

PODER IRREVOCABLE DE VOTO

Carlos A. Molina Sandoval

SUMARIO:

No existen inconvenientes en celebrar poderes irrevocables de voto. La crítica societaria a esta posibilidad no está respaldada en el texto legal. No sólo porque el mandato irrevocable no está prohibido por la LGS sino porque las críticas no han analizado correctamente el art 1330, Cód. Civ. y Com., ya que no equivale a una transferencia del voto. Todo mandato (en interés del mandante o común de ambos) importa la transferencia del poder de voto, en base a las pautas establecidas por el instrumento de mandato o por separado. La irrevocabilidad no importa la transferencia de voto, porque los arts. 380 y 1330, Cód. Civ. y Com. son claros en exigir que sea para un “negocio especial” y que es revocable por justa causa. Estas dos exigencias, de por sí, limitan cualquier planteo en contra de la ilegitimidad del voto. Que se acepte el mandato irrevocable no significa necesariamente que pueda pedir la nulidad asamblea si el mandato no tiene esta extensión. Ello dependerá de si la sociedad conoce o no conoce la existencia del mandato y de la buena o mala fe del mandatario irrevocable. El mandato irrevocable no necesariamente importa el desinterés con la marcha de la sociedad. Ello podría ocurrir, igualmente en los hechos, con cualquier forma de mandato si es que el accionista (mandante) hubiera delegado la votación en un representante.



I. Introducción

Un mandatario es una persona que ha sido facultada por un accionista registrado para votar en su nombre. La relación que los une es la de mandante y mandatario. El término en idioma inglés “proxy” puede prestarse a confusiones

ya que designa tanto al instrumento que confiere las facultades, al otorgamiento mismo de facultades y a la persona facultada para votar¹.

La Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) limita el uso de la palabra “proxy” (mandatario) para referirse sólo a la persona facultada para votar. Este mismo ordenamiento utiliza el término “designación” para referirse al otorgamiento de facultades a un mandatario y al término “formulario de designación” para referirse al instrumento del cual surge la designación. El ordenamiento que regula el mandato se divide de forma bastante clara en dos áreas. Por un lado, encontramos la escueta, casi inexistente, regulación estatal referida a los requisitos legales y duración de la designación de un mandatario.

En la regulación estatal el tema quizá más controvertido es el de si una designación de mandatario que se estipula como irrevocable es de hecho irrevocable. La escasa litigiosidad existente en este tema es una evidencia de que el mismo no es tan trascendental². Por el otro lado, encontramos la floreciente regulación federal del mandato para las sociedades cotizadas en bolsa que están sujetas a los requisitos de notificación previstos en la Securities Exchange Act of 1934.

A nivel estatal, las disposiciones legales corrientes referidas al mandato sólo rezan que el accionista podrá votar “personalmente o por mandatario”³. Este artículo no establece ninguna forma en particular para la designación de mandatario.

Las designaciones de mandatarios se han considerado válidas aún en defecto de formas como la omisión del nombre del mandatario, la fecha de la asamblea o la fecha de la designación. Sin embargo, la designación del mandatario deberá ser celebrada por escrito, una disposición que sin dudas beneficia al síndico de la votación y a la sociedad. No es necesario que el mandatario sea un accionista⁴.

Las disposiciones estatales más comunes relativas a la duración de la designación de mandatario señalan que la designación “será válida durante once meses salvo que se estipule un período mayor en el formulario de designación”⁵. La regla de los once meses se funda en que un nuevo formulario de designación debe ser celebrado antes de cada asamblea anual. No obstante ello, señala Hamilton, no existen impedimentos para que las partes acuerden un período más extenso en una designación particular de mandatario. Como cualquier mandatario, su designación normalmente

¹ HAMILTON, Robert W., *The Law of Corporations*, Saint Paul, Minn, West Publishing Company, 1.987, p. 190.

² HAMILTON, *The Law of Corporations* cit., p. 191.

³ Revised Model Business Corporation Act, artículo 7.22 (a).

⁴ HAMILTON, *The Law of Corporations* cit., p. 191.

⁵ Revised Model Business Corporation Act, artículo 7.22 (c).

es revocable a discreción del accionista registrado. En consecuencia, aunque se hubiera estipulado un período más extenso de duración de la designación, el mandato puede asimismo ser revocado por el accionista.

La designación de mandatario puede ser revocada tanto expresa como tácitamente. La celebración de una ulterior designación de mandatario, por ejemplo, constituye una revocación de la anterior que deviene contradictoria. La asistencia personal del accionista a la asamblea también puede implicar una revocación de un mandato anterior, aunque esto dependerá de la intención del accionista. Debido a que las designaciones ulteriores revocan a las anteriores, es importante que en los formularios de designación conste la fecha de celebración. En caso de existir conflictos, los síndicos de la votación deberán determinar cuál es la última designación realizada por el accionista a los fines de resolver quién está facultado para votar ⁶.

Ciertos mandatos pueden ser irrevocables. Generalmente, la mera expresión que un mandato será irrevocable no lo convierte en tal; ese mandato será tan irrevocable como cualquier otro. La pauta general para determinar si es un mandato es verdaderamente irrevocable será el hecho de que el mismo esté “asociado a un interés”.

Esta frase, que tiene su origen en el caso jurisprudencial “*Hunt v. Rousmanier’s Adm’rs*” ⁷, y obviamente no contiene un significado inherente en sí misma, deberá ser explicada con ejemplos y un análisis más profundo. No es suficiente que el mandato esté fundado en una contraprestación. El ejemplo más claro de esto es la adquisición de un otorgamiento de mandato a cambio de dinero. Dicho voto comprado seguramente será considerado en el sistema americano como contrario al orden público e ineficaz. Más que irrevocable, dicho mandato será completamente ineficaz. Por el otro lado, si una persona concede un préstamo en dinero a un accionista y se constituye una prenda sobre las acciones para garantizar su crédito, casi con seguridad ese acreedor se constituirá en mandatario del accionista.

¿Qué distingue a estas dos situaciones? Se supone que la persona que compra un voto tiene la intención de recuperar su inversión haciendo uso de la facultad de votar en uno u otro sentido. Esta facultad puede llegar a ser ejercitada de forma desfavorable para la sociedad: el interés del mandatario reside en recuperar un pago personal, y esto de alguna manera se opone a los intereses de la sociedad. En cambio, el interés del acreedor es asegurar o incrementar el valor de las acciones que constituyen la garantía del préstamo. Por ello el acreedor

⁶ HAMILTON, *The Law of Corporations* cit., p. 191.

⁷ 8 Wheat. (21 U.S.) 174 (1823)

tiene un interés económico que concuerda con el de la sociedad y no así el que compró el voto⁸.

Un mandato irrevocable separa la propiedad del derecho de voto. Debido a la posibilidad de que se causen perjuicios a los propietarios abusando de un derecho de voto vacío, desligado de una participación económica en la sociedad, los tribunales por lo general se han negado a reconocer la irrevocabilidad de los mandatos salvo que exista poca probabilidad de que se abuse del derecho de voto. Éste es el meollo de la noción “asociado a un interés.” Los siguientes tipos de mandatos han sido declarados “asociados a un interés”⁹:

- i) Un mandato otorgado a un acreedor prendario en virtud de la constitución de una prenda válida sobre las acciones.
- ii) Un mandato otorgado a quien se compromete a comprar las acciones en virtud de una promesa de contrato de compraventa.
- iii) Un mandato otorgado a quien ha prestado dinero o aportado bienes valiosos a la sociedad.
- iv) Un mandato otorgado a quien ha sido contratado para prestar servicios a la sociedad como funcionario.
- v) Un mandato otorgado a los fines de ejecutar lo dispuesto en un acuerdo de accionistas (desarrollado en la siguiente sección).

Parecería existir una lenta tendencia hacia la codificación de la doctrina del mandato “asociado a un interés” propia del Common Law.

Los Estados de Nueva York y California tienen leyes que receptan las cinco situaciones descritas más arriba como aquéllas en las que será reconocido un mandato como irrevocable¹⁰. Una ley de este tipo resuelve posibles conflictos futuros de modo muy simple. Sin embargo, existe cierto riesgo de que un mandato irrevocable llegue a ser invalidado porque no encaja acabadamente en ninguna de las cinco categorías. Es por este motivo que el artículo 7.22(d) de la Revised Model Business Corporation Act, si bien en general está redactado en base a la ley de Nueva York, indica que la enumeración no es taxativa.

II. Mandato irrevocable

En el régimen legal el mandato es esencialmente revocable. Sólo por excepción se concibe irrevocable. Esta excepción está regulada en el art. 1330, Cód.

⁸ HAMILTON, *The Law of Corporations* cit., p. 191.

⁹ HAMILTON, *The Law of Corporations* cit., p. 191.

¹⁰ N. Y. Bus. Corp. Law, art. 609 (F); Cal. Corp. Code, art. 705.

Civ. y Com., dice que el mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos de los incisos b) y c) del artículo 380. El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad. El art. 380, señala que el poder se extingue: a) por el cumplimiento de los actos encomendados en el apoderamiento; b) por la muerte del representante o del representado; sin embargo subsiste en caso de muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado; o a representante y un tercero, o a representado y tercero; c) por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o del representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa.

Como señala Lorenzetti, en el régimen actual la irrevocabilidad puede pactarse siempre que:

- i) Exista un interés legítimo de los contratantes o de un tercero. El interés legítimo existe cuando el poder está vinculado a otro negocio causal, o a una obligación y el manato es un mero instrumento para obtener la finalidad perseguida en ellos.
- ii) Sea para un negocio especial. Se lo excluye de los mandatos generales. Ello se fundamenta en la necesidad de preservar la libertad del mandante, ya que la renuncia al derecho a revocar un mandato referido a todo el patrimonio, provoca una sumisión inmoral, pues sería una completa cesión del patrimonio;
- iii) Tenga una limitación en el tiempo, porque si se pactara una irrevocabilidad sine die, se afectaría la capacidad de obrar del mandante y se opondría a la libertad de acciones.

Sólo con justa causa podrá revocarse el mandato “irrevocable”, aun cuando se hayan cumplido los otros requisitos.

III. Interpretación de la doctrina

En el ámbito societario, los autores no se han puesto de acuerdo sobre el tema. Para Halperín no es posible que el poder sea irrevocable, no sólo porque no reúne los requisitos del art. 1977, Cód. Civ. (hoy art. 1330, Cód. Civ. y Com.), sino por cuanto “equivaldría a la transferencia del derecho de voto”. Por su parte, Sasot Betes señala que el accionista (mandante) tiene, en todos los casos, un derecho prioritario a

asistir a las asambleas, sin que importe la extensión o modalidad del poder otorgado, derecho prioritario que se deriva de su condición de socio y de participar en la formación de la voluntad social. Admitir lo contrario implicaría –añade– aceptar que el mandatario irrevocable podría, caso de concurrir personalmente el accionista, pedir la nulidad de la decisión tomada con el voto de aquél y cambiar la decisión por su voto en contra, no obstante no ser socio.

Nissen, en un sentido similar, señala que si el voto es considerado un derecho esencial, mínimo e inderogable del accionista, fundado en el principio de la organización democrática de las sociedades anónimas, no puede concebirse que estos, mediante el recurso de otorgar mandato irrevocable, y suscribiendo sólo el contrato original, se desinteresen de la marcha de la sociedad, alentándose de tal forma la constitución de sociedades por simples personeros. El accionista no podría renunciar definitivamente a su derecho de voto, ni cederlo separándolo del título, pues mediante el ejercicio de ese derecho participa en la administración de la sociedad, votando en las asambleas generales.

Desde otra posición, Zaldívar entiende que es lícito si se dan las condiciones exigidas por el Cód. Civ.. También Verón que dice que el mandato irrevocable puede transformarse en una herramienta fundamental y necesaria para instrumentar los convenios parasocietarios.

López Tilli comparte esta posición: señala que este tipo de mandato no podrá hablarse ya de la renuncia al ejercicio del derecho de voto ni de su separación del título que lo contiene, porque el accionista –aunque a través de un representante– habrá de seguir tomando intervención en la marcha de los negocios sociales. Además, señala que será revocable cuando exista justa causa. En igual sentido Roitman y Christiá, señalando que no hay cuestionamiento si ha sido admitido en el derecho común.

IV. Nuestra posición

Somos partidarios de esta última posición. En este sentido puede decirse:

- i) La figura del mandato irrevocable no está prohibida por la LGS.
- ii) Las críticas no han analizado determinadamente el art 1330, Cód. Civ. y Com., ya que no equivale a una transferencia del voto. Todo mandato (en interés del mandante o común de ambos) importa la transferencia del poder de voto, en base a las pautas establecidas por el instrumento de mandato o por separado. ¿Qué diferencia existe en el mandato irrevocable? Lo cuestionable no sería, entonces, la irrevocabilidad sino el mandato (que permite la votación del mandatario y no del accionista). La irrevocabilidad no importa la transferencia de voto, porque los arts. 380 y 1330, Cód. Civ. y Com. son claros en exigir que sea para

un “negocio especial” y que es revocable por justa causa. Estas dos exigencias, de por sí, limitan cualquier planteo en contra de la ilegitimidad del voto.

iii) Existen muchos casos en los que el accionista no puede participar en la formación de la voluntad social (mora, receso, interés contrario, etc.) y ello no le quita su derecho prioritario. El accionista podrá hacerlo en todos los otros negocios (que no sean aquel para el cual se hubiere dado el mandato irrevocable) sin merma de sus derechos.

iv) Que se acepte el mandato irrevocable no significa necesariamente que pueda pedir la nulidad asamblea si el mandato no tiene esta extensión. Ello dependerá de si la sociedad conoce o no conoce la existencia del mandato y de la buena o mala fe del mandatario irrevocable. Existe, en este caso, un salto lógico que no es conveniente aceptar y, por supuesto, un dogmatismo que se da de bruce con el contractualismo societario.

v) El mandato irrevocable no necesariamente importa el desinterés con la marcha de la sociedad. Ello podría ocurrir, igualmente en los hechos, con cualquier forma de mandato si es que el accionista (mandante) hubiera delegado la votación en un representante. Tan es así que las normas de la CNV admiten que el poder general de administración es suficiente para votar en las asambleas.

vi) El mandato irrevocable no importa una renuncia definitiva a su derecho a voto, sino sólo a un tema particular. ¿Qué diferencia existe, entonces, con la transferencia fiduciaria de las acciones a un fideicomiso? ¿Y qué decir del usufructo legal o convencional en el que se cedió el derecho a voto (art. 218, LGS)?

V. Valoración del tema

No obstante lo dicho, cabe señalar lo siguiente:

V.1. Revocación.

El mandato irrevocable podrá ser revocado si existe justa causa para ello. Una alternativa justificativa de su revocación podría ser naturalmente la afectación del interés societario. Esta sola afectación legitimaría a su mandante a revocarlo.

V.2. Consecuencias.

Aun negando la posibilidad de que se celebre un mandato irrevocable, el hecho que se haya celebrado un mandato irrevocable no significa la nulidad

del instrumento (y por ello, la imposibilidad del mandatario de participar de las asambleas) sino sólo la posibilidad del mandante de su revocación.

En esencia, será una cuestión que sólo deberán dirimir mandante (accionista) y mandatario y la sociedad no podrá impedir tal participación;

V.3. Limitación estatutaria.

El estatuto social (o el reglamento) puede, de manera expresa, prohibir la celebración de mandatos irrevocables.

V.4. No afectación del interés social.

Es válido que el mandato (irrevocable) se realice en interés de los contratantes (aun del mandatario) o de un tercero, siempre que no se afecte el interés social o se cause con ello un daño a la sociedad.

Si no se afecta el interés social, los socios tienen libre disposición de su patrimonio.

V.5. Determinación del negocio especial.

El negocio especial debe entenderse con un sentido razonable.

En el ámbito del mandato de voto en la asamblea (art. 239, LGS) debe entenderse como la posibilidad de aprobar o desaprobar alguna cuestión puntual, tal como la designación de un determinado director, la aprobación de un contrato u otro acto.

Sólo se entiende válido el mandato irrevocable para un acto específico y no para aprobar gestiones societarias o temas de la administración general.

V.6. Interpretación restrictiva.

La regla, dado que existen algunos requisitos para la procedencia del mandato irrevocable, es la revocabilidad del mandato. La excepción la irrevocabilidad, con lo cual debe interpretarse restrictivamente.

Por ello, el término “negocio especial” también debe interpretarse de esta manera y evitando, justamente, lo que la tésis normativa no quiso que se transforme en la irrevocabilidad de un mandato general o para varios negocios que no tienen una adecuada precisión.