

## EN TORNO A LA ASAMBLEA UNÁNIME

EFRÁIN HUGO RICHARD

### PONENCIA

Las formas vienen siendo simplificadas.<sup>1</sup> En relación al acto colegial colectivo se advierte un proceso similar tendiente a acelerar la formalización por ese medio de declaraciones de voluntad<sup>2</sup> imputables a una persona jurídica de la sociedad, particularmente en la anónima, específicamente en relación a las que no hacen oferta pública. Se trata de la posibilidad de aceptar las resoluciones formalizadas sin que medie la reunión colegial.<sup>3</sup>

Debe pensarse en la posibilidad que una sociedad anónima pueda adoptar una resolución de asamblea unánime no en acta sino por consulta escrita.

Con un criterio formalista podría sostenerse que es necesaria la convocatoria previa por el Directorio o por otro legitimado. Con idéntico criterio podría aceptarse que inscriptos la totalidad de los accionistas en el Libro Registro de Asistencia (art. 238, L.S., conforme resulta del cotejo con las constancias del libro del art. 211, Registro de acciones), el acta pudiera estar suscripta por el Presidente de la asamblea y dos accionistas.

Cuestionamos las dos afirmaciones y volveremos sobre la cuestión planteada.

<sup>1</sup> En Grecia se encuentra en trámite de reforma su ley del año 1920 n° 2190, y entre uno de los cambios es la supresión del instrumento público para la constitución (International Company and Commercial Review 1994, c-202, cit. en Rivista delle Società, año 40, 1995, p. 332).

<sup>2</sup> En ese sentido la eliminación de la Junta de Acreedores para deliberar y votar sobre la propuesta de acuerdo conforme la reciente ley 24.522.

<sup>3</sup> El Departamento de Comercio e Industria del Reino Unido ha expedido un "consultive paper" para introducir tal sistema (DTI, Company Law Reform, Resolutions of private companies, London, Febrero 1995), tendiente a eliminar los procedimientos por la Section 381 B y de la Section 390 (2) de la Companies Act que imponen avisar previamente a los revisores de la resolución que se intenta adoptar, sugiriendo abolir también el término de 21 días previsto por la Section 379 A, cit. en Rivista delle Società año 40, 1995, p. 331.

## **FUNDAMENTOS**

### **1. Forma de adoptar las decisiones sociales**

Conforme al principio de autonomía de la voluntad, la ley autoriza que el contrato constitutivo de una S.R.L. regule la forma de adoptar las resoluciones sociales, fijando un sistema subsidiario.

El contrato podría disponer que las resoluciones se adopten siempre en asamblea, pero a falta de previsión, las mismas podrán ser adoptadas a través de la respuesta de los socios a consulta simultánea. El sentido de la decisión o voto de los socios podría estar contenida en un único instrumento, o por cualquier otro medio instrumental que garantice su autenticidad.<sup>4</sup> Si bien la ley exige que esa expresión la formalicen dentro de los 10 días de la consulta simultánea, lo que implica que de no realizarse la consulta en esa forma o recibida la decisión por la gerencia dentro de ese plazo la eventual resolución sería impugnabile.

### **2. Asamblea unánime**

Pero en relación al último párrafo, en orden a la caducidad de esas declaraciones de voluntad independientes para forjar un acto colegial válido imputable a la sociedad, nada impide que la gerencia asegure la unanimidad fuera de ese plazo y ese procedimiento.

Hacemos esta afirmación respecto a la S.R.L., señalando ya la diferencia entre un acuerdo colectivo colegial y una decisión unánime que implica una decisión de carácter negocial donde todos los socios libremente disponen de sus derechos individuales, sin que exista una minoría (ausente o disidente) a la que deba imponerse una resolución colegial adoptada a través del principio de mayoría.

Ese principio contractual se advierte en el art. 1672 del Cód. Civil dispone que: "la mayoría de los socios no puede alterar el contrato social respecto al objeto y modo de la existencia de la sociedad, ni facultar actos opuestos al fin de la sociedad, o que puedan destruirla. Innovaciones de ese género sólo pueden hacerse por deliberación unánime de los socios". Esto significa que toda modificación sustancial del contrato debe ser adoptada por unanimidad de los socios. Esto es coherente en cuanto a que en las sociedades personalistas se mantiene en cuanto a gestión normativa a mantener la relación contractual, abandonada en las sociedades capitalistas o en los actos de gestión de las personalistas al sistema colegial de mayorías.

<sup>4</sup> Nota firmada, acta, carta documento, telegrama, e incluso fax firmado.

No es lo mismo la asamblea unánime que la asamblea universal, que supone presencia de todos los accionistas más no una decisión unánime. Este punto podría pactarse, contractualmente, que se adoptara una decisión colegial al margen de lo previsto en el Estatuto o en la ley. La asamblea universal sigue participando de las características del acto colegial.

Debe distinguirse la naturaleza de la asamblea del negocio constitutivo de una sociedad.<sup>5</sup> A éste se lo sindicó como contractual: Contrato plurilateral de organización, de finalidad común no de cambio, asociativo, del que nace un sujeto de derecho, como hemos analizado al comienzo de este libro.

Al fijarse la naturaleza de contrato plurilateral asociativo, organizativo, del que nace un ente personificado se descartó la naturaleza de acto complejo o acto colectivo donde las voluntades diversas se unen, fundiéndose (complejo) o manteniéndose discernibles (colectivo), pues existe una verdadera negociación previa y un acuerdo de voluntades despejando los intereses contrapuestos en una declaración de voluntad de finalidad común (no de interés común).

Pero ese contrato organiza las declaraciones de voluntad individuales para hacerlas obligatorias como acto colectivo, en Asamblea o Reunión de socios, u órganos colegiados, en tanto cumplan ciertos requisitos formales (de colegio). Se trata de un acto colectivo colegial, deliberación colegial o acto colegial al decir de Messineo. Se altera la unanimidad necesaria en toda relación contractual, sustituidor por esa decisión negocial originaria, en decisiones de mayoría en cuanto se adopten bajo ciertos recaudos formales y sustanciales. El principio de mayoría se recepta a través de la deliberación y resolución colegial, donde cada manifestación es independiente, pero se funden a los fines de adoptar una resolución imputable al nuevo ente.

Messineo señala que cuando el colegio que delibera no está erigido en organismo, acto colegial o acto colectivo coinciden. En cambio cuando el colegio es un organismo unitario —p. ej. la asamblea—, determinado por la ley o un contrato previo, estamos frente a un acto colegial como expresión de la voluntad del órgano y no de sus componentes, y donde no es necesaria siempre la unanimidad, pues la ley o el contrato puede imponer que la voluntad del órgano la forje determinada mayoría.

<sup>5</sup> El punto importa también ingresar en lo que es la organización de la relación (contractual o personificada), y los derechos individuales de los partícipes. Lo concerniente a la relación es normalmente adoptada en forma colegial, y lo concerniente a derechos individuales no es disponible sino contractualmente (o por acuerdo). En el límite de estas cuestiones se encuentran los derechos de grupo que son disponibles colegialmente pero en reunión de todos los interesados del grupo, cuando ese derecho grupal o especial de un grupo ha sido otorgado por el estatuto o la ley.

Es por ello que desde el I Congreso de Derecho Societario intentamos se diferenciara lo que podía resolverse por contrato y lo que podía resolverse por acto colegial: así la prórroga extemporánea antes aún de la reforma del año 1983, o el cambio fundamental del objeto, aunque ese cambio fuere prohibido estatutariamente, pues la asamblea unánime no es sino una asunción del derecho propio e individual contractual, eliminando el facultamiento al colegio (asamblea) de formar la voluntad social por mayoría.

La Asamblea Unánime tiene apariencia de acto colegial y puede revestir integralmente su forma, pero fundamentalmente genera una relación contractual, donde cada accionista recupera integralmente sus derechos y los ejercita para hacerlos coincidir con los restantes.

El acto colectivo supone que se reconozcan las voluntades que forman la decisión y que las mismas se formalicen en un marco.

### 2.1. Convocatoria

La convocatoria a asamblea tiene dos manifestaciones: *a)* interna, formal del órgano convocante, y *b)* externa: Las asambleas serán convocadas por publicaciones... (art. 237, L.S.).

En la Asamblea Unánime debería existir, y a la postre existe pues en caso contrario como se reunirían los accionistas e inscribirían su decisión. Existiendo asamblea unánime se presume esa convocatoria y la conformidad. Aunque se pruebe que no existe sólo existiría un vicio administrativo, pero nunca una invalidez (salvo casos de nulidad absoluta). Adviértase que la Asamblea Unánime tiene naturaleza de acuerdo y no de acto colegial.

### 2.2. Orden del día

La asamblea impone sus decisiones dentro del orden del día, no valiendo como acuerdo colegial las que no se registraran en el temario (son nulas), salvo la decisión unánime cuando se encuentra representado todo el capital con derecho a voto. Puede no ser en asamblea unánime 237, sino meramente *resolución unánime*. Lo mismo si se aceptara unánimemente tratar un punto del orden del día no previsto, para decidirlo expresamente por mayoría, como hemos señalado líneas atrás.

Nos preguntamos si unánimemente podría aceptarse considerar temas y resolverlos por mayoría, inclinándonos por su validez, por cuanto estando presente todos los accionistas estamos más frente a una relación contractual, que a un acto colectivo colegial.

### 2.3. Acta

¿Es el acta requisito esencial de la existencia de la deliberación? Halperín opina que sí, pero creemos que es un exceso. Se trata sólo de un medio probatorio, que recibe prueba en contrario. Así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, recientemente la Cámara 3ª Especial en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba, del 19 de junio de 1990.

Que no es requisito esencial, es la posibilidad de cuestionar la decisión de asamblea desde el mismo momento que se produce y no esperar los cinco días para obtener el acta, pues la decisión a impugnar pudo haberse ejecutado en forma inmediata, impidiéndose así la medida cautelar.

En el caso de la Asamblea Unánime el *acta* adquiere especial relevancia, pues convocatoria y orden del día quedan subsumidos en la seguridad de la *declaración unánime de voluntad*, y es necesario que del acta resulte esa naturaleza, no bastando la suscripción del libro registro de asistencia, sino la suscripción del acta misma. Impone la indicación del orden del día —explícita o implícitamente en la misma acta—, y resolver todas las cuestiones por unanimidad.

### 2.4. Unanimidad a través de consulta

¿Existirá posibilidad de introducir el sistema de la S.R.L. para formalizar una asamblea unánime válida en una sociedad por acciones?

La literalidad del art. 237 *in fine* y 246.1 de la L.S. que refieren a “se reúnan” y “si estuviere presente la totalidad” inclinaría a responder negativamente. Pero ¿se genera algún agravio?, es más se genera agravio si se descalifica esa resolución y se impone el cumplimiento de un requisito formal. Si indubitablemente todos los accionistas hubieran respondido por escrito afirmativamente a una cuestión puntual (orden del día),<sup>6</sup> eligiendo también dos accionistas para suscribir el acta junto con el presidente, y bajo esas condiciones se suscribiera la formal acta prevista en el art. 73, L.S., con respaldo de esa documentación, ¿podrá sostenerse la invalidez de la misma? En este único caso podemos aceptar el acta de asamblea unánime suscripta por presidente y dos accionistas, pues en otros supuestos no reflejaría indubitablemente la existencia de un acuerdo unánime, no respetando la diferencia de naturaleza entre una asamblea mayoritaria y una asamblea unánime.

<sup>6</sup> Eventualmente suscribiendo el libro del art. 238, L.S.

### **2.5. Mandato a directores**

Un tema que soslayamos dentro de las diferencias de ambos actos, es la posibilidad del mandato a directores, apartándose de la prohibición de la ley societaria, en el caso de asamblea unánime.