

EL ABUSO DEL DERECHO AL VOTO

ISRAEL CREIMER (Uruguay)

PONENCIA

El art. 324 de la Ley de Sociedades uruguaya n° 16.060 sanciona expresamente el abuso del derecho al voto del accionista de la sociedad anónima.

El legislador uruguayo quiso señalar expresamente la vigencia del principio general de derecho: es ilegítimo el uso abusivo del derecho.

Esta ilegitimidad se superpone a otras situaciones similares que prevé la Ley de Sociedades como la del socio que actúa en conflicto de intereses con la sociedad y el régimen de impugnación de resoluciones asamblearias.

FUNDAMENTOS

1. Preliminar

La consagración a texto expreso en la Ley de Sociedades uruguaya n° 16.060 de una norma que sanciona el abuso del derecho al voto¹ motiva este análisis, a fin de intentar esclarecer los alcances y significación de la misma.

La inclusión fue absolutamente deliberada y con plena conciencia que, en el texto de la Ley de Sociedades argentina, por ejemplo, dicha norma no se encontraba.

2. El abuso de derecho

Aunque los autores han discutido acerca de la precisión del término "abuso de derecho", el mismo se ha impuesto definitivamente. La doctrina civilista ha analizado la cuestión con profundidad.

Planiol² si bien califica de "logomaquia" la expresión "uso abusivo de derechos", afirma que el abuso de derecho no constituye una categoría distin-

¹ Art. 324: "(Abuso de derecho de voto). Los accionistas responderán por los daños y perjuicios causados por el ejercicio del derecho de voto".

² *Traité élémentaire de Droit Civil*. 8ª ed., París, 1921, t. 2. n° 871.

ta al acto ilícito, ya que el derecho cesa donde comienza el abuso. En principio el uso de un derecho es un acto lícito, pero cuando el uso traspasa un límite, se vuelve ilícito. El derecho cesa donde comienza el abuso.

Josserand³ ha distinguido entre el acto ilegal, el ilícito y el excesivo. Hay casos en que aun ejerciendo un derecho, si a éste se le da un mal impulso, se cae en una situación de abuso. Es el caso en que se levanta una empalizada innecesaria en un predio sólo para privar de luz o molestar a un vecino. Quien ejerce un derecho abusivamente debe indemnizar por el daño que causa.

Hay autores que encuentran antecedentes del instituto en el Derecho Romano y otros sostienen que es algo más tardío, de la época medioeval.

No siempre que se causa un daño debe indemnizarse. Hay circunstancias en que, por ejemplo, en ejercicio de la libertad de comercio se instala un establecimiento que hace concurrencia a otro o el caso de un médico que se avecina en un lugar y, sin ejercer ninguna actividad reprochable, le quita clientela a otro.

Esto impone que se precise exactamente la noción de abuso de derecho. Para ello los autores han dado diversas pautas.⁴ Ello trae aparejada otra dificultad, que fuera señalada por Henri y León Mazeaud: el juez debe salir del dominio del Derecho para internarse en la Política.

Bonnecase propone los siguientes elementos para determinar el abuso de derecho: 1) ejercicio de un derecho; 2) falta de toda utilidad para el titular de ese derecho; 3) intención nociva; 4) perjuicio causado efectivamente a un tercero.

Spota ha dicho para definir el acto abusivo que se trata de un auténtico estándar jurídico: el acto abusivo es el acto antifuncional.

En el Código Civil uruguayo se legisla sobre el abuso de derecho.⁵ El abuso de derecho está también recogido en el Código Civil argentino (art. 1017).

Dice el Prof. Jorge Gamarra⁶ que el daño producido como consecuencia del ejercicio de un derecho resulta amparado por una causa de justificación. Pero cuando hay exceso, el daño debe ser resarcido. En consecuencia, sostiene que el Código uruguayo consagra la llamada teoría del abuso de derecho.

Más adelante, siguiendo a Mazeaud-Tunc, dice que la doctrina distingue entre el "abuso" y el "exceso". Hay exceso cuando el agricultor ara sobre el

³ *Del l'esprit des Droits et de leur relative*, "Theorie dite de l'abus des Droits". Dalloz, 1927, pp. 332 y ss.

⁴ Véase Enciclopedia Omeba, t. I, pp. 124 y ss.

⁵ Art. 1321: "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable".

⁶ *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XIX, pp. 197 y ss.

campo del vecino. El abuso se configuraría, en cambio, cuando el sujeto se mantiene en los límites del derecho subjetivo y por ello existe una "aparente" conformidad entre el comportamiento del sujeto y el contenido de su derecho subjetivo, lo cual le confiere una "juridicidad formal" que lo separa claramente del exceso.

De cualquier manera el abuso, al igual que el exceso, corresponden a hipótesis de la ilicitud. No hay una *tertium genus* entre lo lícito y lo ilícito.

A pesar de que la norma está en sede de responsabilidad extracontractual, el abuso no se agota en la misma, sino que consagra un principio general del derecho.

3. La doctrina sobre el abuso del derecho al voto

Alguna doctrina sostiene que es dudosa la aplicación de este instituto.

Dice Brunetti: "Recogiendo el concepto de derecho público de exceso de poder por el uso que los socios hagan del derecho de voto contra el interés social, 'no se tiene en cuenta —dice Salandra— que el voto no está atribuido a los socios más que para la tutela de un interés extraño y superior, como a los órganos administrativos de entes públicos, sino que les corresponde para perseguir, a través de la acción social, el interés común, del que se considera el mejor juez la mayoría de los mismos socios. Por eso, esta teoría ha sido justamente rechazada por la jurisprudencia".⁷

También Pérez Fontana, según se verá, no es muy entusiasta respecto de esta teoría. Sin embargo, la misma es de recibo. Así lo sostiene la mayoría de la doctrina.

En el Uruguay, antes de la Ley de Sociedades 16.060, se produjeron dos trabajos excelentes sobre el tema. Uno de Eduardo Albanell Mac-Coll, que fue base para la jurisprudencia nacional,⁸ y otro, más cercano en el tiempo, que se refiere fundamentalmente a otro tema, pero que alude a un tipo de abuso de derecho, de Ricardo Olivera García.⁹

Este último se refiere a la cuestión de la retención de dividendos. La misma puede tener lugar por el voto de ciertas mayorías que abusen de su calidad de tales. Citando a Albanell, dice este último: "La doctrina ha señalado la existencia de límites objetivos y subjetivos a la potestad de las asambleas de sociedades anónimas de adoptar mayoritariamente sus decisiones.

⁷ BRUNETTI, ANTONIO: *Tratado del Derecho de las Sociedades*, t. I, p. 342.

⁸ "Protección de las minorías en la sociedad anónima", publicado en *La Justicia Uruguaya*, t. XXI, p. 75.

⁹ "Responsabilidad de las mayorías por retención de dividendos", publicado en la *RDCO.*, año 19, diciembre de 1986, n° 114, pp. 841 y ss.

Serían límites objetivos aquellos impuestos por la licitud de la decisión, con tal abstracción de las circunstancias o intención de quienes han adoptado la decisión. Este límite objetivo estaría impuesto por las bases fundamentales de la sociedad anónima y los derechos esenciales a la calidad de accionista”.

“Por su parte, los límites subjetivos se apreciarían determinando la intención que ha animado a la mayoría a imponer determinada decisión. Según que esta intención sea o no legítima, la decisión asamblearia será o no lícita. La ilicitud de la decisión de la asamblea no se relaciona con su contenido, como en la concepción objetiva, sino con su causa, y se relaciona con su fin. Dentro de los límites subjetivos a la potestad decisoria de las asambleas, la doctrina ha recurrido a diferentes fundamentos para la determinación de este límite: el abuso de derecho, la desviación o exceso de poder, la equidad”.

A pesar de no existir norma expresa sobre el abuso del derecho al voto, la doctrina y jurisprudencia *argentina* también receptaron ampliamente el instituto.

Juan A. Farina dice que “La posibilidad de que la mayoría use indebidamente de su poder, en atención a fines diversos de aquel para el que le fue conferido por la ley, dirigido a la realización del interés común, plantea la necesidad de la protección de la minoría, contra los consiguientes abusos”.

“Según Garo, si el interés societario está en juego debe predominar sobre el individual del accionista, siempre que no se intente desconocer un derecho de éste protegido por la ley con carácter de esencial. Pero no puede la mayoría, bajo el pretexto de invocar los intereses generales de la empresa, aun cuando no alteren derechos inderogables del accionista, adoptar resoluciones arbitrarias o ‘inicias’ (como se dice en la doctrina italiana), pues se caería en el abuso de derecho. Insiste Garo que es preciso que el abuso sea manifiesto, evidente, porque no es posible que con toda facilidad se impugne una resolución so pretexto de que hay abuso de derecho”;¹⁰

Hay un aporte reciente y muy completo, que se encuentra en un artículo de Hermán Racciatti (h.).¹¹ Si bien este autor trata predominantemente acerca del abuso de derecho por parte de las minorías —que también existe, por supuesto— hace un relevamiento del asunto en general. Analiza la cuestión del abuso tanto de las mayorías (que suele ser más frecuente) como el de las minorías. Sobre este abuso trata de enfatizar el autor de este trabajo porque, a veces, pasa un poco desapercibido.

Allí se hace referencia a diversos trabajos de la mejor doctrina argentina (Bollini Shaw y Nissen, Silberstein, M. de Aguinis y Kleidermacher, Althaus, Mascheroni) así como a importante doctrina francesa, italiana y española.

¹⁰ FARINA, Juan A.: *Tratado de sociedades comerciales*, p. 323.

¹¹ “El abuso de derecho por las minorías en el marco societario”, en la *RDCO*, año 24, 1991 A, pp. 227 y ss.

Nos remitimos, pues, a lo que allí se dice para conceptualizar las nociones sobre abuso del derecho al voto. Los accionistas de las sociedades anónimas (también los socios de otras sociedades) tienen una serie de derechos fundamentales que pueden ejercer.¹² Pero cuando votan en desmedro del interés social, cuando el socio mayoritario o minoritario vota por algún interés espurio, entonces el mismo puede calificarse de abusivo y, en consecuencia, ilegítimo.

4. Antecedentes del art. 324 de la Ley de Sociedades uruguayas

En las actas de las Comisiones Especiales del Parlamento son suficientemente elocuentes para explicar los antecedentes de la norma.

Los autores del anteproyecto, Dres. Ferro, Rodríguez y Delfino, estaban particularmente interesados en la defensa de las minorías accionarias. En ello, no hacían más que recoger la posición tradicional de la Cátedra en el Uruguay. El Dr. Sagunto Pérez Fontana habría redactado un anteproyecto anterior y tenía igual preocupación. Siempre fue defensor, por ejemplo, del pago de un dividendo mínimo obligatorio. En definitiva, ello recoge precisamente en el art. 320 de la ley uruguaya.

En la comisión especial de la Cámara de Diputados (sesión del 18 de marzo de 1988), los diputados Sturla y Lamas se muestran partidarios de marginar la cuestión del abuso de derecho, tal como lo habían proyectado los profesores.

La norma que proponían era bastante más compleja y, ante ella, el Dr. Sturla, dijo: "Al igual que cuando estudiaba Derecho Civil, debo confesar que todo el tema del abuso de derecho es algo singularmente delicado y, en mi modesta opinión, es mejor resolverlo en base a los principios generales del derecho privado en la materia".

En el proyecto, la resolución abusiva se sancionaba con nulidad, lo que alarmaba sobremanera al legislador, que era un fino civilista.

Sin embargo, Ferro insiste de que se trata de un instrumento válido para la defensa, tanto de las mayorías como de las minorías.

En una sesión siguiente (el 2 de mayo) el tema reaparece y se discute en profundidad. Delfino empieza declarando que, tal vez le asistía razón al presidente de la Comisión, diputado Sturla; sin embargo le gustaría mantener una norma como la del art. 248 de la ley argentina 19.550 que se refiere al conflic-

¹² Los derechos fundamentales son los enumerados en el art. 319, como participar y votar en las asambleas, participar en las ganancias, fiscalizar, etc. De todas, ellos se puede abusar.

to de intereses ante el accionista y la sociedad, norma que quedó contenida en el art. 325 de la ley uruguaya.

Nuri Rodríguez insiste en mantener el texto proyectado. "Entiendo que puede ser de utilidad y que son muchos los casos en que podría anularse una asamblea por el uso abusivo del voto por parte de un accionista. De pronto, a veces no se hace por el temor del juez de cómo ver en una materia de este tipo".

Discrepa nuevamente Sturla con Rodríguez, sobre todo en cuanto a la peligrosa cuestión de la nulidad, que podría ser admisible en otras situaciones, más no en ésta.

Interviene luego el diputado Cassina para dar una solución salomónica: "En principio comparto el criterio de la doctora Rodríguez en cuanto a mantener el texto. Me parece saludable establecer a texto expreso que los accionistas deben ejercer el derecho del voto en interés de la sociedad y responsabilizarlos patrimonialmente de los perjuicios que resultan cuando no actúan de esa manera o cuando voten teniendo un interés contrario al de la sociedad. En cambio, confieso que me resulta difícil aceptar la idea de la nulidad de las decisiones de la sociedad adoptadas en estas circunstancias".

Aquí sale al paso nuevamente Rodríguez, aceptando la solución intermedia propuesta. Con tal de que se establezca a texto expreso la prohibición del uso abusivo del voto, acepta que se elimine lo relativo a la nulidad.

Se llega entonces a un consenso que lleva a la actual redacción de la norma, no sin antes eliminar ciertos barroquismos. Ya no hay referencia a que el daño ocasionado por el abuso podría causarse tanto a la sociedad como a terceros y ya sea que quien se beneficie sea el votante o algún otro. También se elimina la referencia a los daños directos o indirectos.

Los profesores eran partidarios de una ley exhaustiva. En ningún momento quisieron ahorrar tinta. Por el contrario, cuando podían establecer detalladamente sus ideas en el proyecto, así lo hacían. Ésa fue su técnica legislativa. Que tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Una historia parecida sucedió con el instituto del *disregard*.

De la lectura de las actas surge que hubo una suerte de concesión de los diputados que, en principio, no querían incluir la norma. Aceptaron la tesis de Ferro y Rodríguez, pero ácotando la norma lo más posible, por superabundante, según lo señala Sturla expresamente.

El tema se trata nuevamente en forma fugaz, en la Comisión de la Constitución y Legislación del Senado. (Carpeta n° 885 de 1987, Distribuido n° 735 de 1988, nov. de 1988. Es la versión de la sesión del día 8 de noviembre de 1988.)

Ante una observación del senador Ortiz señalando que la norma que sanciona el uso abusivo del derecho al voto "es una norma nueva", contesta la Dra. Rodríguez: "Es nueva para nosotros, pero ya está en la legislación espa-

ñola". "Así como hemos dado instrumentos de defensa a las minorías, también damos elementos para impugnar, con el fin de que los accionistas actúen de acuerdo con el interés social y no personal, ni de terceros, ni contrarios a la buena marcha de los negocios sociales. De pronto, podrá no tener aplicación práctica; eso se verá. Pero pensamos que la norma hay que dejarla".

Luego, ante cierta confusión en que se incurre en el debate, la Dra. Rodríguez aclara que quien puede accionar por los perjuicios ocasionados es la sociedad y también pueden hacerlo los socios y aun una minoría.

5. *La Doctrina respecto del art. 324*

El art. 324, que legisla sobre el abuso del derecho al voto, aún no ha sido analizado en profundidad por la doctrina nacional.

El primer comentario de la Ley de Sociedades publicado en el Uruguay fue el de Siegbert Rippe.¹³ Hace una breve alusión, diciendo: "La ley regula, por un lado, el abuso del derecho de voto y, por el otro, el caso de conflicto de intereses. En el primer caso, los accionistas responden por los daños y perjuicios causados por el ejercicio abusivo del derecho de voto, art. 324". Luego agrega que también en el caso de conflicto de intereses se responde de los daños y perjuicios que se aparejen".¹⁴

La Prof. Nuri Rodríguez Olivera¹⁵ en un pequeño libro, enfocado fundamentalmente hacia otra problemática, hace también una breve alusión al abuso del derecho al voto.

"El voto ha sido tradicionalmente considerado, y así lo establece la ley, como un derecho del accionista; pero este derecho, como todos los derechos, está sujeto a limitaciones y condiciones. Y agrega, entre otras cosas, que "el accionista no puede abusar de su derecho para obtener ventajas personales para sí o para terceros; esto es para satisfacer intereses extrasociales".¹⁶

A su vez el Prof. Carlos Benítez Preve también analizó el tema¹⁷ señalando que todo voto haría responsable al accionista, pero el art. 324 "limita esa responsabilidad a los casos en que se ejerce en forma abusiva tal derecho". Se afilia a las tesis que sostienen que el voto es abusivo cuando no se ejerce en interés de la sociedad. Transcribe aquí lo que dicen Garrigues-Uria y el referido artículo de Racciatti.

¹³ "Sociedades Comerciales". Fundación de Cultura Universitaria, 1989.

¹⁴ Op. cit. pp. 120 y 121.

¹⁵ "Mayorías y Minorías en la Ley de Sociedades Comerciales", F. de C. U., 1989.

¹⁶ Op. cit. p. 25.

¹⁷ "Análisis Exegético de la Ley 16.060 Sociedades Comerciales". t. II. F.C.U., 1993 (pp. 76 y 77).

Por último, citaremos la relevante opinión de Sagunto Pérez Fontana¹⁸ quien dice: "No es fácil establecer cuándo un accionista abusa de su derecho de voto". El art. 1321 del Cód. Civil establece "el que usa de su derecho no daña a otro con tal que no haga exceso de su parte. El daño que pueda causar no le es imputable". Para que pueda aplicarse lo dispuesto por el art. 324 de la ley, será necesario probar que el accionista al votar, hizo uso abusivo de su derecho, prueba que es extremadamente difícil, y *probatio diabolica*. Es por eso que las leyes de otros países no contienen una disposición igual".

6. Comentarios

1) Puede ser discutible la necesidad de incluir en una ley de sociedades un Principio General de derecho. Sin embargo, el legislador uruguayo optó por una solución amplia, lo más explícita posible.

De cualquier manera, dado los antecedentes legislativos, en los cuales nos hemos detenido morosamente, no se ha consagrado otra cosa que el principio general del Derecho contenido en el art. 1321 del Cód. Civil.

2) Es claro que la resolución que se tome abusando del derecho al voto no generará nulidad de la misma, sino la obligación de resarcir los daños y perjuicios que se aparejan. A diferencia de lo que afirma Gamarra¹⁹ con carácter general, en el caso concreto del derecho societario únicamente se puede reclamar por la reparación del daño. En otras circunstancias, en el derecho uruguayo, frente al abuso de derecho, pueden darse variadísimas respuestas, como la nulidad, la ineficacia, la inoponibilidad. Pero no cuando se aplique el art. 324 de la Ley de Sociedades. Aquí los poderes del juez están limitados.

3) El voto es abusivo, si no respeta el interés social. El significado del mismo puede no ser inmutable y en definitiva quedará a criterio del juez.

La conceptualización de Galgano, citada por Racciatti, vale la pena transcribirla, aunque sea en parte: "Es interés social todo interés que se halle dentro del esquema causal del contrato de sociedad, sea el interés a la maximización del beneficio, o a la maximización del dividendo, por el contrario es interés extrasocial todo interés extraño a la causa del contrato de sociedad, y por esto, personal de uno o varios socios, o de la mayoría de los socios". Evoca las viejas ideas que expuso el Prof. Albanell, antes citadas.

4) El voto abusivo puede ser tanto de la mayoría, como de la minoría. Hay casos de minorías extorsivas que son contrarias al interés social. Por su-

¹⁸ "Sociedades anónimas". F.C.U. 1991, t. I, p. 116.

¹⁹ Op. cit. p. 203.

puesto que, en general, son más frecuentes los abusos de las mayorías que tratan, por ejemplo, de burlar beneficios o utilidades a las minorías societarias.

5) Conteniendo el art. 324 un principio general de derecho no puede quedar constreñido al voto o decisión dentro del límite de las sociedades anónimas.

Cualquier socio, en cualquier tipo societario, puede abusar de su derecho de socio y, en tal caso, su conducta es ilegítima y sancionable de acuerdo al ordenamiento jurídico. Y, en este caso no existirá la limitación de que ante la antijuridicidad se generaran daños y perjuicios, pero no otros remedios legales.

Así, por ejemplo, si un socio de una S.R.L. se opone infundadamente a una cesión de cuota, el juez puede igualmente autorizarla (art. 232).

Asimismo en cualquier hipótesis de dolo o culpa el socio será responsable (art. 74). Esta norma de la parte general de la ley es naturalmente aplicable a cualquier tipo social.

6) Hay diversas situaciones de ilicitud en el campo societario, que actúan como círculos secantes.

Si se abusa del derecho al voto se es responsable por los daños y perjuicios. También, en caso de conflicto de intereses entre el socio y la sociedad, hipótesis recogida en el art. 325,²⁰ se sanciona con los daños y perjuicios.

Esto convive con el régimen de impugnación de resoluciones de las sociedades anónimas (art. 365),²¹ que se adopte contra la ley, el contrato social o los reglamentos o fuera lesiva del interés social o de los derechos de los accionistas, cuyo efecto puede ser que se deje "sin efecto la resolución impugnada" (art. 370). Esto sin perjuicio de la acción ordinaria de nulidad. Además el votante de una resolución dejada sin efecto es, a su vez, responsable solidario por las consecuencias de las mismas (art. 372):

Todo esto no deja de tener su complejidad en el momento de apreciar una situación que puede significar, al mismo tiempo, diversas cosas que se sancionan también diversamente.

7) A pesar de no haberse mencionado en los antecedentes parlamentarios, creemos que el legislador uruguayo tomó en cuenta la ley brasileña de Sociedades Anónimas que legisla sobre el abuso del derecho al voto en el art. 115: "El accionista debe ejercer el derecho de voto en interés de la compañía; considérase abusivo el voto ejercido con el fin de causar daño a la compañía o a otros accionistas, o de obtener para sí o para otros ventajas injustifica-

²⁰ Corresponde al art. 248 de la Ley de Sociedades argentina.

²¹ Corresponde al art. 251 de la Ley de Sociedades argentina.

das o de los que resulte o pueda resultar perjuicio para la compañía o para otros accionistas". Recuérdese que en Comisión se podó la propuesta de la Comisión integrada por los profesores.

8) A pesar del respeto que naturalmente profesamos por nuestro maestro, el Dr. Pérez Fontana, no creemos que la prueba del abuso sea una *probatio diabolica*. La visión de la realidad negocial nos muestra con demasiada frecuencia al uso de poderes abusivos por parte de socios o accionistas en ambas versiones. Ya sea para arrollar derechos de minorías ya sea para actuar como minorías extorsivas.

Los jueces, cada día más, han recogido el reto en la búsqueda de la verdad y el compromiso con la justicia.

Sobre todo, a partir de la vigencia del Código General del Proceso en el Uruguay, existe una inclinación manifiesta para hacer justicia sin ataduras procesales demasiado ortodoxas. Los jueces uruguayos se muestran muy inclinados a la moralización del proceso, privilegiando la búsqueda de la verdad.²²

²² VAN ROMPABY, Leslie: "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el derecho procesal uruguayo", *La Justicia Uruguaya*, tomo extraordinario del 55° Aniversario, p. 454.