

PONENCIA:

La llamada “mayoría agravada” de los SUPUESTOS ESPECIALES del Art. 244 L.G.S. 19550, debe pasar solo por la eliminación del voto plural y la concesión de voto a las acciones preferidas sin derecho a voto, calculándose el quorum en primera convocatoria en el 60%, en segunda en el 30% y calculando la mayoría absoluta de conformidad a la misma norma, esto es en función de las acciones presentes que tengan derecho a voto.

Roberto A. Muguillo

Instituto de Derecho Concursal SAN ISIDRO

EL CASO:

Una sociedad en asamblea extraordinaria y en segunda convocatoria, con la presencia del cincuenta por ciento del capital social voto por unanimidad la disolución anticipada y la designación de liquidador.

LA DECISION ADMINISTRATIVA

La I.G.J. por Resolución no procedió a registrar lo decidido por la sociedad indicando que *...la norma se refiere a mayoría de acciones con derecho a voto, no distinguiendo entre presentes y ausentes y ello se aplica tanto en primera como en segunda convocatoria, por lo cual la mayoría absoluta se debe tener en cuenta ... en relación a la totalidad del capital con derecho a voto.*

Agregó que se desvirtuaría la existencia misma de mayorías agravadas fijadas por el Art. 244 considerando que la asamblea en segunda convocatoria se celebre con un quorum del 30%, pues *hipotéticamente ello implicaría una eventual mayoría del 16% sobre el capital total para resolver modificaciones esenciales a la base de la sociedad, supuesto que sería un contrasentido con el sistema* de quorum y mayorías exigido por el ordenamiento.

Concluyo reiterando que *...“la mayoría absoluta no se tiene en cuenta sobre las acciones presentes con derecho a voto sino en relación a la totalidad del capital con derecho a voto”*

LA DECISION JUDICIAL

Apelada la resolución, decidió el caso la CNCom. Sala C, con fecha en autos “I.G.J.c/Diver SA s/ Organismos Externos” (Expte. 16015/2016/CA01) indicando que **“..aún cuando la ley no lo establece expresamente, estas mayorías deben computarse teniendo como base la totalidad del capital social”**. De la confrontación de las normas de los Arts. 243 y 244, el agravamiento de la mayoría en los supuestos especiales..” **cambia la misma base del cómputo, que no serán ya las acciones ‘presentes’ sino las que integran la totalidad del capital social.... más allá del impacto que esto pueda causar sobre el quórum”**.

I.- INTRODUCCION

Como puede advertirse el contenido de la ponencia que se presenta al debate expone una posición claramente contraria al dictamen de la I.G.J. y al decisorio de la Exma. Cámara de Apelaciones en lo Comercial, pues a nuestro criterio la “mayoría agravada” que impone la ley, es aquella que debe lograrse SOLO eliminando el voto plural y cambiándolo a razón de un voto por acción, sumando además los votos de las acciones que carecen de derecho a votar (acciones preferidas sin voto cuyos titulares estuvieren presentes), pero que en este ‘supuesto especial’ votan.

II.- QUE SON LOS SUPUESTOS ESPECIALES:

Dispone el Art. 244. (Texto según ley 22.985)

Asamblea extraordinaria. Quórum.— La asamblea extraordinaria se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen sesenta por ciento (60%) de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exige quórum mayor.

Segunda convocatoria.— En la segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento (30%) de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor.

Mayoría.— Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número.

Supuestos especiales.— Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero; del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se registrará por las normas sobre aumento de capital.

La ley indica que en los supuestos que enumera (disolución anticipada en el caso) la mayoría agravada debe *calcularse sobre los accionistas con 'derecho a voto' - de la siguiente forma:*

- (i) **sin la pluralidad de voto** que pudieren tener las acciones y
- (ii) con **más los votos de las acciones preferidas sin derecho a voto**, que lo tendrán en estas materias referidas por el Art. 244, tal como dispone el Art. 217 LGS

III.- PRIMERA INTERPRETACION

De conformidad a lo dispuesto por el Art. 2 C.C.C.N. la interpretación de la ley debe efectuarse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, de modo coherente con todo el ordenamiento. resaltando así la constante doctrina de la C.S.J.N. en cuanto a que la ley debe ser interpretada *de modo coherente con el ordenamiento jurídico y su verificación con este, de todos los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto* (Conf. C.S.J.N. en Fallos to. 234 pag. 482 y to. 295 pag. 1001.).

Del propio texto del Art. 244 L.G.S. al hablar este de que las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de las acciones con derecho a voto, debemos entender que ello está implicando que se trata SOLO DE LAS ACCIONES PRESENTES.

¿Por qué razonamos así?:

Porque si bien, **todas** las acciones tiene **derecho a votar** (titularidad del voto, salvo aquellas privadas de votar como las preferidas), **no todas** las acciones tienen materialmente **derecho a voto**.

SOLO TIENEN "DERECHO A VOTO" LAS ACCIONES CORRESPONDIENTES A LOS ACCIONISTAS PRESENTES, ya que los accionistas que no informaron previamente su asistencia, tendrán derecho a votar o sea serán titulares de acciones con derecho a votar, pero no tienen derecho a voto, pues carecen de la posibilidad de votar en esa asamblea, y no tienen derecho a ejercitar ese voto por incumplir las cargas que le impone la ley y no tiene derecho ni a estar presentes en la asamblea convocada.

Las acciones cuyos accionistas no se hallaren presentes NO VOTAN, o sea que TIENEN DERECHO A VOTAR, pero NO TIENEN DERECHO A VOTO, o sea que carecen del derecho a EJERCITAR ESA TITULARIDAD QUE LA LEY LES RECONOCE, pues han omitido cumplir con los

deberes que le impone la ley para ejercitar su derecho a voto, al no notificar su asistencia o no haber concurrido.

IV.- SEGUNDA INTERPRETACION

Cabe resaltar del contexto de la Ley General de Sociedades – de allí lo que entendemos interpretación coherente con todo el derecho vigente – que cuando el legislador quiso computar una mayoría sobre el capital social lo plasmó textualmente.

Así lo ha hecho en el caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en el Art. 160 cuando – respecto de las modificaciones del contrato social – impone computar votos sobre el capital social (no sobre los presentes).

Y lo reitera en cuanto a que en caso de que el contrato social nada diga, que la mayoría se computara como mínimo en las tres cuartas partes del capital social.

Dado que en el presente caso nada dice la ley (aspecto resaltado claramente por la Exma. Cámara de Apelaciones), no habría porque computar la mayoría absoluta sobre el total del capital social (o sea acciones presentes y ausentes).

CUANDO LA LEY QUISO AGRAVAR EL CALCULO DE LA MAYORIA LO DIJO EXPRESAMENTE Y en el presente caso, NO LO DICE EL ART. 244 cuarto párrafo LGS.

V.- TERCERA INTERPRETACION

La I.G.J. en su dictamen ejemplifica expresamente su opinión, considerando que la asamblea en segunda convocatoria si se celebra con el quorum mismo del 30%, *hipotéticamente ello implicaría que una eventual mayoría del 16% sobre el capital total decidiría modificaciones esenciales a la base de la sociedad, supuesto que sería un contrasentido con el sistema de quorum y mayorías exigido por el ordenamiento (SIC).*

No creemos en ningún contrasentido a lo requerido por el ordenamiento legal, pues es intención de este que se tomen decisiones y no que se estanque ninguna sociedad, pues siguiendo ese criterio de la I.G.J. deberíamos decir – respecto de **una asamblea ordinaria en segunda convocatoria** - que entonces sería un contrasentido que en una sociedad de 1000 acciones de un voto; un solo voto, de una sola acción (o sea 1 por mil de las acciones) pudiera dar por aprobado los estados contables, y siguiendo el criterio de la I.G.J. no podría designar directorio, no podría elegir síndico, no podría votar honorarios de directorio por sobre la pauta del art. 261, no podría aumentar capital al quíntuplo en los términos del Art. 188 y no podría aprobar la gestión del directorio.

Pero es que si en segunda convocatoria de la asamblea ordinaria solo se hiciera presente un accionista con un voto, a la luz del Art. 243 *no hay otra alternativa legal que admitir que es válido y legítimo lo así votado por 1 solo accionista con 1 solo voto así fuere el 1 por mil de las acciones con derecho a votar.*

A la luz de ello, nuestra interpretación de la norma es la única interpretación que puede darse a la norma en su conjunto, pues el ejemplo dado por la I.G.J. es tan irrazonable que raya con el absurdo.

Pero además al fijar la ley el quórum en segunda convocatoria en el 30% salvo que el estatuto prevea un porcentual mayor o MENOR, lo que la ley pretende es que de ADOPTEN DECISIONES PARA LA CONTINUIDAD NEGOCIAL y no que se estanque la empresa o se proteja a quienes con su ausencia demuestran la falta de interés con la sociedad y la empresa

Con su interpretación, la I.G.J. olvida que el agravamiento de las mayorías, RESULTA POR SI SOLO DE QUITAR A LOS ACCIONISTAS DE VOTO PLURAL ESE DERECHO, y RESPECTO DE LOS ACCIONISTAS PREFERIDOS QUE CARECEN DE DERECHO A VOTAR, DARLES DERECHO A VOTO, pero

en modo alguno alterar el quorum y el sistema de voto que impone el Art. 244 en su tercer párrafo, pretendiendo calcular la mayoría sobre un TOTAL DE ACCIONES QUE NO LO DICE LA LEY NI ESTA PRESENTE PARA SER CONSIDERADOS.

Contrastando con la ejemplificación que hace la I.G.J. en su dictamen, aplicando el Art. 244 cuarto párrafo a una sociedad de 1000 acciones (la mitad de voto plural de 5 votos y el cuarenta por ciento de voto simple y diez por ciento acciones preferidas sin voto), tenemos tres accionistas presentes: uno "A" con 150 acciones con pluralidad de cinco votos, otro accionista "B" con 150 acciones de un solo voto y un tercer accionista "C" con 1 acción preferida sin derecho a votar. Hipótesis de Temas a tratar: (i) suspensión del derecho de preferencia (que no es un supuesto especial) en una asamblea, (ii) disolución anticipada (que es un supuesto especial).

En el primer caso – en segunda convocatoria - se aprobará la suspensión del derecho de preferencia por 750 votos del accionista "A" (150 x 5 votos cada acción) contra 150 votos de "B", y de "C" que no vota.

En el segundo caso la disolución anticipada no se aprobará – en segunda convocatoria -, pues el accionista "A" vota favorablemente SOLO con 150 votos (no tiene pluralidad) y en contra votan 151 votos (150 votos de "B" – que mantiene su voto simple - y 1 de "C" que adquiere voto).

ESTO ES "MAYORIA AGRAVADA" y no la interpretación pretendida por la I.G.J. que hace decir a la norma lo que no dice.

El dictamen de la I.G.J. no contempla 'mayorías agravadas' sino que AGRAVA UN QUORUM (SUPERIOR AL 50%) QUE LA LEY NO IMPONE, a lo cual la Exma. Cámara ratificando el dictamen, expresa ... "mas allá del impacto que esto pueda causar sobre el quórum.."

VI.-ULTIMA LINEA DE INTERPRETACION

Conforme dispone el Art. 2 C.C.C. y reafirma la doctrina de la C.S.J.N., **la interpretación de la ley debe ser coherente DENTRO DE LA MISMA NORMA y dentro del contexto general de la ley.**

La I.G.J. viola esa doctrina y la norma del Art. 2º. C.C.C. al requerir como necesario calcular la mayoría sobre el total del capital social, pues ello no surge de la ley y porque ello IMPONDRÍA UN QUORUM DEL 50% MAS UNO en segunda convocatoria para poder tratar el punto, contradiciendo el propio Art. 244 en su segundo párrafo.

La ley en ningún momento expresa ni impone un quorum diferente del indicado, ni lo implica tácitamente, para el tratamiento en segunda convocatoria de los "supuestos especiales".

Por el contrario FIJA UN QUORUM PARA QUE SE TOMEN DECISIONES NO PARA EVITAR QUE SE TOMEN y si se agrava el modo de computar mayorías, ello implica pasar por sobre la pauta del Art. 244 tercer párrafo, y no solamente quitar voto plural y dar voto a quien estatutariamente no lo tiene, para producir ese agravamiento de mayorías.

Precisamente la ley – que no ignora que los temas del cuarto párrafo son también los del art. 235 inc. 2) 3) y 4) – cuando expresa en su Art. 244 tercer párrafo, que la asamblea extraordinaria PUEDE DECIDIR EN SEGUNDA CONVOCATORIA CON EL 30% DEL CAPITAL CON DERECHO A VOTO, precisamente esta reafirmando QUE EN DICHOS TEMAS LAS MAYORIAS SE CUENTAN SOBRE LOS PRESENTES, pero agrava estas mayorías, en aquellos temas ELIMINANDO EL VOTO PLURAL Y DANDO DERECHO A VOTO A QUIEN ESTATUTARIAMENTE NO LO TIENE (acciones preferidas que el estatuto no le otorga derecho a votar).

La ratificación por la Exma. Cámara de Apelaciones del dictamen de la I.G.J. expresando **"mas allá del impacto que esto pueda causar sobre el quórum.."** está también violando claramente la pauta del Art. 2º C.C.C. y la doctrina de la C.S.J.N. ya que tal interpretación es claramente INCOHERENTE CON EL PROPIO TEXTO DEL ART. 244 L.G.S. en sus tres párrafos anteriores.

VII.- CONCLUSION Y PONENCIA

Por las razones expuestas, en concordancia con los principios del Art. 2 del C.C.C.N., la llamada "mayoría agravada" de los SUPUESTOS ESPECIALES del Art. 244 L.G.S. 19550, solo puede interpretarse por la exclusiva eliminación del voto plural y la concesión de voto a las acciones preferidas sin derecho a voto, calculándose el *quorum* en primera convocatoria en el 60%, y en segunda en el 30% del capital social; calculando la mayoría absoluta de conformidad a la misma norma, esto es en función de las acciones presentes que tengan derecho a voto.

Roberto A. Mugullo
Instituto de Derecho Concursal SAN ISIDRO
roberto@mugullo.com.ar