

El derecho de minoría que contempla el art. 236, de facultad de iniciativa de solicitar la convocatoria a asamblea por socios que representen cierto porcentaje de capital, debe interpretarse conjuntamente con otras disposiciones de la ley, quedando esos socios habilitados para requerir por vía judicial la convocatoria cuando:

a) tratándose de asamblea ordinaria, si se solicitó la convocatoria al directorio en primer lugar y ante la negativa u omisión se pidió esa misma convocatoria a la sindicatura sin haber sido lograda y b) si es extraordinaria, podrá deducirse demanda habiendo sido solicitada a uno cualquiera de esos órganos - directorio o sindicatura- con resultado negativo

MARTÍN ARECHA

I

Entre los derechos que la LS reconoce en favor de la minoría está el de poder solicitar la convocatoria a asamblea ordinaria o extraordinaria -mas precisamente lo que la ley otorga es un derecho de

iniciativa pues los socios por si no pueden convocar al órgano de gobierno-, cuando se cuente con el porcentaje que determina la ley o bien uno menor si hubiera sido previsto en el estatuto (art. 236). Puede considerarse que ese derecho también se integra con la convocatoria a asamblea por la sindicatura cuando lo requieran accionistas que representan el 2% del capital conforme al art. 294, inc. 11, que en realidad se trata de una asamblea extraordinaria que puede ser llamada directamente por el síndico.

Ese derecho de la minoría debe ser ejercitado a través de un órgano societario, o bien por demanda judicial o reclamo administrativo.

Los arts. 236 y 294, contemplan derechos de minorías que tienen por finalidad limitar o balancear razonablemente el poder de las mayorías cuando se cuente con un o porcentaje del capital social que habilite el ejercicio de esos derechos específicos que regula la ley.

Tales artículos de la ley necesitan de una interpretación para su adecuada aplicación, sobre todo cuando, las minorías no logran que se concrete la convocatoria por aquellos órganos facultados a esos fines, y se decida entonces recurrir a la vía judicial.

II

El primer obstáculo aparece en el art. 236 que confiere al directorio "o" a la sindicatura el derecho a convocar la asamblea, utilizando una conjunción disyuntiva que interpretada literalmente implica que la minoría podría solicitar la convocatoria a una asamblea ordinaria o extraordinaria a cualquiera de esos órganos pero de modo excluyente esto es, a uno u otro pero no a ambos. Mas esta interpretación, como se verá no es la que se compadece con las restantes normas de la ley.

El art. 294 en sus incisos 7 y 11, contempla el llamado a convocatoria por parte del síndico como uno de sus atribuciones y deberes, distinguiendo entre el supuesto de asamblea ordinaria de la extraordinaria, constituyendo ello una pauta adecuada para dar una interpretación sistemática al 236.

Además de los aspectos interpretativos, la cuestión tiene incidencia práctica, en tanto si una minoría resulta frustrada en el ejercicio del derecho reconocido en el art. 236, deberá promover acción judicial para obtener la convocatoria por decisión del juez, para lo cual tendrá que acreditar haber agotado la vía interna societaria, ya que de otro

modo su demanda podrá ser objeto de defensas neutralizantes.

El art. 236, se encuentra ubicado en la LS, Sección II, Capítulo V, "5 De las asambleas de accionistas"; constituye una norma general en favor de los accionistas minoritarios a los que se refiere, en tanto el art. 294 esta en la misma parte (secc. y cap.) "8 De la fiscalización privada" referida a los derechos y deberes de los síndicos, pero esta segunda norma específica relativa a las atribuciones y deberes de los síndicos da sentido y determina el modo en que se deberá ejercitarse el derecho general que consagra el 236. Lo propio ocurre en el consejo de vigilancia que de acuerdo con el art. 281 puede efectuar la convocatoria en el supuesto del 236, resultando aplicable el mismo sistema de la sindicatura por remisión del art. 281 inc. g). De tal modo, es posible considerar que para que la sindicatura convóque como surge del art. 236, tiene que encuadrarse su ejercicio en los supuestos del 294 inc. 7 u 11.

En punto a las facultades del directorio no dice la ley de modo específico, como en cambio ocurre con la sindicatura, que pueda convocar a asamblea, mas esa atribución emerge de las facultades y competencias propias del órgano de administración entre las que indudablemente se encuentra la de convocar a asamblea ordinaria - lo que además es obligatorio conforme al art. 234 -o a la extraordinaria cuando resulte necesario (arts.235 y 273); en cambio el art. 294 para la sindicatura contempla de modo concreto esa competencia (art. 294, inc. 7 y 11) como también resulta por extensión del consejo de vigilancia (art. 281, inc. g).

El art. 294 en su inc. 7 establece que el síndico puede convocar a asamblea extraordinaria cuando "...lo juzgue conveniente...", mientras que respecto de la ordinaria dice que deberá convocarla cuando omitiera hacerlo el directorio.

Precisamente esa norma, es la que da sentido y orden al art. 236, y surge que no debe considerarse que la convocatoria pueda ser hecha de modo disyuntivo por el directorio o el síndico, sino que existe un determinado orden que emerge de la misma ley.

Resulta del juego del arts. 236 y 294, inc. 7, que: la asamblea ordinaria debe ser convocada en primer lugar por el directorio, y subsidiariamente cuando aquél lo omitiera la sindicatura es la que debe formular la convocatoria, mientras que la extraordinaria puede ser llamada tanto por el directorio -como órgano de administración- como por la sindicatura -como órgano de fiscalización- cuando "lo juzgue

necesario". Como puede interpretarse no se trata de una facultad excluyente entre ambos órganos, sino de una que los asiste en cumplimiento de sus respectivas competencias, que no pueden considerarse excluyentes ni subsidiarias las de un órgano del otro.

Y, la expresión "lo juzgué necesario" es abarcativa de aquellas situaciones en que el síndico por propia iniciativa considere que procede el llamado o bien cuando le sea solicitada por accionistas que cuenten con el porcentaje del art. 236 y estime que se dan las condiciones para hacer la citación.

De tal modo en la convocatoria de la ordinaria se da subsidiariedad de la sindicatura respecto del directorio, situación que no se reitera en la extraordinaria.

En consecuencia, para que la minoría se encuentre debidamente habilitada para obtener la convocatoria judicial de la asamblea será necesario distinguir si se trata de una ordinaria o una extraordinaria; en el primer caso deberá demostrar haber agotado la vía interna de la sociedad que es el pedido al directorio y ante el fracaso igual reclamo a la sindicatura con resultado negativo. En cambio, en la extraordinaria, bastará con acreditar que fue pedido el llamado al directorio o a la sindicatura -indistintamente- y fracasado en ese intento.

III

Tal interpretación fundada en lo que disponen dos normas de la LS (236 y 294), se complementa con otros fundamentos que surgen de la sistemática de la ley.

Como se sostuvo al principio se trata de un derecho de minorías, y si se observa que cada asamblea -ordinaria o extraordinaria- cuenta con un régimen de quórum y mayorías diferente (arts. 243 y 244), puede deducirse que la ordinaria tiene competencia para tratar y decidir respecto de las cuestiones ordinarias del funcionamiento de la sociedad y del resultado de la gestión que la ley identifica, resulta razonable que los minoritarios puedan pedir su convocatoria, debiendo seguir un orden: primero pidiéndolo al directorio, órgano que originariamente debe formular ese llamado como obligación funcional y subsidiariamente a la sindicatura encargada de la fiscalización. De lograr el llamado, la cuestión tiene que ser decidida con un sistema de quórum y mayorías que resulta mas atenuado que el que la ley contempla para la extraordinaria, razón por la que esta, cuando es requerida por

la minoría puede ser solicitada a cualquiera de los dos órganos sin importar el orden en que se pide, pues la asamblea tiene un quórum y una mayoría acorde con lo que se necesita para decidir respecto de cuestiones no ordinarias, quedando así resguardado en el acto de la asamblea el interés social.

En definitiva, para la ordinaria, cuyas decisiones se adoptan con un sistema atenuado de quórum y mayorías, se necesitará requerir la convocatoria al directorio y luego ante el fracaso a la sindicatura.

A la inversa, en la extraordinaria, en el que las mayorías son incrementadas, tal requerimiento de convocatoria puede ser hecho a cualquiera de esos órganos, justificándose este modo en que la asamblea que sea convocada decidirá con mayorías agravadas respecto de la ordinaria. A ello se agrega la mayor agravación prevista en el art. 244 última parte.

El hecho de tratarse de decisiones que se tomen en asamblea ordinaria o extraordinaria, con distintos quórum y mayorías, permite dar sentido al sistema que ha estructurado la ley para el ejercicio del derecho de minoría del art. 236, interpretado en concordancia con el 294, inc. 7.

Para terminar, considero que ante el pedido de convocatoria por vía judicial, con fundamento en el art. 236, deberá acreditarse haber cumplido los pasos internos que se han señalado en el caso de la ordinaria y en el supuesto de la extraordinaria bastará con acreditar el pedido y la negativa del órgano al que le fue pedida -directorio o sindicatura-.