

La inaplicabilidad del inc. b) *in fine* del art. 158 CCCN

Matías A. Díaz Telli

Ponencia

No podemos dejar que una interpretación literal del flamante inc. b) del art. 158 CCCN nos confunda. En la Sociedad la aprobación de manera unánime del temario a tratar no conforma como válida la decisión de la Asamblea si el tema en particular no fue aprobado por unanimidad o si la minoría que votó en disidencia no consiente su aprobación.

Fundamentación

La nueva redacción del mencionado Artículo indudablemente consagra la posibilidad de la autoconvocatoria de los órganos de gobierno de las sociedades. Este tema había generado varias controversias en el ámbito académico y en especial de los diversos organismos de contralor ha quedado zanjado.

En el ámbito doctrinario la mayoría de la doctrina nacional admitía como superflua la convocatoria por el directorio o de notificación previa de la asamblea unánime, pues la presencia de todos los accionistas hacía innecesaria tal convocatoria, ya que la propia asamblea puede fijar el orden del día. Por otro lado una minoría sostenía que la LSC sólo eximía de publicar la convocatoria en el diario de publicaciones legales, pero de ninguna manera relevaba al órgano competente o autoridad legitimada de efectuar la convocatoria, basándose en la textual redacción de la norma, que establece “sin publicación de la convocatoria”. En la provincia de Mendoza la Dirección de Personas Jurídicas se pronunció reiteradamente en contra de la posibilidad de autoconvocarse de los órganos de gobierno de las sociedades.

Por otro lado, a la vez que la primera parte del inc. b) del mencionado art. 158 CCCN pone fin al eterno requisito de convocatoria previa para que la totalidad de los socios de una sociedad comercial se pudieran pronunciar sobre cualquier tema reservado a la Asamblea; la segunda parte del mismo inciso

nos regala con su frase final (“Las decisiones que se tomen son válidas, si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad”) una nueva duda respecto a la interpretación y aplicación del art. 237 LGS.

Previo a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación el artículo 237 de la entonces Ley de Sociedades Comerciales permitía prescindir de la publicación de la convocatoria cuando se hallaran presentes accionistas que presentaran la totalidad del capital social y siempre y cuando las decisiones se adoptaran por unanimidad de las acciones con derecho a voto para la respectiva decisión. En concreto, debía contarse con la presencia de todo el capital (acciones preferidas incluidas o titulares de acciones en mora, si las hubiere, aunque no voten, pues ellas representa la adecuada integración del capital social en el acto), pero se computaba la unanimidad sobre las acciones con derecho a voto (así, las preferidas no se incluyen, salvo los casos en que adquieren derecho a voto o, bien, si hubieran sido emitidas con derecho a voto simple).

En opinión del Esc. Alberto María Miguens “la circunstancia de que deban votar todos en un mismo sentido –negándoseles la posibilidad de votar en disidencia o incluso de abstenerse– para que la resolución sea válida no es de la esencia de la unanimidad y constituye un requisito desproporcionado e inconducente al fin perseguido, que en ciertas circunstancias puede trocarse en perjudicial para la sociedad y para sus miembros”. Sigue el mencionado autor exponiendo que “El Código Civil y Comercial levanta el guante sobre esa crítica y brinda una solución equilibrada y armoniosa, que hacía mucho reclamaba la doctrina. [...], hoy alcanza que concorra la totalidad de los accionistas y que el temario a tratarse (orden del día) sea aprobado por unanimidad. Logrado el acuerdo unánime sobre el temario, el ordenamiento ahora permite el disenso en la votación. Esto hace a la celeridad en la toma de decisiones y a remover obstáculos que en ciertas y determinadas circunstancias impedirían adoptarlas. Si están todos presentes y acuerdan tratar uno o más temas, ¿a qué efectos forzar inconducentes convocatorias solemnes y avisos sobreadundantes, superfluos y costosos?”

El nuevo sistema implementado permite que lo resuelto por la asamblea unánime sea válido aun no habiéndose adoptado la resolución por unanimidad. Basta simplemente con las mayorías del estatuto y/o La Ley. Es lógico y en la medida que a nadie perjudique, no hay razón para vedarlo.”

Esta opinión no es compartida por el Dr. Vítolo quien opina que en el caso de las sociedades anónimas las decisiones adoptadas deben serlo también por unanimidad.

La interpretación literal de este Artículo parecería traer una solución equilibrada a la falta de celeridad para la toma de ciertas resoluciones y en mi

opinión, si bien la solución aparece, debemos analizar en profundidad el verdadero alcance de la misma.

En primer término, recordemos que sigue vigente el art. 237 LGS y a la luz de lo dispuesto por el inc. a) del art. 150 CCCN resultaría de aplicación a las Sociedades Anónimas lo dispuesto respecto de las mayorías por el primer Artículo citado puesto que la especialidad e imperatividad de esta norma resulta indubitable. Más aún si recordamos que la reforma alcanzada por La Ley 26.994 repasó y modificó ampliamente La Ley 19.550 dejando incólume la redacción del art. 237.

Muy a mi pesar, la frescura y flexibilidad traída al régimen de sociedades por el art. 158, inc. b) *in fine* no podrá ser disfrutada por aquellos que hayan optado por el tipo de la sociedad anónima.

Vale entonces plantearse el caso de aquellos que procuraron regirse bajo el tipo de la Sociedad Anónima pero que expresamente pactaron en el estatuto la aplicación de la última parte del inc. b) del ya referido Artículo. Es mi opinión que esta Sociedad caerá entonces en el régimen de la Sección 4 LGS por la imperatividad del art. 237.

Voy a suponer por un instante que estoy equivocado en el análisis expuesto y que, conforme algunos autores, el Artículo 158 CCCN es de aplicación al tipo de la Sociedad Anónima. ¿Qué cambiaría entonces respecto del régimen actual? En una Asamblea en que la totalidad de quienes debían participar acordaron previo al inicio de la misma el temario a tratar. ¿Es válida la decisión adoptada sobre un tema en particular cuando una minoría votó en contra? En mi opinión depende de la voluntad de esa minoría. ¿Es válida la decisión adoptada cuando se opongan accionistas que sobre el particular no podían votar? Hay que pensarlo...

Son estas dudas las que exponen la *cuasi* inaplicabilidad del inc. b) *in fine* del art. 158 CCCN.

Si la minoría no tiene intención alguna de que se apruebe determinado punto del orden del día de ninguna manera admitirá que el mismo se incorpore en el temario. ¿Y sí lo hizo engañado respecto a la voluntad de los restantes socios respecto a la forma de emitir el voto? ¿Es justificable que La Ley ampare esta conducta en aras a la celeridad? ¿Qué proyección en el tiempo tendría esta sociedad? Sólo se me ocurre el caso –rarísimo– en que una minoría consienta la voluntad de la mayoría respecto de temas determinados y que entienda y acepte la visión distinta de sus socios.

Quizá esta nueva norma sea la herramienta para que veamos en el seno de los órganos societarios de gobierno el nivel de consenso, disenso y tolerancia del que gozamos en los ámbitos de la política y administración pública (¿?).

1238 XIII CONGRESO ARGENTINO Y IX IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

Bibliografía

- VÍTOLO, Daniel Roque(2016), Manual de Sociedades, Bs. As., Editorial estudio.
- ZUNINO, Jorge O., Régimen de Sociedades Comerciales, ley 19.550, Astrea, Bs. As., 2004.
- Muguillo, Roberto; Ley de Sociedades Comerciales, ley 19.550 comentada y concordada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011.
- BUERES, Alberto (director); Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado, Hammurabi, Bs. As.; 2015.
- MIGUENS, Alberto María; Impacto del Código unificado en La Ley General de Sociedades. Asambleas unánimes. En la Revista del Notariado del Colegio de Escribanos de CABA; octubre-diciembre 2015.