puig (17) han considerado que la redacción de la ley otorga a los funcionarios en cuestión el derecho de "peticionar judicialmente la nulidad de la asamblea "si no fueron llamados a participar"

Es nuestra opinión en cambio que, como sostienen Sasot Betes y Sasot (18) "si los accionistas que concurren a la asamblea unánime juzgan innecesaria la información o rendición de cuentas de esos funcionarios, por la índole de los asuntos a tratar, la obligatoriedad de la asistencia de aquellos no llenaría ningún fin práctico". Con el criterio expuesto ni la falta de citación, ni la ausencia, otorga a los funcionarios indicados ni a terceros, derecho a peticionar la nulidad de la asamblea.

#### C.- Necesidad de la convocatoria

Sobre este tema existe una dualidad de criterio notoria y clara en la doctrina.

Por su necesidad podemos contabilizar a: Fargosi (19) para quien el texto expreso del art. 237 "constituye un requisito novedoso (con relación a la legislación extranjera) en el hecho de que no es admisible la falta de convocación"; se trata de una interpretación que se ha denominado restrictiva. Halperín (20) también considera imprescindible cumplimentar este requisito cuando dice que la sociedad "no puede autoconvocarse, ni designar persona para que la convoque", y citando jurisprudencia francesa añade, "es un rigor necesario para el buen funcionamiento". Eidelman (21) dice que "no es posible la autoconvocatoria, pues la mecánica del problema requiere un orden del día conocido previamente" y González de Zavala (22) es terminante al respecto cuando expresa "la convocatoria es de la esencia de la sociedad. Es el elemental e ínfimo requisito del cual, en nuestra opinión, no puede prescindirse en las sociedades por acciones".

Se opone Perrotta (23) a la que denomina "tesis formalista" sosteniendo "su innecesidad hasta reconocer la autoconvocatoria como definitivamente lo demostrará la resolución 1/76 de la Insp. Gral. de Pers. Jurid.". Igual posición es sustentada por Mascheroni (24) al rechazar lo que estima una interpretación restrictiva y sostener que "en rigor resulta absurdo reclamar -en caso de asamblea unánime- se acredite la decisión del directorio llamando a asamblea". Comparten lo expuesto Arecha y García Cuerva (25) cuando sostienen "la validez de la asamblea unánime, aún sin necesidad de la convocatoria"; y Vergara del Carril (26) al afirmar que exigir dicho requisito "es obvio que carece de sentido".

Por nuestra parte, estimamos correcto fijar la innecesidad de este requisito, aceptando con Cámara y Espinosa (27) que expresarlo claramente en la ley "eliminará las dudas respecto de la convocatoria previa".

#### D.- Aprobación por unanimidad de todos los asuntos tratados

Por la necesidad de que todos los asuntos que considere una asamblea unánime deben ser aprobados por unanimidad porque de lo contrario cae toda la asamblea en sí misma encontramos las opiniones de los Drs. Córdoba y Colombres (28); del Dr. Mascheroni (29) cuando dice: "bastaría una sola disidencia, un solo voto en contra de cualquiera de las resoluciones adoptadas, para que los privilegios acordados por la Ley de Sociedades Comerciales no alcancen a la asamblea totalitaria"; y del Dr. Winisky (30) quien expresa "el art. 237 impide la viabilidad de la asamblea unánime si todas las resoluciones no son aprobadas por unanimidad".

La posición contraria, que compartimos, la encontramos en Brizuela y Richard (31) cuando proponen que "no impide la viabilidad de la asamblea unánime si todas las resoluciones no son aprobadas por unanimidad"; en Sandler cuando expresa que "si una asamblea trata varios puntos y obtiene unanimidad en solo algunos, esos serán perfectamente válidos, no así los otros" (32); igual criterio sostiene Odriozola (33) al considerar que "cada resolución tiene su propia independencia"; y también Otaegui (34) al decir que "lo que se requiere es la unanimidad en cada decisión, y no a la totalidad de las decisiones".

#### E.- Las sociedades del artículo 299 de la ley

Se trata de establecer si las sociedades denominadas "abiertas" deben comuni-

car con la anticipación que establece cada autoridad de control la realización de una asamblea de las designadas como unánimes.

Mascheroni (35) lo considera necesario "para hacer efectivo el control de funcionamiento", criterio que Perrotta (36) sin expresarlo claramente, parece compartir.

Estimamos, con Cámara y Espinosa (37) que no se afecta con la no comunicación el control administrativo por que "la autoridad tiene en su mano los recursos para poner remedio a las violaciones de la ley o del estatuto". Igual criterio es sustentado por Farina (38) al decir "las normas sobre asamblea unánime son aplicables también a las sociedades del art. 299 por cuanto la ley no hace exclusión de las mismas".

### CIRCUNSTANCIAS A CONSIDERAR

Se expusieron precedentemente algunas de las cuestiones referidas a la asamblea unánime sobre las cuales existen divergentes o contradictorias interpretaciones, las que emanan principalmente de asumir ante la misma una posición estricta y rigurosa o, por el contrario, un criterio de amplitud que favorece más ampliamente su carácter de ágil forma de cumplimentación de un acto asambleario válido.

Creemos que las posiciones más exigentes en cuanto a los recaudos que se le reclaman a este tipo de reunión de accionistas, tiene su origen en circunstancias que estimamos necesario considerar debidamente.

#### a.- Tratamiento de la asamblea unánime en la ley

Sin lugar a dudas, la incorporación de esta forma asamblearia en nuestra normativa, lo ha sido por recepción de la jurisprudencia administrativa preexistente, la opinión favorable de la doctrina y el antecedente del derecho comparado, pero pareciera que su tratamiento, un tanto general e impreciso y agregado en un párrafo inserto dentro de un artículo que legisla a su vez otras cuestiones, estaría demostrando que podría no haber nacido de una voluntad unívoca del legislador, ya sea en cuanto a su recepción legal o en cuanto a los requisitos que se le impusieron para su validez.

Puede estimarse también, que la no previsión de los puntos que originan conflictos interpretativos, de los que hemos dado precedentemente algunos ejemplos, tienen quizás justificación en el hecho de no haberse valorado adecuadamente la receptividad inmediata que la vida de los negocios otorgaría a esta nueva figura asamblearia lo que ha hecho que, al decir de Cámara y Espinoza (39) "las asambleas unánimes son las más en la república".

#### b.- Exigencias que van más allá de las formalidades omitidas

Ha expuesto Fargosi (40) que la publicación "configura un recurso técnico que permite equiparar la efectiva intervención con la posibilidad de así hacerlo "porque" el fin querido por la ley es el de posibilitar la concurrencia". Luego, al no efectuarse la denominada convocatoria regular que establece el art. 237, párrafos 1 a 3 de la ley 19550, y por tanto no cubrirse dicho requisito formal, puede aceptarse su omisión práctica solamente en caso de haberse suplido dicha falta por otro medio que sea plena y totalmente idóneo para alcanzar el expuesto

objetivo de la ley al establecer el requisito convocante.

Sin duda alguna, la presencia exigida del total del capital social cubre, en su grado más completo de eficacia, el expuesto interés jurídico que tutela la formalidad publicitaria, que no es otro que el de crear un medio de llevar a conocimiento de los socios la realización del acto asambleario.

Con la convocatoria regular como máximo y solo excepcionalmente, se cumple en tal plenitud el conocimiento de la formalización de tal acto, como el que se expone con la presencia del total del capital social, que es exigencia en la asamblea unánime.

Por lo expuesto, si el único requisito formal omitido aparece totalmente cubierto, no consideramos lógico haber cargado esta figura asamblearia de más exigentes y estrictos comportamientos, entre los cuales sobresale destacar la exigencia de unanimidad en las decisiones a adoptarse, derogándose con ello el principio democrático que se encuentra ínsito en el funcionamiento de los órganos que soportan la estructura societaria.

Dice Fargosi (41) que la asamblea conlleva cumplimentar todo un proceso y que "la falta de uno de los pasos del mismo debe ser suplido con el máximo rigor". Estamos de acuerdo con este criterio para su aplicación en la valoración del medio sustitutivo de la formalidad omitida, pero discrepamos en que dicho máximo rigor se haga extensivo a los demás pasos integrativos del proceso asambleario, sobre los cuales no se produce falta alguna.

#### c.- Imputación de un carácter de excepcionalidad

En el trasfondo de la mayor parte de la doctrina más rigurosa, puede considerarse configurada una valoración de excepcionalidad en el tratamiento de la asamblea unánime, contrapuesta a la llamada convocatoria regular, por cuanto al decir de Fargosi (42) se trata de una "infracción al sistema de publicación de la convocatoria". Es fácil comprender que este prisma valorativo es justificativo lógico de los criterios más rígidos que se han vertido sobre el tema.

Discrepamos totalmente con dichas opiniones.

Creemos que una norma legal (art. 237, 1° a 3° párrafo) establece formalidades a cumplimentar para llenar los recaudos que llevan a dejar configurado el acto asambleario; y que otra norma legal (art. 237, 4° párrafo) permite omitir un requisito disponiendo, en tal caso, otro modus operandi por el que se alcanza idéntico objetivo. Son por lo tanto, dos formas diferenciadas de comportamiento validadas por encontrarse receptadas dentro del mismo plexo normativo. Luego ambas están disponibles, en idéntico grado de eficacia, para su uso por el órgano social asambleario.

#### d.- Creación, por nuestra ley, de mayores exigencias que el derecho comparado

Es en nuestro derecho, como creación que le es propia, y que se aparta de sus antecedentes en derecho comparado (leyes mejicana, española, peruana y francesa y códigos suizo e italiano) donde aparece la derogación del principio de mayoría estructurada en la ley para el gobierno regular del órgano asambleario, al ser sustituido por la necesaria unanimidad como medio de legitimación de las resoluciones que adopta una asamblea unánime.

- 46 -

Creemos sobre este punto que nada justifica al criterio adoptado y que el a gravamiento en las condiciones necesarias para configurar este tipo de asamblea, solo ha conseguido anular, en gran parte, el fin perseguido por la ley de facilitar con este medio el accionar del indicado órgano. Por otra parte, son atendibles en este punto los argumentos expuestos en los apartados precedentes.

### CONCLUSIONES

Proponemos finalmente, las siguientes conclusiones:

1.- Debe legislarse con mayor precisión la figura de la asamblea unánime, evitando la inseguridad jurídica que representa la actual norma legal, receptando las interpretaciones más amplias y favorables que facilitan la validez de la misma, algunas de las cuales se expusieron en este trabajo.

2.- Proponemos avanzar, en la futura reforma de nuestra ley societaria, en la eliminación de aquellos requisitos que innecesariamente, dificultan la práctica y la cumplimentación de este tipo de asamblea societaria y muy especialmente, deben receptarse los principios sobre mayorías que son comunes, para la aprobación de los asuntos tratados por las reuniones unánimes de este órgano social.

===

BIBLIOGRAFIA CITADA

- (1) Halperin, I. "Sociedades Anónimas" - 1974 - pág. 563
- (2) Perrotta, S.R. "Consideraciones sobre la Asamblea Unánime en la Sociedad Anónima" en La Información N° 617 - Mayo de 1981 - pág. 1092
- (3) Zaldivar, E., Manovil, R., Ragazzi, G. y Rovira, A. "Cuadernos de Derecho Societario" To. II - 2° parte - 1976 - pág. 352
- (4) Ripert, G. "Tratado Elemental de Derecho Comercial" - To. II, 1954- pág. 344.
- (5) Halperin, I. "Sociedades ..." - pág. 570
- (6) Sasot Betes, M. y Sasot, M. P. "Sociedades Anónimas - Las Asambleas" 1978 - pág. 554.
- (7) Verón, A.V. "Sociedades anónimas de Familia" To. 2 - 1979 - pág. 103.
- (8) Farina, J.M. "Tratado de Sociedades Comerciales" - parte Especial II - B - 1979 - pág. 179.
- (9) Uria, R. "Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas" To. I - Madrid 1976 - pág. 627.
- (10) Mascheroni, F. "La Asamblea en la Sociedad Anónima" - 1976 - pág. 110
- (11) Halperin, I. "Sociedades..." - pág. 568
- (12) Zaldivar, E., ... "Cuadernos..." To. II - 2° parte - pág. 352
- (13) Cámara, H. y Espinosa, C. "Asamblea Unánime" - Ponencia presentada al 1° Congreso de Derecho Societario 1977-Libro de sus deliberaciones- To. II - pág. 24
- (14) Halperin, I. "Sociedades..." - pág. 568
- (15) Zaldivar, E.... "Cuadernos..." To. II - 2° parte - pág. 351
- (16) Cornejo Costas, E. "Asistencia de los Directores, Síndicos y Gerentes Grales. a las Asambleas Unánimes"-Ponencia presentada al 1° Congreso de Derecho Societario-1977-Libro de sus deliberaciones To. II- pág.29.
- (17) Luchia Puig, H.M. y Matta y Trejo, G.E. "Asamblea Unánime. Citación de Directores, Síndicos y Gerentes Generales" Ponencia presentada al 1° Congreso de Derecho Societario-1977-Libro de sus de liberaciones- To.II - Pág. 17
- (18) Sasot Betes, M. y Sasot, M.P. "Sociedades..." pág. 553.
- (19) Fargosi, H.P. "La Asamblea Unánime", en Estudios de Derecho Societario-1978 pág. 225.
- (20) Halperin, I. "Sociedades..." pág. 567
- (21) Eidelman, J.R. "Asamblea Unánime" en Revista del Notariado- N°785- pág.67
- (22) Gonzales de Zavala, M. "Asamblea Unánime-Necesidad de la Convocatoria" en Rev. del Der. Com. y de las Oblig.-1976- pág.25
- (23) Perrotta, S.R. "Consideraciones..." pág. 1091
- (24) Mascheroni, F. "La Asamblea..." pág. 113
- (25) Arecha y García Cuerva, H. "Sociedades Comerciales" 1975-pág. 358
- (26) Vergara del Carril, A. "Dos innovaciones prácticas en el Derecho Societario", en Rev. Derecho Empresario-To.III-pág. 895
- (27) Cámara, H. y..."Asamblea..." ponencia...To.II -pág. 25.
- (28) Córdoba, C. y Colombres, G. Opiniones vertidas en las Sesiones del Primer Congreso de Derecho Societario-1977-Libro de sus deliberaciones, pág.234.
- (29) Mascheroni, F. "Las Asambleas llamadas Unánimes" en Rev. La Información To. XXIX -pág 501
- (30) Winisky, I. "Asamblea Unánime" Ponencia presentada al 1° Congreso de Derecho Societario -1977- Libro de sus deliberaciones- To II pág.21.

- 48 -

- (31) Richard, E. y Brizuela, C. "Asamblea Unánime" Ponencia presentada al 1er. Congreso de Derecho Societario- 1977- Libro de sus deliberaciones. To. II - pág. 19
- (32) Sandler, E. Opinión vertida en el Primer Congreso de Derecho Societario - 1977 - Libro de sus deliberaciones - pág 233.
- (33) Odriozola, C. Opinión vertida en el Primer Congreso de Derecho Societario - 1977 - Libro de sus deliberaciones - pág. 234
- (34) Otaegui, J. Opinión vertida en las Sesiones del Primer Congreso de Derecho Societario- 1977- Libro de sus deliberaciones - To. II - pág.
- (35) Mascharoni, F. "Las Asambleas llamadas..." La Información - To. XXIX pág 5.
- (36) Perrotta, S.R. "Consideraciones..." pág. 1095
- (37) Cámara, H. y ... "Asamblea..." ponencia:... To. II - pág. 24
- (38) Farina, J.M. "Tratado..." Parte Especial II-B -1979-pág.180
- (39) Cámara, H. y... "Asamblea..." ponencia... To II pág. 24
- (40) Fargosi, H. "La Asamblea... en estudios... pág. 221
- (41) Fargosi, H. "La Asamblea... en Estudios... pág. 224
- (42) Fargosi, H. "La Asamblea... en Estudios... pág. 224

===