

¿PUEDE AUTOCONVOCARSE UNA ASAMBLEA?

**DANIEL DOMITROVICH
GUILLERMO ANDRÉS MARCOS Y
LUIS MARÍA ESANDI (H)**

DESARROLLO

El supuesto de hecho que subyace al interrogante no se encuentra expresamente reglado por la ley 19.550. Hay posturas doctrinales en ambos sentidos ambas circunstancias justifican entonces el análisis del tema. Por otro lado, dado el silencio de la norma, la solución es presentada por los autores, por indicación directa de justificaciones subyacentes a las normas, lo que saca a la luz una dura y eterna controversia entre dos posiciones antagónicas, aquella que hace prevalecer la autonomía de la voluntad de los socios y aquella que jerarquiza en cambio intereses corporativos.

La ley 19.550 fue redactada teniéndose en mira la estructura orgánica de la persona jurídica. Ello implica la introducción de un específico esquema conceptual. El universo de facultades es asignado a distintos órganos que son estructuras normativas formadas por personas a las que se les fija un procedimiento para el ejercicio de facultades y cuyos efectos jurídicos van más allá de las esferas de intereses

del sujeto que la ejerce o los sujetos que integran el órgano. Esta última propiedad, es lo que distingue justamente, el ejercicio de una competencia, del de una capacidad, porque en este supuesto los efectos son atribuidos a quien hizo ejercicio de la facultad. Por esta particular forma de afectar, la competencia (a diferencia de la capacidad) es de interpretación restrictiva: en principio se reconoce a un órgano o a un funcionario, el ejercicio del elenco de competencias *expresamente* concedido por la norma. La *incompetencia* es de interpretación amplia. En cambio la *incapacidad* es de interpretación restrictiva.

Pues bien, la cuestión en debate está referida a una facultad, concedida o no, a uno de los órganos de la sociedad. Una facultad que es fundamental para este órgano, porque justamente mediante su ejercicio es posible el de todas las facultades expresamente asignadas por la ley. Si la asamblea no es convocada, todas sus facultades caen en saco roto. Porque la convocatoria es condición necesaria para su constitución. Si la asamblea carece de facultad de autoconvocarse, entonces no puede *por sí sola* actuar.

1. LA ASAMBLEA COMO ÓRGANO SOBERANO

Autorizada doctrina de los autores reconoce a la asamblea esa facultad¹ y para ello presenta razonables justificaciones. En primer lugar se califica a la asamblea como el órgano soberano porque ejerce los poderes más vitales de la sociedad, porque designa los integrantes de los demás órganos (como el de administración, representación y el de fiscalización), les imparte órdenes, juzga la conducta de aquellos y puede destituirlos. Ergo, frente a la asamblea, los integrantes de los restantes órganos son sus súbditos.

Esta idea esconde dos falacias. La primera proviene del hecho de que dada la supremacía del órgano, se sostenga que éste sea soberano. Esta asimilación de supremacía con soberanía es correcta, en la medida que la relación entre sujetos sea vista exclusivamente en tér-

¹ La posición doctrinal más relevante al respecto, quizá sea la de ZALDIVAR (t. III, p. 419): "*La propia asamblea puede convocar a una asamblea. La Ley no lo prevé ni lo prohíbe. Pero la asamblea es la máxima expresión orgánica de la sociedad y cuenta con las facultades de mayor nivel jerárquico. De allí que resulte lógico que pueda decidir por sí misma la convocatoria de otra asamblea sin contrariar ningún principio societario. Sin embargo, es preciso señalar que sólo una asamblea regularmente constituida puede hacerlo, con lo que se descarta toda posibilidad de una citación realizada por una sesión en minoría. En nuestra opinión, no será preciso que el tema figure en el orden del día, por la índole extraordinaria del asunto y por no implicar en sí mismo una resolución definitiva del órgano*".

mino de órdenes dadas por una autoridad y acatamiento de ellas por los demás. Una persona es suprema (y soberana) si emite órdenes a terceros y éstos sólo acatan; es decir, no cuentan con la potestad de ordenar a aquél. Consiguientemente, si la asamblea cuenta con el poder de impartir órdenes que deberán ser obedecidas por los demás órganos y, en cambio, éstos no cuentan con la misma facultad con respecto a la asamblea, entonces la asamblea es jerárquicamente superior a los restantes órganos de la sociedad.

La base de ese argumento es una presuposición falsa afincada en el hecho de que sólo se puede imponer límites a una persona fijándole deberes bajo amenaza de sanciones. La relación deber/sanción no es el único modo en que una persona puede ser limitada en el ejercicio de sus facultades. Hay otro modo de fijar límites, que exige reconocer la existencia de diferentes clases de normas. Porque está vinculado a normas que fijan competencias y establecen límites para el ejercicio de esa competencia. En este caso, "límites" no significa la presencia de un *deber* sino la ausencia de potestad jurídica². Desde esta óptica, la asamblea (por ejemplo) carece de aquellas facultades que la ley asigna en modo excluyente al directorio (u otro órgano). Por otro lado, sólo serán jurídicamente válidas las decisiones de la asamblea (como de cualquier órgano), si se adoptan de acuerdo al procedimiento fijado para el ejercicio de la facultad. La consecuencia *necesaria*, del incumplimiento del procedimiento o del ejercicio de facultades no asignadas al órgano, no es una sanción sino la nulidad.

De lo expuesto es dable señalar dos conclusiones más. Desde la idea de sujeción normativa *deber - infracción / sanción*, podría afirmarse que la asamblea es el órgano supremo de la sociedad. Pero si se computan otros modos de relación normativa, como el de *competencia - incompetencia / nulidad*, la jerarquía de la asamblea se desvanece. Desde esta óptica exclusivamente, cada órgano es supremo en el ejercicio de la competencia que le asigna la ley. Es que todos y cada uno de los órganos de la sociedad cuenta con un elenco limitado de competencias, y no puede válidamente ejercer aquellas que justamente no se les ha asignado.

Por otro lado, todos los órganos —sin exclusión de ninguno— están sometidos a determinado procedimiento para el ejercicio de la

² HART, H. L. A., *El concepto de derecho* (trad. de Genaro Carrió) Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1961, p. 86.

competencia que la Ley le asigna. Es decir que no es suficiente que ejerza una competencia asignada por la ley, sino que es necesario también que acate el procedimiento que la Ley le impone para lograr la finalidad perseguida por el órgano que es básicamente que los demás órganos acaten los efectos de la decisión adoptada en ejercicio de una facultad. El acatamiento del procedimiento, independientemente de la naturaleza de la competencia, es condición necesaria (pero no suficiente) para la validez del acto que se formule. El incumplimiento es condición suficiente (pero no necesaria) para la invalidez del acto.

Veamos qué se dispone con respecto a la asamblea en la LSC. El art. 233 dispone que la asamblea tiene *competencia exclusiva* para tratar los asuntos incluidos en los artículos 234 y 235. Ello significa que las facultades contenidas en esos preceptos no pueden ser ejercidas por los demás órganos. Pero es cierto que no está imponiendo límite alguno a otra competencia que no fuere la dispuesta por las normas a que remite. El 1º inciso del art. 234 establece las condiciones bajo las cuales, la asamblea puede ejercer competencias asignadas a otros órganos (de administración o fiscalización). En ese sentido, si bien reconoce la posibilidad de que la asamblea ejerza esas facultades, ello está condicionado a que el órgano naturalmente competente eleve la cuestión a consideración de la asamblea ("*...o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos*"). Es decir que, la asamblea no podría arrogarse *por sí sola* la facultad de ejercer competencias conferidas a los otros órganos. Debe esperar que éstos se las sometan a su decisión.

Pero además, la LSC somete a la asamblea a una serie de restricciones procedimentales para el ejercicio de sus facultades. El artículo 233 le impone el deber técnico de reunirse en la sede o en un lugar que corresponda a la jurisdicción del domicilio actual. Hay otra restricción procedimental aún para la asamblea unánime, porque la ley exime del deber (técnico) de publicar pero no de convocarla (237, 3º párrafo, LSC).

2. COMPETENCIA-CAPACIDAD

Si se considera que los intereses en juego en una sociedad son los intereses de los accionistas, es en la asamblea donde se da la posibilidad de que se encuentren reunidos todos los titulares de aquellos intereses. De ese modo, cada uno de ellos no ejercería una competen-

cia, sino la propia capacidad de cada uno de afectar su propia esfera de intereses, en forma coordinada con los demás accionistas.

De esta idea proviene la conclusión de que debe ser a la asamblea a quien se le puede reconocer más facultades que la que la ley le asigna. Porque, en definitiva, en última instancia, serán los mismos accionistas quienes intervendrán en el ejercicio de esa facultad y aquellos son los titulares de todos los intereses en juego.

Esta idea nos lleva a hacer una distinción conceptual acerca de la asamblea. Hay una diferencia cualitativa entre la asamblea unánime y otra que no lo es de una entidad tal como para que la primera no merezca llamarse asamblea. Estando reunidos todos los socios, -como se decía- no hay ejercicio de competencias, porque la decisión de cada integrante del cuerpo no afecta a los demás, en la medida que los demás no coincidan plenamente con aquél. En la asamblea unánime el socio ejerce la autonomía de la voluntad. Por ello no hay necesidad de convocatoria³, de deliberación⁴, temario, exigencias todas que resultan imprescindibles cuando la asamblea sí interviene como órgano. Es cierto que, para que la asamblea unánime o totalitaria sea válida, debe estar presente la totalidad del capital social, incluso aquellos que carecen de derecho de voto. Pero éstos, con su presencia y permanencia para que los demás voten, es un modo de manifestar su voluntad aquiescente a lo que los demás deciden.

Cuando no se da ese solapamiento, quienes se manifiestan en ella ejercen una competencia, dado que lo que deciden no sólo afecta sus respectivas esferas de intereses sino también ajenas (las de los que votaron en contra, se abstuvieron o estuvieron ausentes). El que las resoluciones sociales adoptadas en forma unánime sean válidas se afianza fundamentalmente en la manifestación expresa de voluntad de todos y cada uno de los socios, expuesta respetando el procedimiento formal para su instrumentación. Por la unanimidad que subyace a ese tipo de resoluciones es que resulta innecesario hacer alusión a la naturaleza orgánica de las resoluciones asamblearias como fundamento de su validez, porque no hay ni ausentes ni disidentes para quienes la resolución social le resulte obligatoria. Por ello, la asamblea actúa en sentido propio como órgano cuando decide válidamente mediante el recurso del principio de la mayoría. No así cuando la asamblea es

³ O de publicación de la convocatoria, según la tesis interpretativa literal, expuesta *supra*.

⁴ Por ello se exige que la coincidencia debe partir desde el tema que se decide tratar (inclusión de un punto en el orden del día) hasta lo se resuelve al respecto.

unánime. En este caso funciona como un esquema contractual de manifestación de la voluntad.

Por consiguiente, si el ejercicio de una competencia es una característica definitoria de la actividad orgánica, y si no se sigue la distinción propuesta, entonces es un hecho contingente que en la asamblea se ejerza una competencia. De hecho no se ejerce en la asamblea unánime, donde la decisión tiene una naturaleza más propia de un contrato que la de un órgano. Para preservar la naturaleza orgánica de la asamblea, hay que excluir a la *asamblea* unánime de los supuestos fácticos capturables por la extensión de aquella propiedad.

Pero es dable afirmar incluso, que la decisión orgánica es jerárquicamente inferior a la decisión unánime (o contractual). Porque la validez de aquella se justifica en una decisión unánime (o contractual) adoptada por los sujetos involucrados al momento de fundar o incorporarse a la sociedad. En efecto, la posibilidad de que la esfera de intereses de una persona, resulte afectada por la decisión de otros, por vía de aplicación del principio de la mayoría, sólo resulta admisible porque ese procedimiento de toma de decisiones fue en alguna oportunidad aceptado por esa persona afectada. La manifestación de voluntad que contiene esa aceptación, se dio al constituirse la sociedad o al adquirir las acciones.⁵ Pero, es claro, esa aceptación tiene un límite. Captura únicamente aquellas que se ajustaron al procedimiento y fueron acerca de aquellas cuestiones que las reglas aceptadas fijan.

Ahora bien, ¿puede la asamblea *unánime* autoconvocarse? La pregunta es importante, porque la LSC sólo excusa a ese modo de manifestarse de los accionistas, de la publicación de la convocatoria, pero no de la convocatoria en sí. Es decir que debería haber precedido a un acto asambleario de esa naturaleza, una reunión del directorio, del consejo de vigilancia, de la comisión fiscalizadora, o decisión de la autoridad administrativa o judicial que así lo disponga.

⁵ Alguien podría objetar por un lado que no es cierto que el accionista *accepte* ese mecanismo de toma de decisiones así como que asuma los riesgos de que la decisión de otros afecte su patrimonio. Por otro lado, que a todo evento quien constituye la sociedad pudo haber tenido presente esa alternativa, pero no quien adquiere las acciones a otro accionista. Es que, para que resulte válida esa justificación no es menester que la aceptación de esos riesgos sea expresa. El consentimiento de esos riesgos es consecuencia necesaria del consentimiento expreso de cierto hecho. Así, se entiende y acepta que quien entra a un restorán y encarga al mozo el plato, lo ha hecho aceptando (en modo concluyente) que al final deberá pagar la factura. Un análisis interesante del consentimiento dado en estas condiciones y de su utilización para justificar consecuencias jurídicas sin afectar la autonomía de las personas puede verse en NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* Ed. Astrea.

Más cabe hacer algunas distinciones. Cuando los accionistas actúan ejerciendo su voluntad sin poder de agredir a los intereses de otro accionista, no hay límite normativo alguno a excepción de aquellas reglas cuya desobediencia afecte al orden público o las que regulan los vicios de la voluntad. En ese sentido, una asamblea unánime es válida aún cuando no hubiera habido convocatoria. Ningún accionista podría pedir la nulidad del acto (y el vicio no sea en la voluntad de quien la pide) porque su intervención y relevante presencia le impide ir contra la validez de ese acto.⁶

Otra pregunta pertinente y distinta a las planteadas, es la siguiente. Cuál debe ser la actitud del directorio, si la asamblea (no unánime) decide en el seno de una reunión, impartirle la orden de convocar a asamblea para tratar cierto elenco de temas. Más delicado aún el caso, si esa decisión de la asamblea no se encontrara alcanzada por ningún punto del orden del día.

Estos interrogantes quedan sin responder. No así en cambio a nuestro entender, otras cuestiones, tales como la jerarquía de la asamblea, si es un órgano soberano, facultades que cuenta y cómo las ejerce.

⁶ La hipótesis tendría relevancia en cambio, si el impugnante fuera un director o un síndico. El caso merecería un análisis más profundo que excede los límites fijados por el Reglamento de ponencias para este Congreso.