

ASOCIACIONES Y FUNDACIONES: CLUB DE CAMPO: ASOCIACIÓN RESIDENCIAL Y DEPORTIVA CONSTITUIDA BAJO FORMA DE SOCIEDAD ANÓNIMA; VALIDEZ DE UNA RESOLUCIÓN ASAMBLEARIA ADOPTADA CON MÁS ABSTENCIONES QUE PRONUNCIAMIENTOS; DEROGACIÓN DE UNA NORMA REGLAMENTARIA LIMITATIVA DEL INGRESO DE NUEVAS PERSONAS A LA COMUNIDAD. SOCIEDAD ANÓNIMA: ASAMBLEA: VOTOS; CÓMPUTO; IMPUGNACIÓN; CADUCIDAD; NULIDADES ABSOLUTAS*

DOCTRINA:

1) *A los fines de resolver sobre la validez de una decisión asamblearia adoptada con más abstenciones que pronunciamientos, en el seno de una asociación residencial y deportiva constituida bajo forma de sociedad anónima, y por la cual se derogó la norma reglamentaria, de origen directorial, que impedía la incorporación a la comunidad de los “nuevos cónyuges” mientras perdurara como so-*

cio un “precedente cónyuge”, cabe tener presente que, en atención a la particular estructura del ente y a lo enojoso de la cuestión por resolver, el debate abstracto sobre la incidencia de las abstenciones en las asambleas de las sociedades anónimas es camino teórico inconducente a una decisión pacificadora y útil; la cual, por el contrario, deberá adoptarse valorando esos propios factores, el sentido final de la entidad y las normas

*Publicado en *El Derecho* del 29/11/99, fallo 49.715.

de nuestra actual legislación de familia.

- 2) *Las abstenciones de voto de parte de los accionistas concurrentes no pueden ser computadas para integrar la base de cálculo de las mayorías legales para derogar la norma reglamentaria directorial que impedía la incorporación al country demandado de los “nuevos cónyuges” de sus socios, ya que se trata de una regla que, no sólo no es estatutaria o asamblearia, sino que además tiene un contenido “antinatural”, pues desatiende el sentido inmanente de los incs. 3º y 4º del art. 531 del Cód. Civil y no constituye siquiera una sana protección al “anterior cónyuge”, que se verá también impedido para incorporar a la comunidad a la persona con quien contrajo ulterior matrimonio, provocando así una suerte de “celibato social forzoso”.*
- 3) *Puesto que la norma reglamentaria cuya nulidad dispuso la asamblea impugnada no sólo careció de mérito formal –por su origen directorial– e intrínseco –por su contenido limitativo de la admisión como socios del country demandado de los nuevos cónyuges de los socios–, sino también de oportunidad, ya que fue dictada a raíz de haberse suscitado una enojosa situación entre ex cónyuges socios, cabe concluir que resulta del todo inconveniente aprobar la legitimidad de la misma, en vista de que tal disposición se hallaría destinada inevitablemente*

a incidir en forma limitativa sobre una situación personal de suyo existente al tiempo de su dictado (del voto del doctor ROTMAN).

- 4) *Resulta posible articular la nulidad de decisiones asamblearias luego de vencido el plazo del art. 251 de la ley 19550, si el vicio atribuido al acto es susceptible de ser subsumido en los supuestos de nulidad absoluta del art. 1047 del Cód. Civil; cual sería, en el caso, el hecho de no haberse respetado las normas sobre quorum y mayorías establecidas por la ley, pues éste es un aspecto que alcanza una dimensión de interés general referida a lo que podría denominarse el orden público societario (del voto en disidencia del doctor CUARTERO).*
- 5) *Las acciones del accionista asistente a una asamblea que se abstiene de votar sobre algún o algunos puntos del orden del día deben computarse en la base del cálculo de la mayoría necesaria para formar la voluntad del órgano de gobierno de la sociedad; lo cual no significa que el voto abstenido sea exactamente un voto negativo, aunque por cierto tenga los efectos de éste, en tanto dificulta la obtención de la mayoría (del voto en disidencia del doctor CUARTERO). R. C.*

Cámara Nacional Comercial, Sala D, junio 30 de 1999. Autos: “C., F. V. c. Altos de Los Polvorines, S. A. s/sumario”.

En Buenos Aires, a los treinta días del mes de junio de 1999, reúnen los señores jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “C., F. V. c. Altos de Los Polvorines, S. A. s/sumario”, registro 70.894/98, procedente del Juzgado 2 del fuero (Secretaría 3), donde está identificada como expediente 74.112.

El señor juez *Cuartero* dice:

1. a) El acta copiada en fs. 39 y ss. –particularmente: fs. 41 y 42– informa que en la asamblea de la sociedad demandada, celebrada el 22-10-97, se puso a consideración y votación de los accionistas la propuesta de derogar cierta modificación introducida por el directorio en el denominado “Reglamento de Admisión”.

Por la afirmativa –esto es: por la derogación de esa modificación del mencionado Reglamento– se expidió el 46% de los votos presentes, por la negativa el 4% de los votos presentes, en tanto que el 50% restante se abstuvo de votar (aclaro que los porcentajes fueron expuestos en “números redondos”, despreciando las fracciones y llevando los números al entero más próximo).

La propuesta se tuvo por aprobada, puesto que se entendió “que no corresponde computar las abstenciones en ninguna de las restantes opciones votadas, aunque el porcentaje de votos por la derogación (46% de votos emitidos) no alcance a la mayoría de votos presentes...” (acta de la asamblea, fs. 42).

1.b) F. V. C. –accionista de la demandada– promovió este juicio (fs. 2), en el cual pretendió la declaración de nulidad de esa decisión asamblearia: sostuvo que las abstenciones “deben contarse como **votos negativos**” (*sic* con negrita incluida, en fs. 3), de modo que resultaba inequívoco que la propuesta de derogación de la resolución de directorio no había obtenido la necesaria *mayoría absoluta* de los votos *que podían emitirse en la asamblea*.

La sociedad contestó demanda en fs. 67, donde –en sustancia– sostuvo que las abstenciones de voto, en tanto *que votos no emitidos*, no podían considerarse votos en sentido afirmativo ni negativo.

La causa fue declarada de puro hecho, y en fs. 78 fue dictada sentencia definitiva de primera instancia.

1.c) Dicho acto jurisdiccional –confeccionado con erudición y escrito con buena pluma– comenzó por exponer el estado actual de la doctrina sobre la materia: a) la mayoría de los autores –que fueron citados en la sentencia– sostienen, “con contundente argumentación” (fs. 80), que la abstención implica un voto negativo, en tanto que b) otros autores allí mencionados opinan, “también con elocuentes argumentos” (fs. 80 vta.), que la abstención no es computable o, en todo caso, supone un voto afirmativo.

Asimismo, fueron citados fallos de dos salas de esta Cámara, según los cuales la abstención de voto no equivale a conformidad con la decisión asamblearia, de modo que el accionista que se abstuvo de votar está legitimado para deducir la acción de impugnación de la ley 19550: 251.

Luego, la sentencia centró su atención en el derecho de voto del accionista y en la facultad que éste tiene de votar en uno u otro sentido posibles, y tam-

bién de no votar; facultad ésta última cuyo ejercicio debe ser entendido como producto de “una actitud psíquica de indiferencia del accionista frente a la necesidad de resolver positiva o negativamente sobre determinados asuntos [lo cual] no significa aprobación ni desaprobación” (fs. 81).

A partir de lo anterior y con apoyo en la regla del Cód. Civil 919, fue juzgado que la abstención no puede interpretarse como conformidad ni como disconformidad, por lo que el “no voto” no es computable a favor de la mayoría ni de la minoría.

Se agregó que “lo contrario implicaría que quien voluntariamente se ha abstenido de votar apareciera, no obstante, adhiriendo en los hechos a la decisión –positiva o negativa– respecto de la cual no tuvo interés en expedirse” (fs. 81); ello supone, en definitiva, un indebido cercenamiento del derecho individual de abstenerse de votar.

A más de alguna otra argumentación, la sentencia consideró que si en el caso del deber legal de abstención –ley 19550: 248–, las acciones de quien se abstiene no se computan para el cálculo de la mayoría, igual debe suceder –por analogía– en el supuesto de la abstención voluntaria.

La demanda de autos fue, pues, rechazada.

Las costas del proceso fueron distribuidas por su orden, por así haberlo solicitado ambas partes y dado lo opinable de la cuestión –a cuyo respecto existe una amplia controversia doctrinaria–.

1.d) De dicha sentencia apeló el actor, cuya expresión de agravios obra en fs. 428, y fue contestada en fs. 441.

En fs. 444 fue llamado “autos para sentencia”, lo cual habilita la formulación de la presente ponencia.

2.a) Como surge del relato de los antecedentes de la cuestión traída a conocimiento de esta Sala, en autos se debate el significado que procede asignar en derecho a la abstención de voto por parte del accionista concurrente a una asamblea de la sociedad que integra: si esa abstención significa o tiene el efecto de un voto negativo, o no posee tal significado o efecto.

Más precisamente, la cuestión radica en determinar si las acciones de quienes asisten a la asamblea y se abstienen de votar *integran o no la base sobre la cual se calculará la mayoría absoluta*.

Es obvio que si se da una respuesta afirmativa a tal cuestión, *al ampliarse la base del cálculo se requerirá, para la aprobación de la propuesta de que se trate, una mayor cantidad de votos positivos*. Diferentemente, si se excluye de la base a las acciones de quienes se abstuvieron de votar, la formación de la mayoría absoluta exigirá menos votos positivos que en la hipótesis anterior.

En el concreto caso de autos: el 46% de votos afirmativos y 4% negativos dados en la asamblea del 22-10-97 se convierten respectivamente en el 92% y en el 8% si se excluye de la base de cálculo a las acciones –el 50% de las depositadas para el acto asambleario– de quienes se abstuvieron de votar.

Es decir: a) si no se computan las acciones correspondientes a los accionistas que se abstuvieron de votar, la propuesta de derogación de la resolución del directorio alcanza a una amplísima mayoría –el 92% de los *votos emitidos*–, en

tanto que b) si se incluyen esas acciones en la base del cálculo, los votos afirmativos no alcanzan la mayoría de los *votos que pudieron emitirse*.

2.b) Ahora bien: antes de considerar ese interesante y controvertido tema objeto de debate en este proceso, es menester atender una cuestión distinta y previa de la cual hasta ahora nada he dicho en esta ponencia.

Otro accionista de la demandada pretendió en la primera instancia (fs. 410), y en esta alzada (fs. 434), intervenir en este proceso como “tercero” en los términos del CPr. 90, y en tal carácter denunció la caducidad de la acción de impugnación de la asamblea, por haber transcurrido el plazo de la ley 19550: 251 antes de la iniciación de proceso.

La pretensión de intervención fue rechazada en ambas instancias (fs. 413 y 436) y no procede volver sobre ello.

Sin embargo, dado que el dispuesto por el citado art. 251 es un plazo de *caducidad* (Zaldívar y otros, *Cuadernos...*, III, pág. 491, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, Verón, *Sociedades Comerciales*, 3, pág. 929, Astrea, Buenos Aires, 1986), esa caducidad se opera de pleno derecho y puede ser declarada *de oficio* por el tribunal.

Naturalmente, la inaudible petición formulada en tal sentido por el frustrado interviniente como tercero en nada afecta ni impide el ejercicio por parte de este tribunal de las facultades que le son propias.

Desde este enfoque, la Sala podría declarar la caducidad de la acción de autos, pues ésta fue ejercida cuando ya había vencido el plazo de la ley 19550: 251 –aun descontado, por cierto, el tiempo que insumió la etapa de mediación obligatoria–.

2.c) Empero, el caso trata de la nulidad de una decisión asamblearia que habría sido tomada –de llevar razón el actor en su tesis– sin la obtención de la legalmente necesaria mayoría.

En tal hipótesis, “se trata de una nulidad absoluta, no confirmable ni subsanable, ya que al no contarse con las mayorías requeridas, el acto jurídicamente dejó de ser la expresión cierta del órgano y, por lo tanto, sin fuerza vinculativa, ni para los accionistas ni, eventualmente, frente a terceros” (Sasot Betes y Sasot, *Sociedades Anónimas. Las Asambleas*, pág. 621, Ábaco, Buenos Aires, 1978).

Comparto tal opinión: de no haberse obtenido la mayoría legalmente prevista y exigible, el órgano social “asamblea” no habría formado válidamente su voluntad, de modo que el acto sólo aparente sería nulidad absoluta –o sencillamente *inexistente*, si se admitiese esa categoría de actos en nuestro derecho, tema que no es necesario ni útil examinar aquí–.

En tal situación, parece evidente que si el órgano no hubiese formado válidamente su voluntad, ésta no resultaría ulteriormente formada por causa del solo transcurso del tiempo (o –lo que es igual en cuanto a sus efectos– si aquella voluntad no hubiese existido, no devendría existente por el solo hecho de transcurrir tres meses y un día).

Agrego que, en un precedente, fue reconocida la posibilidad de articular la nulidad de decisiones asamblearias luego de vencido el plazo de la ley 19550:

251, si el vicio atribuido al acto era susceptible de ser subsumido en los supuestos de nulidad absoluta del CCiv. 1047; en ese caso, los motivos determinantes de la nulidad denunciada eran dos: a) la defectuosa citación a asambleas ordinarias y extraordinaria en primera y segunda convocatoria, y b) *el hecho de no haber sido respetadas las normas sobre quorum y mayorías* establecidas por la ley (CNCom., Sala C, 19-7-96, “Calvet, Francisco c. Cittadella”, ficha 24.628 de la base de datos “Ícaro”, elaborada por la Secretaría Letrada de Informática de la CS).

También agrego –por último, en lo que a este tema se refiere– que en el caso de autos está comprometido el régimen de mayorías en la asamblea de una sociedad anónima, aspecto inequívocamente *esencial y principalísimo* para el funcionamiento de ese órgano y para la sociedad que él gobierna; de tal modo, el caso presente no interesa sólo al actor de autos, sino que alcanza una dimensión de interés general referida a lo que podría denominarse *el orden público societario*.

2.d) En conclusión: a los efectos de la completividad de esta ponencia y desde una perspectiva integral del tema traído a conocimiento de la Sala, expreso mi juicio en el sentido de que en el caso no procede declarar oficiosamente la caducidad de la acción de autos, por tratarse la invocada por el actor de una nulidad absoluta, insusceptible de convalidación (o por tratarse el impugnado de un acto inexistente, que no deviene existente por el solo transcurso del tiempo).

El precedente juicio autoriza a examinar el meollo de la cuestión debatida en esta causa.

3.a) Como he adelantado en 2.a –y como antes lo expuso la sentencia aquí en revisión–, en autos se discute el tratamiento que debe darse a las acciones de las personas que, habiendo concurrido a la asamblea, se abstienen de votar.

La doctrina provee dos soluciones a tal cuestión; y la controversia resultante es de ardua dilucidación, pues ambas soluciones exhiben adecuados fundamentos: como lo valoró la sentencia, una se basa en “contundente argumentación” y la otra presenta “elocuentes argumentos”.

Alguna vez he leído o escuchado que, en general, las teorías jurídicas no yerran *en lo que afirman* –pues el autor de la teoría y sus seguidores aplican normalmente un discurso racional y coherente–, sino que se equivocan *por lo que ignoran* –lo cual ocurre cuando no son advertidos algunos elementos relevantes del asunto–, o bien no aciertan *en el enfoque del tema* –es decir: el punto de partida del razonamiento, en el cual incluso influyen o pueden influir aspectos subjetivos del intérprete que serán válidos en tanto sean racionales–.

3.a.1) La primera solución dada al tema se atiene a la literalidad del texto de las normas de la ley 19550: 243 y 244 que, en referencia a las asambleas ordinarias y extraordinarias, dicen lo mismo: las resoluciones serán tomadas por mayoría absoluta de *los votos presentes que pueden emitirse en la respectiva decisión* –salvo que el estatuto exija mayor número, excepción que aquí no interesa–.

Repárese en las locuciones puestas en cursiva en el párrafo anterior, según

las cuales la mayoría debe resultar de: a) los votos presentes, y b) que puedan emitirse en la respectiva decisión.

No parece dudoso que ello excluye de la base del cálculo solamente a los votos presentes que *no pueden emitirse* en la respectiva decisión, esto es: los de los accionistas que tiene el deber de abstenerse según la ley 19550: 241 y 248.

Tampoco es dudoso, pues, que la previsión incluye en la base a los votos presentes *que pudieron ser emitidos* por los accionistas que, empero, *se abstuvieron de hacerlo por su propia voluntad* y sin imponérselo ninguna norma legal.

Respecto de éstos últimos, téngase presente que los votos de quienes voluntariamente prefirieron abstenerse *pudieron ser emitidos* en la decisión de que se trataba; entonces, las acciones correspondientes a ellos deben ser computadas en la base del cálculo de la mayoría, con lo cual el voto *abstenido* voluntariamente deviene en los hechos una suerte de voto *negativo* (porque, como es del todo obvio y como he dicho antes, esa ampliación de la base exige un mayor número de votos positivos para formar la mayoría).

3.a.2) La segunda solución del tema considera inaceptable y, acaso, absurda la tesis de que, en los hechos, el voto *abstenido* resulte un voto *negativo* o tenga, en definitiva, el efecto de un voto negativo.

La argumentación que sustenta esta segunda solución ha sido expuesta en la sentencia, y esa exposición fue sintetizada en el apartado 1.c. de esta ponencia, al cual remito.

Sin perjuicio de esa remisión, comento que esa solución de la cuestión toma como punto de partida la “actitud psíquica de indiferencia” del accionista que se presenta a la asamblea pero se abstiene de votar, y niega que el “no voto” –tal la abstención– en definitiva pueda ser computado a favor de la mayoría o de la minoría: ese “no voto” debe ser considerado como en realidad es y, por tanto, excluido como voto, y la acción del abstenido, excluida de la base del cálculo de la mayoría –como ocurre con el voto abstenido por imposición legal, según ley 19550: 248–.

De otro lado, esta solución será la que mejor consulta la libertad y la concreta voluntad del accionista que se abstiene de votar: a su abstención no le concede ningún valor —ni positivo ni negativo—, lo cual es del todo lógico: el “no voto” *no vale ni en uno ni en otro sentido*.

3.b) Como resulta de lo anterior, cada una de las tesis expuestas se sostiene –como dijo la sentencia en recurso– en una “contundente argumentación” y en “elocuentes argumentos”; ambas desarrollan un discurso argumental racional y coherente, pero *lo hacen desde diferentes puntos de partida* que, naturalmente, conducen a diferentes soluciones del mismo tema.

En mi parecer, la primera tesis toma como base del razonamiento los inequívocos textos de la ley 19550: 243 y 244, según los cuales las resoluciones de la asamblea serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes *que puedan emitirse* en la respectiva decisión.

Desde esa primera perspectiva, es obvio que en tanto los votos voluntaria-

mente abstenerse *podieron haberse emitido*, no cabe duda de que ellos deben computarse para el cálculo de la mayoría requerida por la ley.

De su lado, la segunda tesis tiene como punto de partida la significación del acto de *abstenerse* de ejecutar un acto, y la interpretación de la intención de quien asiste a la asamblea pero decide *no votar*.

Desde este segundo enfoque de la cuestión, se presenta como absurdo que el voto *abstenido* resulte, en definitiva, tener el efecto de un voto *negativo*, voto negativo que el accionista *no emitió ni quiso emitir*; véase que la “actitud psíquica de indiferencia” del accionista de la que habló la sentencia queda convertida en una actitud negativa hacia la aprobación de la propuesta de que se trate, lo cual parece no respetar la real voluntad del asistente no votante.

Conforme con lo anterior y según mi parecer, los motivos de la controversia doctrinaria en esta materia pueden describirse así: a) la primera posición privilegia un aspecto de dogmática legal, pues se atiene al inequívoco texto de la ley, según la cual la mayoría *se calcula sobre los votos presentes que pueden emitirse*, en tanto que b) la segunda se atiene principalmente tanto a una interpretación racional del concepto “abstenerse” —que es un *no hacer*, y no hacer algo en uno u otro sentido— cuanto a un reconocimiento fiel de la que sería la real intención del accionista que se abstiene de votar —quien no quiere votar a favor ni en contra de la propuesta de que se trate, sino sencillamente *no votar*—.

Aun con riesgo de ser reiterativo, comento que ambas posiciones exhiben en sí mismas desarrollos argumentales racionales y coherentes, de modo que cada una de ellas presenta una construcción intelectual intrínsecamente impecable; lo que ocurre es que ambas tesis se desenvuelven desde diferentes disímiles perspectivas.

La solución de la presente litis resultará, pues, de definir qué punto de partida es racionalmente preferible.

3.d) La determinación de esa perspectiva racionalmente *preferible* no es tarea que se presente como sencilla.

En efecto: bien puede sostenerse que el accionista que comparece a la asamblea y se abstiene de votar produce un “no voto” que sólo puede interpretarse como la expresión de una “actitud psíquica de indiferencia”, y no como expresión de una aceptación o de un rechazo de la propuesta; al accionista que tal hace, la propuesta no le parece ni bien ni mal —por eso no vota ni afirmativa ni negativamente— sino que, sencillamente, le es indiferente y no quiere comprometerse con ella o contra ella.

De otro lado, en tanto se admite la validez —nótese que digo *la validez* y no *la racionalidad*, tema éste del que me ocuparé un poco más adelante— de la abstención de voto por parte del accionista que participa en la asamblea, no parece que el *voto abstenido* pueda convertirse en *voto negativo*, voto éste que el accionista *no quiso emitir y no emitió*.

Por tanto, la posición adoptada por la sentencia en revisión parece ser la que más se adecua al sentido de la abstención de voto y la que más respeta la intención y la voluntad del accionista que omite votar.

Sin embargo, cabe preguntarse si es racional la conducta del accionista que: a) comparece a la asamblea, con la cual aumenta con sus acciones la base para el cálculo de la mayoría, pero b) se abstiene de votar, lo cual reduce el número de votos afirmativos.

Sobre el punto ha sido dicho que “...el voto abstenido constituye una verdadera antinomia jurídica, pues si de un lado se acepta que el voto es concedido al accionista para que participe, como socio, en la toma de decisiones que hacen al funcionamiento y actuación de la sociedad, o para oponerse a las decisiones que considere contrarias a la consecución del objeto social, no puede paralelamente admitirse como válido que deje de cumplir aquel fin, particularmente cuando al concurrir a la asamblea hace gravitar las acciones de que es poseedor a los efectos del *quorum* requerido para dar por constituida la asamblea, dando así legalidad integrativa al acto asambleario” (Sasot Betes y Sasot, ob. cit., pág. 267).

Agrego que, según ese autor, la abstención debe ser interpretada “como de apoyo a la cuestión aprobada (...) el voto abstenido no apoya ni a la mayoría ni a la minoría sino a la asamblea como tal, respaldando la aprobación de las cuestiones por las cuales fue citada la asamblea, no importa el resultado que arroje la votación” (misma obra y lugar citados).

Si bien no comparto las afirmaciones contenidas en la transcripción del párrafo anterior, adhiero –con alguna salvedad– a las consideraciones transcritas en el párrafo que precede al anterior: tengo para mí que comparecer a la asamblea para abstenerse de votar es una “antinomia jurídica”, puesto que accionista que tal hace se ubica en la imposible, por irracional, situación de “presente-ausente”: *presente* porque sus acciones engrosan la base computable para el cálculo de la mayoría –que está constituida por *los votos presentes que puedan emitirse*–, pero ausente en tanto que produce un “no voto”.

Mi salvedad respecto de aquella primera transcripción de la obra de Sasot Betes y de Sasot radica en que no es que no pueda admitirse como “válido” que el accionista se abstenga de votar: lo que no puede admitirse es que ello sea *racional* –aunque pueda ser cómodo porque, aparentemente, no compromete al abstenido–.

Y la sanción a esa irracionalidad no es la invalidez de la abstención, sino que la consecuencia es otra: el accionista presente en la asamblea *incluye sus acciones* en la base computable para el cálculo de la mayoría, pero al abstenerse de votar *excluye su voto* tanto de la mayoría como de la minoría, con lo cual *dificulta la formación de la mayoría*, que es la que debe obtenerse para constituir la voluntad del órgano colegiado.

Es decir: el voto abstenido no apoya a la mayoría ni a la minoría, pero dificulta la obtención de la mayoría.

Nótese que la “indiferencia” del asistente a la asamblea que se abstiene de votar *no es en realidad indiferente*: quien no quiere comprometerse con la mayoría ni con la minoría *se compromete en verdad en contra de la mayoría*, cuya obtención dificulta; ésa es –en mi parecer– la peculiar sanción de la “antinomia jurídica” en que se coloca el “presente-ausente”.

4. De las consideraciones expuestas en los varios apartados del precedente punto 3 de este voto, fluye mi adhesión a la tesis mayoritaria existente en la materia: juzgo que las acciones del asistente a una asamblea que se abstiene de votar sobre algún o algunos de los puntos del orden del día *deben computarse en la base del cálculo de la mayoría* necesaria para la formación de la voluntad del órgano de gobierno de la sociedad.

4.a) Ante todo, esa solución es la que resulta de la letra de la ley 19550: 243 y 244, examinada en el apart. 3.a.1 de la presente.

Naturalmente, este Juez de Cámara debe estar a lo dispuesto por el derecho positivo vigente, puesto que según es sabido: “No corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la ley tal como éste la concibió, ya que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o convivencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus facultades. Por ello, al Poder Judicial no le compete juzgar sobre la oportunidad, el criterio o la bondad de las leyes (CS, 1984, “Soaje, Pedro c. Provincia de Tucumán y otro”, fallos 306:1074; datos –con la fecha incompleta– de la ficha 13.073 de la base de datos “Icaro”, antes mencionada en este voto).

4.b) La doctrina mayoritaria privilegia la dogmática jurídica resultante de la ley –lo cual, por cierto, no constituye defecto alguno, en tanto que la minoritaria prioriza la significación racional del acto de abstenerse y la interpretación de la voluntad real de accionista que se abstiene de votar; así, la segunda posición se presenta –en cierto modo– como más *seductora* para el analista –en el sentido de más cautivante para un hombre de derecho respetuoso de la voluntad del, en el caso, accionista que omite su voto en la asamblea a la cual concurre–.

Empero, esa seducción es un tanto engañosa.

4.b.1) Es indiscutible que –como diría Perogrullo– el sujeto que se abstiene de votar *no vota*; de tal modo, lo razonable sería que ese “no voto” no tuviese significado alguno.

Mas ese sujeto que no vota *concorre a la asamblea*, de modo que es enteramente razonable que *su concurrencia* produzca la inclusión de sus acciones en la base de cálculo de la mayoría, y *su abstención de voto* no forme parte de la mayoría ni de la minoría.

De tal manera, la aparente racionalidad de la posición doctrinaria minoritaria en la materia no es tanta, porque quien concurre y no vota no expone una clara e inequívoca “actitud psíquica de indiferencia”: ¡el verdaderamente indiferente *no asiste a la asamblea!*

4.b.2) Es cierto que, según el CCiv. 919, el silencio nada significa (salvo en los casos en que haya obligación de expedirse impuesta por alguna ley –que en el caso no la hay–, o por las relaciones de familia –inexistentes en el supuesto de autos–, o por causa de una relación entre el silencio y una precedente declaración –declaración que tampoco existió en la hipótesis *sub examine*–).

Pero no es menos cierto que el silencio del *sujeto presente* en una asamblea tiene un significado: el de su *presencia*.

Por ello, a) su presencia implica la inclusión de sus acciones en la base del

cálculo de la mayoría, y b) su silencio motiva que el abstenido de votar no forme la mayoría ni la minoría.

Esos juicios en nada afectan la libertad ni desconocen la voluntad del *presente silente*, a quien no se le impone la *obligación* de votar, ni se convierte su “no voto” en un voto positivo ni negativo: simplemente, se reconoce la inequívoca realidad de su asistencia a la asamblea –con la consecuencia de incluir sus acciones para el cálculo de la mayoría, por corresponder a votos *que pudieron ser emitidos*– y también se reconoce su derecho a no votar –con el efecto de no incluir su “no voto” en la mayoría ni en la minoría–.

Es cierto que esto último dificulta –como ya he dicho y explicado– la obtención de la mayoría necesaria para la aprobación de la propuesta de que se trate, pero ello no equivale exactamente a convertir el “no voto” negativo, sino que es la consecuencia lógica, jurídica e ineludible *de la presencia* del accionista en la asamblea.

4.b.3) Considero que la situación de los votos *necesariamente* abstenidos por imposición legal no es igual ni parecida a la de los votos *voluntariamente* abstenidos por decisión del accionista concurrente al acto asambleario.

En efecto: en el primer caso, *la propia ley impide al accionista emitir el o los votos* que corresponden a sus acciones; entonces, sería absurdo que esa ley prohibitiva mandase computar esas mismas acciones para el cálculo de la mayoría.

Es decir: la racionalidad y congruencia del sistema de formación de la voluntad del órgano societario conduce necesariamente a que la acción con voto legalmente prohibido en determinada materia sea excluida de la base de cálculo de esa mayoría.

Nótese que en el supuesto de voto prohibido la exclusión de la acción es total: se la excluye del voto y también de la base de cálculo de la mayoría (agrego que, de la misma manera, las acciones cuyos poseedores no pueden votar por no haberlas depositado con arreglo a la ley 19550: 238 –o en su caso, por no haber realizado la “comunicación de asistencia” prevista en la misma norma– tampoco se computan en la base del cálculo).

El segundo caso se presenta cuando el accionista a quien *no le es legalmente prohibido el voto* asiste a la asamblea y, por tanto, *puede votar pero se abstiene de hacerlo*.

En este caso, la decisión *es del accionista*, quien desde luego sabe o debería saber que su presencia en la asamblea motiva la inclusión de sus acciones en la base de cálculo, en tanto que la abstención de votar significa que no formará parte de la mayoría ni de la minoría.

En este segundo supuesto, la exclusión es parcial, lo cual es la razonable consecuencia de que el accionista haya incurrido en una “antinomía jurídica” al asistir a la asamblea y no votar: la exclusión total puede lograrla el accionista de otro modo, por cierto que bien simple: *no asistir a la asamblea* –y, obviamente, *abstenerse de votar*– que es la manera inequívoca, coherente y concluyente de expresar su “actitud psíquica de indiferencia”.

4.b.4) Por último, deseo precisar que según mi juicio –y tal como he ade-

lantado en el último párr. del apart. 4.b.2. de esta ponencia— el voto abstenido no es exactamente un voto *negativo*, aunque —por cierto— tenga los efectos de éste, en tanto dificulta la obtención de la mayoría.

En efecto: el voto abstenido *no aumenta el número de votos negativos*, sino que la acción de quien concurre a la asamblea y se abstiene de votar *incrementa la base del cálculo de la mayoría*; agregó que lo anterior no es un juego de palabras, sino un análisis y comparación de conceptos.

Recuérdense los guarismos expuestos en el anteúltimo párr. del apart. 2.a de este voto: a) computando todas las acciones de los accionistas presentes en la asamblea, el resultado de la votación fue: 46% por la afirmativa, 4% por la negativa y 50% de abstenciones, b) si se excluye del cómputo las acciones correspondientes a quienes se abstuvieron de votar, el resultado es 92% por la afirmativa y 8% por la negativa.

Véase que la proporción entre la mayoría y la minoría se mantiene (46 es a 4 como 92 a 8, la relación es siempre igual a 11,5), de modo que es indiscutible que *no fueron incrementados los votos negativos*.

Lo que ocurrió es que, al disminuir el divisor en el cálculo de esos porcentajes, desde luego que aumentó el resultado o, mejor dicho, *ambos resultados*, que se incrementaron en igual proporción.

Insisto, pues, en que, según mi juicio y en la posición a la que adhiero, el voto abstenido no equivale exactamente a un voto negativo, aunque en este tema tenga un efecto contrario a la formación de la mayoría —*a la manera de un voto negativo*—.

La diferenciación conceptual es importante, puesto que permite sostener que el accionista abstenido no es uno de los “accionistas disconformes” o “accionistas presentes que votaron en contra de la decisión”, en los términos de la ley 19550: 245 —texto según ley 22903, y que, por lo tanto, carece del derecho de receso.

Nótese que, desde este enfoque, el voto abstenido *no* es un voto negativo; lo cual no resulta incongruente con el hecho de que en la otra hipótesis —concretamente: para la formación de la mayoría— el voto abstenido *tenga efectos*, en definitiva, de voto negativo, aunque conceptualmente no lo sea.

5. Como corolario de todo lo expuesto en los varios apartados de los puntos 3 y 4 de este voto, juzgo que las acciones correspondientes a los comparecientes a la asamblea que se abstuvieron de votar en ella deben ser computadas en la base del cálculo de la mayoría absoluta exigida por la ley 19550: 243 y 244.

Aplicando ese juicio al caso de autos, se llega a la conclusión —evidenciada en el acta misma de la asamblea— de que la propuesta de derogación de la modificación introducida por el directorio al llamado “Reglamento de admisión” no alcanzó la legalmente necesaria mayoría absoluta de los votos *que podían emitirse en la asamblea*; por tanto, la decisión aprobatoria de esa propuesta se presenta como nula de nulidad absoluta —o, si se prefiere y se admite esta categoría de actos, como inexistente—.

Por tanto, propongo el acuerdo:

5.a) Admitir el recurso de apelación mantenido por el actor en fs. 428 y revocar en lo principal decidido la sentencia dictada en fs. 78.

5.b) Declarar nula la decisión aprobatoria de la propuesta contenida en el punto 6° del orden del día de la asamblea de “Altos de los Polvorines, S. A.”, celebrada el 22-10-97.

5.c) Distribuir por su orden las costas generadas en esta instancia, habida cuenta de lo opinable de la cuestión debatida en autos y dado ser ésa la solución adoptada sobre el tema en la primera instancia –lo cual, desde luego, no generó críticas de las partes que habían solicitado esa distribución del accesorio procesal–.

El señor juez *Alberti* agrega:

Disiento respetuosamente con la ponencia formulaba por el señor juez Cuartero.

Comento liminarmente que, siendo tanta la actividad jurisdiccional de la Sala, para abreviarla remito a la ponencia del señor juez Cuartero cuya lectura es imprescindible para la comprensión de mi voto; a la cual agregaré extremos de hecho por citar durante mi exposición.

Doy en sucesivos apartados numerados los fundamentos de ese disenso.

1. Corresponde un comentario inicial, para que nuestra decisión tienda al realismo y se aparte del conceptualismo. Éste es capaz de resolverlo todo en la idealidad normativa; mas se despreocupa en ocasiones de la inserción de lo resuelto en la materialidad de las cosas.

Apunto con ese fin que la ostensible y formal sociedad anónima en la cual se suscitó el conflicto sobre la eficacia de una votación asamblearia con más abstenciones que pronunciamientos *es sustancialmente una asociación urbanística y residencial, deportiva y cultural, denominada “San Jorge Village”* (así conforme con declaración en su estatuto, copiado en fs. 24).

Estamos, pues, en el campo aprehendido por el art. 3° de la ley de sociedades comerciales; no ante una depurada y rigurosa organización de capitales dedicada a producir bienes, o intercambiarlos, para obtener lucro de ello.

Dos consecuencias se siguen de lo expuesto:

La primera, que aquello por exponer en este segundo voto no será necesariamente trasladable al campo de las corrientes sociedades anónimas.

Lo segundo, que ello sucede porque *además* propondré en mi voto hacernos cargo de la realidad; y sentenciar en consecuencia de ella. Por cierto que la ley preceptúa que las asociaciones constituidas bajo forma de sociedad comercial quedan sujetas a las disposiciones enunciadas para tales personas colectivas.

Pero ello está referido a la estructura del ente y no al modo, sentido y comprensión de sus conflictos por los jueces que hayan de juzgar sobre desventuras internas de una asociación residencial y deportiva.

2. El directorio de esa asociación residencial constituida bajo forma de sociedad anónima adoptó cierta limitación genérica al ingreso de nuevas personas a esa comunidad; haciéndolo bajo la forma de “reglamento de admisión” de nuevos socios.

Una de esas reglas concitó un pedido de su derogación *por la asamblea de accionistas*; quienes son en sustancia usuarios de la urbanización de que tratamos y no aportantes de capital lucrativo.

Pues bien: lo sucedido en esa asamblea revela claramente, a una lectura que trascienda de las palabras para aprehender el sentido de los hechos, que múltiples concurrentes desearon abstenerse de esa cuestión enojosa y delicada.

Así, pues, bastantes accionistas faltaron: y los asambleístas de la clase B se apartaron declaradamente de participar del tema. Esto es, en una asamblea donde se habían apersonado 5.086.000 acciones, atributivas de 6.436.000 votos (fs. 40), los 2.700.000 votos de las acciones clase “B” declararon que se “retiraban” de la asamblea con relación a ese tema (conf. en fs. 42).

En otros términos, el 41,95%, casi cuarenta y dos por ciento del llamado “poder de voto” que concurre a asamblea, quiso apartarse de la enojosa cuestión, evitando influir en ella siquiera con su presencia.

Aún más: recuerdo que el total de los concurrentes iniciales, comprensivo de la clase “B” *retirada del tema*, había consistido en el 60,26% de todos los votos posibles (acta, fs. 40). Por lo tanto, el 42% aproximado que se “retiró” del tema constituía aproximadamente la cuarta parte del total de partícipes en la asociación residencial organizada en forma de sociedad. Con otras palabras, la asamblea quedó constituida sólo en un 35%, aproximadamente, del total estatutario de los asociados votantes, cuando se propuso el tema que suscitó luego este pleito.

Lo expuesto hasta ahora no es decisivo por sí solo, sino que ilustra sobre el contexto del conflicto.

El tribunal ha de pensar que sucedía algo muy particular para suscitar actitud tal, impensable en el aportante de capital a una sociedad empresaria, quien previsiblemente custodiara su inversión.

3. Claro es que sucedía algo muy particular; que hace peculiar la causa presente.

El tal “reglamento de admisión”, que tuvo *origen directorial*, estaba destinado en el caso a operar como un virtual *reglamento de rechazo*. Se prescribió allí que no serían admitidos como vecinos de la urbanización residencial “nuevos cónyuges” de personas cuyos precedentes cónyuges continuasen integrando esa comunidad.

Lo pedido a esa asamblea, de la cual se apartaron para no incidir en la cuestión más de seis décimos de los votantes, consistía en la derogación de esa cláusula.

4. Delimitados esos aspectos, veamos cómo votó el treinta y cinco por ciento del “poder de voto” total de la composición de la entidad.

Una mitad se abstuvo (acta, fs. 42).

Quedaron, pues, en aptitud y ganas de votar, asociados (formalmente: accionistas) que representaban aproximadamente el 17,50% del total de votos posibles en la entidad.

De ese conjunto de votantes ya modesto –extremo indicativo de que la cuestión resultaba para los ausentes y abstinentes más enojosa que relevante–,

un 46%, conforme cómputo *anterior* a la abstención (o sea, el noventa y dos por ciento *de los votantes*), decidió la derogación de la cuestionada norma directorial de admisión (en sustancia de rechazo) de lo que con todo respeto llamaré “nuevos cónyuges”. En otras palabras, al resolverse esa enojosa cuestión, *votó por la derogación* de la regla limitativa del acceso de los “nuevos cónyuges” un 16,10% de los tenedores de voto en la asociación residencial organizada como sociedad anónima.

La regla directorial impeditiva de la admisión de “nuevos cónyuges” mientras subsistiera asociado un “precedente cónyuge” fue sostenida por el 4% de los votos. Expuesto ello de otro modo, la limitación fue sostenida aproximadamente por 1,4% del “poder de voto” total teóricamente posible en esa asociación.

El presidente de la asamblea proclamó como resultado la derogación del cuestionado punto sobre admisión de nuevos socios.

El actor pide la invalidación de la decisión adoptada de tal modo porque las abstenciones de votantes presentes determinaron que la ponencia derogatoria no superara la mitad de los votos de los asistentes. Media consenso sobre ese cómputo.

Hasta acá, los hechos.

5. Ingresems ahora a la solución del entuerto.

Comprendo muy bien cuán enojosa puede resultar la convivencia cuando provocase la proximidad con dos sucesivos cónyuges de una misma persona. La idiosincrasia y los usos de la sociedad argentina hacen sentir embarazosa esa concurrencia de personas.

Imagino, pues, que los dirigentes del “barrio cerrado” o “country” (realidad vecinal consistente jurídicamente en una asociación instituida bajo forma de sociedad anónima) sopesaron ese sentimiento. Entonces, en ejercicio de facultades *directorales pero no asamblearias*, establecieron una regla impeditiva de la incorporación en esa comunidad del llamado “nuevo cónyuge” mientras perdurara como socio un “precedente cónyuge”.

Hubiera yo comprendido una decisión del rechazo de la incorporación del “nuevo cónyuge”; ésta fue de concreta y posible adopción, y sobre su hipotética sustancia no abro juicio ahora. Pero ese delicado aspecto casuista no conduce a sostener un impedimento genérico endeble, porque provino *de un directorio*, que resultó apoyado sólo por algo más del 1% de todos los votos posibles, y cuya abrogación pidió más del 16% de los votos; mientras el resto de los vecinos de esa comunidad residencial se mantuvo distante del enredo.

Me parece que en lo señalado últimamente reside la pauta dirimente del tema. Propongo comprender el conflicto, y darle solución del derecho, con atención de esos propios factores: porque el debate abstracto sobre la incidencia de las abstenciones en las asambleas de sociedades anónimas es camino teórico inconducente a una decisión pacificadora y útil.

Aquello por derogar no provenía del estatuto, *tampoco* provenía de decisión asamblearia anterior; había sido establecido por un directorio. El 16% del “poder de voto en asamblea” quería derogar la limitación; solamente la sostu-

vo el 1,4 % del total de votantes posibles. Los demás socios faltaron a la asamblea, o “retiraron” sus acciones del tema, o se abstuvieron de votar.

Adviértase, en este punto, que limitar la asociación de alguna persona es objetivamente contrario *al sentido final* de la entidad. Ésta, en tanto constituye una urbanización residencial, aparece sitio previsto para que concurren gentes para domiciliarse o para alojarse.

6. Por sobre todo, me parece que el enojoso y delicado tema aprehendido por la cláusula limitativa de asociación no hubo de ser resuelto *de manera reglamentaria y universal* (luego se apreciará el sentido de esta bastardilla).

La legislación matrimonial argentina habilita las nuevas nupcias de personas divorciadas (instituto dotado del sentido que le asignó la Corte Nacional antes que el legislador, cual resulta de la conocida causa “Sejean” [ED, 121-521]). Es legítimo, conforme con la ley civil, que existan lo que llamé descriptivamente “nuevos cónyuges”; quienes son en verdad simplemente cónyuges (presentes) de cada persona que haya contraído nuevo matrimonio.

Es pues aspiración previsible del residente o asociado en un “barrio cerrado” o “country” el incorporar allí a su presente cónyuge. El impedimento reglamentario de esta previsible tendencia, derivada de la habilitación normativa de múltiples nupcias, constituye en sustancia un impedimento al usual acontecer en una sociedad civil sujeta a la actual legislación de familia de nuestra República.

La norma directorial derogada carecía pues de mérito; *en lo formal*, por su origen, cuanto en lo intrínseco, por su contenido. Cuando un 16% de los asociados quiso derogarla, sucedió que más de cuatro quintos de los posibles votantes decidieron apartarse silentemente de esa enojosa cuestión; ella era un conflicto social pero no societario, como me parece que cabe describirla con sencillez y discreción. No importa pues cuáles fueran las formas del distanciamiento con el enredo: unos faltaron a la asamblea, otros *retiraron* las acciones del tema y, finalmente, cierta cantidad de votantes permaneció en el salón del acto asambleario pero se abstuvo de votar.

Valoremos esa situación en la realidad:

Me parece que dentro de una persona colectiva como la que describí, y dada situación tan enojosa por resolver como la que refería, no cabe reputar a los ausentes y a los silentes como sostén implícito de una regla que fue 1) social pero no empresarial, 2) de autoría directorial pero no estatutaria o asamblearia, y 3) de contenido antinatural pues desatiende al “presente cónyuge” de un socio.

Preveo que aparezca dura mi calificación de “antinatural” aplicada al reglamento impeditivo de la asociación de “nuevos cónyuges”. Pero se comprenderá esa calificación apenas se recuerde el sentido inmanente de los incs. 3º y 4º del art. 531 del Cód. Civil y se atienda aquello por exponer en los párrafos séptimo y octavo de este segundo voto.

Voto yo, pues, por la confirmación de la sentencia.

7. Agregó una reflexión de buenas costumbres.

Éstas *no* son ajenas al derecho, como que la civilidad del trato está implíci-

ta en la normativa que requiere de la consideración respetuosa del prójimo como presupuesto de la convivencia en sociedad (conf. art. 1198 del Cód. Civil argentino y art. 242 del Cód. Civil alemán tal cual lo explica Wiacker, *El principio general de buena fe*—hay edición española—).

Es previsible el embarazo y hasta disgusto que pueda suscitar, acaso, a otros residentes en ese “barrio” o “country” el cruzarse o tratarse con quien ha sido cónyuge de la misma persona que incorporó a esa comunidad a su “presente cónyuge”; o cruzarse o tratarse con el “nuevo cónyuge”. Alguna solución habrá de darse a esa situación, en el supuesto de que derivaran de ella molestias mortificantes y quizás hasta asperezas sociales.

Pero la previsión de esa posible dificultad por enfrentar no resulta susceptible de reglamentarse del modo restrictivo en que fue establecido por el directorio de la sociedad en que está organizado ese “barrio” o “country”. Porque la limitación desatendió, por ser apriorística y genérica, la existencia y legitimidad de las nupcias sucesivas; y porque esa reglamentación fue rígida cuando los hechos y contingencias de la vida social son variados y sutiles.

Acaso conviniese no aceptar la incorporación, en una comunidad urbanística, del “presente cónyuge” de un socio cuando permaneciese allí quien hubiera sido antes cónyuge de ese mismo socio. Pero ello no puede ser prescripto como un mandato absoluto, global; y que resulta infundado en tanto fue genérico.

8. He cumplido hasta el párrafo sexto mi cometido jurisdiccional; y aporté en el párrafo séptimo una reflexión tendiente a inducir a los vecinos (formalmente: accionistas) a la búsqueda de soluciones discretas y mesuradas.

Aportaré ahora una consideración racional:

El impedimento de incorporación al “barrio” o “country” del “nuevo cónyuge” de un socio, con fundamento en la subsistencia en esa comunidad de quien fue otrora cónyuge del mismo socio que provoca la incorporación, *no constituye siquiera* una seria y sana protección del “anterior cónyuge”.

Nótese que impedir *de modo reglamentario y genérico* el acceso del “presente cónyuge” de un socio impedirá *también* al “anterior cónyuge” incorporar en el “barrio” o “country” a la persona con quien contrajese de su lado ulterior matrimonio. Entonces, el óbice a la incorporación del “presente cónyuge” mientras subsista como asociado el “anterior cónyuge” se volverá tanto contra el uno como contra el otro de quienes hubieran estado antes vinculados por matrimonio. Provócase así una situación antinatural, suerte de “celibato social forzoso”.

En conclusión, no es apreciable mérito en la disposición directorial derogada por la asamblea, mediante una voluntad que fue mayoritaria aunque formalmente escasa.

Es obvio que, producida una sentencia que confirme esa derogación, la asociación habrá de buscar vías *concretas* de convivencia y de delicadeza. Sobre cuáles fueren esas vías, y cuál su sentido, no he de predicar; la asociación merece conservar la libertad de superar por sus medios esta cuestión acaso menuda, social más que mercantil en la cual el decoro de los partícipes con-

tribuirá a su superación. Pero las dificultades de la convivencia humana se resuelven mejor con tolerancia y tenacidad antes que con reglamentos genéricos, rígidos y, en este caso, hasta antinaturales.

Coincido en la distribución de las costas. Nada más.

El señor juez *Rotman* dice:

Las particulares connotaciones de orden fáctico que subyacen a la materia implicada en la decisión asamblearia cuya invalidación se persigue en estas actuaciones (sobre cuyo alcance y características discurre el voto del señor juez Alberti) resultan decisivas –en mi parecer– para adherir a la propuesta de confirmación de la sentencia de primera instancia formulada en el segundo voto.

Agregaré brevemente una doble consideración complementaria:

a) Estar a lo resaltado por los peticionarios de amparo en el marco de la demanda promovida en la causa caratulada “G., E. J. y otro c. Altos de los Polvorines, S. A.”; que se encuentra actualmente en estudio de esta Sala, la decisión del directorio cuya nulidad dispuso la asamblea del 22-10-97 no sólo careció de mérito formal (por su origen) e intrínseco (por su contenido) –como explica en parág. 6 del voto del doctor Alberti– sino también de oportunidad, en razón de la oponible conveniencia “temporal” de su dictado.

Por cierto que con el provisional alcance con el cual procede evaluar las constancias obrantes en el mencionado juicio de amparo, es relevante notar que la norma directorial impugnada aparece dictada en forma virtualmente concomitante con la exteriorización de una enojosa situación entre ex cónyuges socios de la demandada; cuyo conflicto se registraría a favor de uno de ellos –precisamente– mediante la aplicación de la decisión del directorio objeto de tratamiento.

En tanto nada se invocó en los presentes obrados en el sentido de que Altos de Los Polvorines, S. A., hubiese dispuesto –siquiera en algún tiempo– de una regla obstativa de “admisión” de socios con el alcance establecido por la decisión del directorio del 19-7-96, resulta del todo inconveniente aprobar la legitimidad de una disposición que se hallara destinada inevitablemente (al margen de la literal “universalidad” de su contenido) a incidir en forma limitativa sobre una situación personal de suyo existente en el tiempo de dictado de la norma de referencia.

b) Por otro lado, conviene señalar que el sentido de este pronunciamiento excluye la hipótesis de contradicción expuesta por el apelante con relación a antecedentes jurisprudenciales emanados de otras salas de esta Cámara; pues la mayoría decisoria a la cual se arriba en los presentes obrados con base en mi preanunciada adhesión al voto del señor juez Alberti no reposa –diversamente de lo juzgado en la sentencia apelada– en los factores inherentes a la legitimación del impugnante a una asamblea, cual esgrimió el actor apelante, sino en apoyatura diferente y casuista.

Por lo tanto, y con el alcance expuesto en el voto del señor juez Alberti, adhiero a la propuesta decisoria allí formulaba.

Concluida la deliberación, los señores jueces de Cámara acuerdan a) confirmar la sentencia de fs. 78/82, y b) distribuir por su orden las costas de se-

gunda instancia. – Felipe M. Cuartero. – Edgardo M. Alberti. – Carlos M. Rotman. (Sec.: Héctor O. Chomer).

NOTA A FALLO

¿ES LEY LA LEY DE SOCIEDADES?*

Por **Jorge E. Martorell**

Sumario:

1.– El caso resuelto. 2.– El voto en primer término, que resultó minoritario. 3.– La decisión definitiva. 4.– Conclusión.

1. El caso resuelto

El Directorio de la demandada aprobó la modificación de un Reglamento de Admisión –de la sentencia no resulta claro si se refiere al acceso a la calidad de accionista o sólo a la propiedad de viviendas del barrio cerrado de la sociedad, o a ambas cosas– cuya derogación se sometió a decisión de una asamblea de la sociedad; la moción en ese sentido –es decir, por la derogación– no logró el voto favorable de la mayoría absoluta de los votos presentes facultados para ser emitidos en la respectiva decisión, pero como existió un importante porcentaje de abstención de votos mediante el cual podría alcanzarse la mayoría legal, la asamblea consideró aprobada la derogación.

El resultado del escrutinio de los votos emitidos por los accionistas presentes, expresado en porcentajes porque de la sentencia no surgen las cifras absolutas, fue el siguiente: el 46% por la derogación de la decisión del Directorio, el 4% por su mantenimiento y el 50% restante de los presentes se abstuvo de votar en ese punto; consiguientemente, esas abstenciones fueron decisivas en este caso para determinar la existencia o inexistencia de la mayoría absoluta legalmente necesaria para la aprobación de lo resuelto.

La sociedad consideró que tal mayoría absoluta se habría reunido y tuvo por derogada la reforma reglamentaria, ante lo cual el actor promovió este juicio sosteniendo que los votos emitidos en abstención no debían computarse como votos favorables a la moción, lo cual es exacto –pese a que utilizó la expresión de que “deben considerarse como votos negativos”, cuando en rigor pudo afirmar que no debieron computarse en ningún sentido respecto de la moción en votación– y que, por lo tanto, la propuesta derogatoria no había quedado aprobada por no lograr la mayoría necesaria para ello, justificándose así la impugnación de la decisión que en sentido contrario interpretó la asamblea.

En primera instancia, previa declaración de la causa como de puro derecho, la demanda fue rechazada, decisión revocada en la Alzada por la sentencia objeto de este comentario.

Varias son las cuestiones tratadas en este fallo que llaman la atención; la primera, que una cuestión relativamente simple de derecho societario, regla-

*Publicado en *El Derecho* del 29/11/99.

da por un claro texto legal expreso, haya dado lugar a tan extenso y estudiado pronunciamiento; en segundo lugar, que sobre la norma aplicable se haya hecho prevalecer una interpretación subjetiva de la presunta voluntad de los accionistas presentes en la asamblea que sobre este punto del orden del día se abstuvieron de expresarla y, por último, que la sentencia haya considerado necesario expedirse sobre el mérito o demérito intrínseco del texto reglamentario traído a consideración de la asamblea, sin que resulte claro que tal cuestión hubiera sido traída procesalmente al juicio ni que fuera imprescindible para la adecuada solución del caso; el voto que conformó la mayoría entró así al análisis de las condiciones de admisión resultantes de la modificación reglamentaria, penetrando en un terreno tan innecesario para el caso como controvertible y resbaladizo.

2. El voto en primer término, que resultó minoritario

Una cuestión previa de sumo interés, porque ni la doctrina ni la jurisprudencia son unánimes al respecto, fue considerada por el magistrado que se expidió inicialmente, pese a que fue introducida en forma marginal por un accionista que intentó intervenir en el juicio por la vía de “tercero en los términos del CPr. 90”; ella consiste en que la demanda por impugnación de esta decisión asamblearia de la sociedad anónima fue interpuesta luego de vencido el plazo del art. 251 último párrafo de la Ley de Sociedades.

Este magistrado adhiere a la opinión prevaleciente en el sentido de que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción y afirma que, como consecuencia, opera de pleno derecho y podría ser declarada aun de oficio por el Tribunal; agrega asimismo que como el vicio atribuido –falta de mayoría legal en la adopción de la decisión– encuadra al acto en una nulidad absoluta en los términos del art. 1047 del Cód. Civil y además lo convertiría en acto inexistente, no podría quedar convalidado ni devendría existente por el mero transcurso del plazo del art. 251.

Alguna de esas cuestiones es, sin duda, controvertible, entre ellas la categoría de acto inexistente, cuestionada en nuestro derecho por injustificada en virtud del art. 18 del Cód. Civil (OTAEGUI, JULIO C., *Invalidez de actos societarios*, Ábaco, Buenos Aires, 1978, págs. 91 y sigtes.; en contra: HALPERIN, ISAAC, *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1974, pág. 600, N° 27), pero el magistrado no profundiza mayormente estos temas y los deja excluidos por razones procesales, sin mayor explicitación sobre su falta de pronunciamiento de oficio, atraído posiblemente por el interés que suscita la controversia sobre el sentido del voto de abstención.

El magistrado trató, sin duda, de agotar la indagación sobre si el accionista presente en la asamblea que se abstiene de votar –pudiendo hacerlo– en realidad vota a favor o en contra de la moción que se considera; pero ese análisis, en mi opinión, se aparta del verdadero problema a resolver en este caso, que no consistía en reconstruir las presuntas voluntades de los presentes que deliberadamente no quisieron expresarla, sino en algo muy distinto, es decir, si los votos presentes abstenidos se computan o no para el cálculo de la mayoría ab-

soluta de presentes necesaria para obtener la aprobación de la moción objeto de la votación.

Es una cuestión que no se plantea frecuentemente porque, por lo general, el porcentaje de abstenciones en las asambleas es irrelevante a aquel fin; ello no ocurrió en este caso, en que definía la suerte de la decisión al dejar sin la mayoría absoluta a la moción que la asamblea tuvo por aprobada y que dio motivo a la impugnación judicial.

Como ya he anticipado, en definitiva, este voto propició la revocación de la sentencia en recurso.

3. La decisión definitiva

El magistrado que se expidió en segundo término, a cuyo voto adhirió quien lo hizo en tercer lugar, nos advierte liminarmente que su decisión tenderá al realismo y se apartará del conceptualismo.

No se advierte muy claramente el significado en derecho de esas expresiones, pero si implican que se resolverá el caso mediante una solución *ad-hoc* que se aparta del texto expreso de la ley aplicable, en este caso los arts. 251 y 243 de la LS, y también el 3º, según se verá más adelante, resulta difícil compartirlas.

Es, asimismo, en función de esa primacía que en este voto se asigna al realismo sobre la normativa societaria que se plantean dudas o suspicacias sobre el posible carácter simulado que revestiría una sociedad anónima por la circunstancia de haberse constituido de conformidad con el art. 3º de la ley 19550 [ED, 42-943]; es evidente que si se acepta a título de presunción operante ese preconcepto, aun sin necesidad de sustanciación ni prueba de la cuestión, se penetraría de pleno derecho el llamado “velo de la personalidad”, concluyéndose entonces que ésta deberá quedar regida por la normativa que corresponda a la naturaleza de su actividad, pese al terminante texto legal en el sentido de que queda sujeta a las disposiciones del tipo societario adoptado que, según la dogmática de la Ley de Sociedades, determina exclusivamente el régimen jurídico que le es aplicable.

Prosiguiendo con este singular “realismo”, el magistrado afirma que en la asamblea los accionistas fueron “en sustancia usuarios de la urbanización y no aportantes de capital lucrativo”, o sea, sólo “formalmente accionistas”.

Agrega luego que quienes se abstuvieron de votar se apartaron de participar del tema y “declararon que se retiraban de la asamblea con relación al tema”. Esto último evidentemente no ocurrió así, y si realmente se hubieran retirado de la asamblea ella hubiera quedado sin quórum y, en consecuencia, habría debido levantarse; tampoco es exacta la versión menos audaz con que el magistrado se rectifica parcialmente más adelante, aclarando que en realidad “se retiraron del tema”. Contrariamente, se mantuvieron en sus lugares –sobre el tema y en la asamblea– con lo que continuaron formando parte del número de los presentes con derecho a voto sobre esa decisión, encuadrándose en el art. 243, tercer párr. de la LS.

Así lo entendieron el actor, el sentenciante de primera instancia y el magis-

trado preopinante en la Alzada, no siendo conducente, por lo tanto, analizar si las diferencias cuantitativas en el sentido de los votos fueron grandes o pequeñas, porque la real cuestión consiste en determinar si existió o no respecto de la moción la mayoría absoluta de votos favorables de los presentes con derecho a voto, y la abstención no los convierte en ausentes ni menos aún en favorables. Ni tampoco es admisible atribuir a los presentes ignorancia de derecho sobre el efecto jurídico de mantener su presencia en la asamblea, es decir, su incidencia en el cómputo de la mayoría necesaria para la aprobación de la ponencia.

Desde otro punto de vista, señalo que el magistrado formuló también la observación de que en lo formal la modificación reglamentaria carecería de sustento por provenir del Directorio, cuestión que debió merecer debida sustanciación en la causa y evaluación sobre la distribución de facultades establecida en los estatutos, sin que ello resulte del fallo; tampoco surge de la sentencia cuál fue el órgano societario que aprobó el reglamento original objeto de la modificación, ni cuáles son los alcances de tal reglamento con relación al estatuto de accionista u otras cuestiones societarias que podrían encuadrarlo en el art. 5º, párr. 2º de la LS; lo cierto es que el magistrado no propuso anular la modificación reglamentaria atribuyendo exceso de facultades incurrida por el Directorio, sino porque lo consideró derogado computando como favorable en ese sentido al voto en abstención de los accionistas presentes; consiguientemente, aquella afirmación sobre exceso de facultades del Directorio no fue seguida en el fallo por la que presumiblemente podría ser su consecuencia lógica.

Siendo aquél el sentido del voto de este magistrado, parecería definido con relación a las cuestiones procesalmente articuladas y, por lo tanto, superfluo que entrara a analizar el contenido de la reforma en cuestión.

Es que el caso aparece planteado sobre la aplicación de la Ley de Sociedades y, en definitiva, fue resuelto invocándose esa normativa, si bien mediante una subjetiva apreciación del sentido de los votos en abstención que el magistrado consideró suficiente para que la cláusula reglamentaria en cuestión resulte derogada, sea cual fuere lo que en ella se dispusiera.

Ello no obstante, el magistrado se explaya largamente sobre sus puntos de vista en materia de derecho de familia que en su opinión lesionaría la reforma reglamentaria, pero ellos quedan como apreciaciones personales en razón de que procesalmente no formaron parte de la decisión propuesta; sin duda, todo ello sería amplia y contradictoriamente tratado si la cuestión hubiera sido promovida en el fuero competente en la materia, el civil y no el comercial; tales opiniones, que estrictamente no constituyen derivaciones receptadas en la parte resolutive de la sentencia, pueden inducir a confusión al lego que las considere como cosa juzgada firme.

Además, si esas apreciaciones fueran consideradas como absolutas y de carácter general podrían llegar a restringir facultades reglamentarias de policía de orden interno en los barrios cerrados, incluyendo a muchas que pueden tender a evitar que se altere la pacífica convivencia de sus habitantes; si la cláu-

sula en cuestión hubiera tenido un alcance más amplio, abarcando no sólo un supuesto puntual sino cualquier otro susceptible de alterar la tranquilidad del conjunto, la reforma posiblemente no habría suscitado cuestionamientos.

Por otra parte, no cabe duda sobre la existencia de puntos de vista respetables en ambas partes; por un lado, se encuentra el derecho de los más a vivir en paz dentro de un recinto no abierto al público en general y a elegir el entorno de convivencia que consideran más compatible con su idiosincrasia; y, por la otra, el derecho a no sentirse discriminado. No obstante, éste último siempre mantiene su derecho humano esencial de instalar su residencia en cualquiera de los innumerables lugares disponibles del país, sin necesidad de ejercer la pretensión, a veces malsana, de imponer su presencia donde no es bien mirada.

En otro orden de ideas, puede también señalarse la inconveniencia de formular consideraciones presuntamente antidiscriminatorias, pero que si son aplicadas con una extensión y alcance imprevisibles hasta pueden chocar con la común existencia de sociedades de profesionales, para cuyo acceso a la calidad de socio se requiere reunir ciertas condiciones como determinado título o inscripción; y hasta con las cooperativas, que si bien no pueden poner límite al número de asociados ni de capital y cuyo ingreso es libre, puede éste ser supeditado a las condiciones derivadas del objeto social (art. 17, segundo párrafo, ley 20337 [ED, 52-650]).

De allí, entonces, que el contenido intrínseco de la modificación reglamentaria analizada en el voto de la mayoría aparece como una cuestión ajena a la controversia de derecho societario planteada en este juicio y aun a la misma jurisdicción comercial, donde no resulta que haya sido objeto de oportuno derecho de réplica, y quizás por ello el fallo no menciona que las partes lo hayan incluido en la traba de esta litis; si ello es así, las consideraciones de este voto sobre la materia pueden ser consideradas una innecesaria actividad jurisdiccional y, por la corriente de opinión que comparto, también poco afortunada.

4. Conclusión

La pregunta formulada como título de este comentario –sugerida por la no aplicación al caso de los arts. 251, 243 último párrafo y 3º de la LS– debe ser contestada obviamente en sentido afirmativo y, por lo tanto, como a toda ley corresponde que sea cumplida y aplicada por la Justicia; para disipar cierta desazón que puede resultar de la sola formulación de aquel interrogante, considero oportuno transcribir una cita del voto minoritario: “No corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la ley tal como éste la concibió, ya que está vedado a los Tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus facultades. Por ello, al Poder Judicial no le compete juzgar sobre la oportunidad, el criterio o la bondad de las leyes”.