

ELECCION DE DIRECTORES POR CLASE O CATEGORIA DE ACCIONES
(El concepto de "clase" o "categoría")
(El número de directores a elegir por clase)



- I - Introducción

1. La plástica de las figuras societarias.

La sociedad anónima, oportunamente descrita como la "técnica de la organización empresaria" (1) a pesar de haber recibido en sus ordenamientos recientes una cada vez mayor normatividad imperativa (2); de todas formas debe rescatarse como un instituto que, precisamente por su respuesta a necesidades de la vida real de la empresa moderna, brinde soluciones flexibles (3), dúctiles, plásticas, para adaptarse a ellas dentro del contexto general de sus principios basilares.

Sin que corresponda mayor extensión en esta ponencia, es evidente que, si por un lado se han propiciado soluciones "tipo" para aligerar tanto la tramitación administrativa como la gestión institucional posterior a este tipo de sociedades (4), por otra debe reaccionarse frente a una rigidez que apreciamos excesiva en la receptación de soluciones abiertas, en situaciones que no comprometen el orden público mercantil (5) y que, por el contrario, brindan apoyo a concretas soluciones que viabilizan asociaciones empresarias útiles para la comunidad y su desarrollo.

Dentro de este esquema, la organización del directorio -y concretamente su elección- es un tema de especialísimo interés, en el que la ley muestra aperturas que, a nuestro juicio, deben explotarse con prudente imaginación para los fines antes referidos.

2. Los sistemas para la elección de administradores en la sociedad anónima.

Los sistemas legislativos conocen, ya sea en la ley misma o en la interpretación, diversos procedimientos para la elección de directores de las sociedades anónimas, en orden a la tutela o concreción de distintos intereses.

Así, nuestra legislación consagra, además de la elección a pluralidad, la alternativa del voto acumulativo (6) y la elección por "categoría" o "clase" de acciones, aspecto éste último objeto de este trabajo, sin perjuicio de admitir la designación por el Consejo de Vigilancia (7).

En otras se han previsto, además de las citadas, el voto por lista incompleta (8), la elección proporcional (9), regímenes de participación de ciertas minorías calificadas (10) o la elección por grupos de interés (11).

Se admiten, también, cláusulas estatutarias que defieren a terceros el nombramiento de administradores (12) y las llamadas cláusulas "oligárquicas" (13) que reservan para determinadas personas esos cargos.

Concretamente, el voto "por clase" de acciones, como forma estatutaria, es admitido en general por la doctrina y la jurisprudencia francesa (14), y se debate por la italiana (15).

Como se advierte, la flexibilidad a que hacemos referencia al comienzo aparece demostrada por la variedad de sistemas posibles, que indican que se adoptan diversas soluciones en orden a la forma de elección de los administradores, que, sin embargo, no alteran sustancialmente el derecho de las sociedades anónimas.

3. Las finalidades de la elección "por clase" o por categoría".

Es de interés destacar brevemente algunas de las finalidades por las que se justifica la adopción del régimen de elección "por categoría" o "por clase".

En primer lugar, esta forma permite una tutela específica de la minoría o ciertas minorías. En efecto, al constituirse la sociedad o en una reforma posterior, una minoría, a través de la especificación de una "clase" de acciones de las que será titular, obtiene la seguridad que designará para lo futuro uno o más directores, con prescindencia de las demás clases y del resultado de una elección general (16).

Esta sería, en principio, la portada genérica del instituto.

Sin embargo, y dentro de esa misma finalidad, se puede descubrir una utilidad particular, cuando por necesidades financieras en la evolución de la sociedad, un grupo dispuesto a incorporarse a ella mediante los aportes requeridos para su desarrollo (o incluso para salvar crisis recurrentes) requiere cierta participación (ya sea mayoritaria o minorita-

ria) en el directorio, con prescindencia también de las elecciones generales o del resultado del voto acumulativo (17).

En la práctica de nuestro país, se ha utilizado, el sistema, además, para plasmar cierta participación estatal en sociedades dedicadas a proyectos, incluidos en regímenes de promoción, de forma que ciertas categorías tiene derecho a designar determinado número de directores. Con ello, a veces, se tutela una mayor participación del estado en la administración y control y otras, incluso se tiende a la participación de ciertos grupos de interés diferenciado, por su actividad, que los califica para adquirir acciones de ciertas "series" o clases.

4. Los antecedentes en nuestro país.

En nuestro país la práctica admitió incluir en los estatutos previsiones sobre la elección "por clase" (18). Posteriormente fue recogido mediante una Resolución de la Inspección General de Justicia del 23 de diciembre de 1954, que, a pesar de haber sido dictada en un expediente particular, disponía que "La Inspección General de Justicia al estudiar estatutos de sociedades anónimas a los fines de ulterior aprobación por el Poder Ejecutivo, aceptará cláusulas de acuerdo a las que para la designación de los directores que habrán de componer el directorio, en lugar de la elección por el conjunto de los accionistas reunidos en asamblea general, corresponde la elección por grupos de accionistas presentes, determinados por clase, categoría, serie, etc., de las acciones poseídas de modo que en cada grupo se practique una elección independiente para designar un determinado número de directores. 2º En los casos en que se establezca un régimen así de designaciones, se prescribirá, en forma expresa en el estatuto que la revocación del mandato podrá ser resuelta, bien por el correspondiente grupo elector con referencia a un determinado director, bien por el conjunto de los accionistas (en asamblea general, en ambos casos), con la salvedad de que en el segundo supuesto sólo se podrá resolver la revocación del mandato de todos los directores, sin excepción y no de director o directores determinados".

Posteriormente, la misma Inspección resolvió que "agrupados los accionistas según la clase, serie, o numeración de las acciones que posean, cada grupo elija un número de directores proporcionado a la cantidad de las acciones del grupo o al total de votos que le corresponde". Esta resolución, del 30 de junio de 1958, se adoptó también en un caso particular, pero extendiendo expresamente su imperio para decidir otros en los que se planteara análoga cuestión.

La ex-Comisión de Valores incorporó también a sus "Normas" la posibilidad de la elección por clase o categoría, exigiendo proporcionalidad entre los grupos. Esta Norma pasó después a regir según el "texto ordenado" actualmente vigente, sancionado en 1971 mediante Resolución General número 21 de la Comisión Nacional de Valores del 26 de marzo de 1971. En la actualidad su texto reza: "No podrá atribuirse a una determinada categoría de acciones el privilegio de proponer, elegir, o que sus poseedores sean elegidos miembros del directorio, en proporción mayor al capital que representen, en relación al capital total con derecho a voto" (Art. 11, inc. 5).

Los proyectos de reforma de la ley de sociedades también consideraron esta forma de elección (19).

- II - Concepto de "categoría" o "clase".

Se ha criticado a la ley actual, por no haber precisado los extremos necesarios para la recta aplicación del instituto, en particular por que "ni siquiera aclara o precisa el concepto de "clases", expresión en este caso equivalente a "grupos" de acciones, o mejor dicho, de accionistas, dentro de la misma sociedad anónima" (20).

Si bien es cierto que la ley no efectúa esta precisión, y aún más que en el título que integra el artículo se menciona "elección por **categoría**", una interpretación no forzada de la norma, con armonización con otras de la misma ley y con ayuda de sus antecedentes y práctica, puede llevar a una delimitación del concepto buscado.

La ley se refiere a la "clase" de acciones, fundamentalmente, en el art. 207, segunda parte, haciéndolo posteriormente en otras normas (21). En otro trabajo hemos tenido oportunidad de hacer referencia a esta clasificación (22), debiendo ahora precisar, respecto de la elección por clases o categorías:

a) No solamente deben interpretarse como "clase" las acciones que **a otros efectos,**

tengan derechos diferentes (por ejemplo, preferidas respecto de ordinarias, de un voto frente a voto múltiple, etc.) sino que el estatuto puede organizar clases diferentes sobre la base precisamente de los derechos particulares de cada clase a elegir uno a varios directores. Es decir, la clasificación de "clase" o de "categoría" de acciones no solamente puede residir en sus diferentes derechos en orden a otros aspectos de la vida societaria, sino precisamente la "clase" puede identificarse o calificarse sobre la base de la agrupación de acciones en orden a la elección de directores (23).

b) La identificación estatutaria no requiere términos sacramentales ni la identificación mediante "clase" a la que denomine de una forma diferenciada. Bastará, pues, que se determinen precisamente las agrupaciones según "clase" (en el sentido genérico de la ley) o "categoría" de acciones, o bien de acuerdo con "series" o simplemente "numeración" de acciones, como se dijo en las mentadas resoluciones de la Inspección General de Justicia de la Capital Federal (24).

De esta forma, pues, puede admitirse que la elección particular es una **consecuencia** de la clase, cuando ésta se diferencia, además, por el ejercicio diversificado de otros derechos (25), pero también es afirmable que, cuando no existen estas otras diferencias, la agrupación para las votaciones, es la causa de la diferenciación en clases. Adviértase la importancia del tema cuando a una clase así tipificada, se le quiere disminuir o privar o de cualquier forma modificar sus derechos (por ejemplo, sumándole acciones de otra clase, etc.), se considerará tipificado el caso del art. 250 de la Ley de Sociedades, y en consecuencia, será necesaria la aprobación de los accionistas de ella en asamblea especial.

c) En principio, la distinta forma de circulación de las acciones (al portador, nominativas endosables o no) no es tipificante de clase (26).

- III - El número de directores a elegir por cada clase:

Este tema concita dos problemas principales: determinar si el número de directores debe ser proporcional al capital o al número de votos de la clase dentro del total de la sociedad y establecer si alguna clase puede ser privada de la elección de directores.

1. Proporcionalidad

Tanto en los antecedentes nacionales (27) como en alguno extranjero, (28) se afirma que la proporcionalidad debe observarse como regla cuando se admite la elección por grupos, lo que se reitera frente al texto actual de la ley 19.550 (29).

Por nuestra parte, estimamos que la proporcionalidad no es regla legal ni principio que se deduzca de regla legal alguna.

En efecto, ya sabemos que la ley admite la no proporcionalidad en el voto, en general, mediante las acciones de voto múltiple (30). Además, recoge también una práctica inveterada y admitida doctrinaria y jurisprudencialmente, en relación a la privación de voto a las acciones, cuando, paralelamente y en compensación, se le otorgan ciertas preferencias de otro tipo (31). Consecuentemente, si como principio genérico se admite la desproporción, no aparece razón para crear una regla de interpretación subsidiaria por apelación a "principios generales" de proporcionalidad inexistentes o, realmente, desmentidos por reglas expresas.

Por lo demás, si rescatamos la orientación marcada por el fin del instituto y necesidad de una interpretación como la que hemos propiciado al comienzo, es claro que la regla de la proporcionalidad impediría la aplicación útil a muchos casos en los que resultaría necesaria. Los mayores puntos de equilibrio entre los poderes, facultades y obligaciones de los accionistas no surgen de las reglas mecánicas o de arquitectura simétrica y cristalizada de la ley, sino de las concurrentes y determinantes razones de cada situación particular. La función de la ley, delimitadora de principios estructurales y marco de soluciones amplias de la vida práctica, se ve suficientemente cumplida en el caso, pudiéndose, sin embargo, establecer estos principios límites:

a) El número de directores asignado a cada clase no puede exceder, comparativamente, de la proporción de cinco a uno asignada como límite legal a la pluralidad de voto (32).

Es decir, agrupadas las acciones con derecho a voto en la elección del directorio (las ordinarias en todos los casos y las preferidas a las que se les otorgue esa facultad), una clase no puede tener un número de directores tal que, comparativamente, signifique,

respecto de la cantidad de acciones, una proporción mayor a cinco con relación a cualesquiera de las otras clases, y dentro del conjunto.

b) En las sociedades con oferta pública autorizada, rige el principio específico de la proporcionalidad, ya que la regla peculiar dictada al efecto no es incompatible con el texto legal, sino que, dentro de él, importa un límite particular, orientado a razones de política normativa dentro del ámbito específico en que está destinado a regir.

Finalmente, destacamos que la proporción, según la norma de la Comisión Nacional de Valores, se establece "en proporción... **al capital** que representen, en relación **con el capital total** con derecho a voto". Es decir, la proporcionalidad aquí está fundada en el **capital** representado (no en el número de votos de clase con relación al total), mientras que la resolución de la Inspección de Justicia del 30 de abril de 1958 (que estimamos inaplicable por lo que llevamos dicho), establecía la proporcionalidad según "la **cantidad de acciones** del grupo o **el total de votos** que le corresponde", situación esta última que permitía aplicar la proporcionalidad no solamente sobre capitales sino también establecerla según el número de votos del grupo.

Sobre el tema conviene una pequeña digresión y es que el número de votos puede ser establecido solamente para la elección de directores, precisamente a través de la elección por grupos. Consecuentemente, exigir que para que se respete la proporcionalidad debe atenderse al número de votos que en general se acuerda a las acciones, es otra rigidez interpretativa que impide soluciones prácticas de interés para las sociedades. En efecto, los socios pueden estar de acuerdo en otorgar un mayor número de directores a una clase, sin necesariamente darle, a la vez, mayor número de votos en otras decisiones sociales. No se advierte por qué esta peculiaridad no deba ser admitida.

Debemos señalar al finalizar este aspecto, que la regla de la proporcionalidad exige, en caso de ser consagrada o admitida como interpretación, la diversificación en grupos matemáticamente comparables, ya sea por ser similares o por resultar múltiplos exactos. En caso contrario, la regla de la proporcionalidad exigiría simplemente una aproximación (con lo impreciso de su delimitación) o bien un número enorme de directores.

2. Viabilidad de la existencia de clases sin derecho a designar director.

Halperín ha interpretado la ley actual, en el sentido de que "cada clase de acciones **debe** en tal caso poder exigir ni menos de uno de los directores (cada una de ellas dispone el art. 262), con lo que la clase de acciones con preferencia patrimonial -si establece la elección por categoría- también podrá elegir por lo menos uno de los directores" (33).

La autoridad del maestro y la redacción del texto legal parecieran forzar a esa necesaria conclusión.

La aceptación de esta interpretación llevaría a una opción legal entre la elección por clases con voto de las preferidas (por ejemplo); o bien una elección general (con voto acumulativo o sin él), sin voto de las preferidas o con él. Es decir, que en un caso particular donde no existiera interés (ni de los titulares de las acciones preferidas, actuales o hipotéticas, ni de las ordinarias) en otorgar voto a las preferidas, no podría adoptarse la elección por clase o categoría.

Nos parece que las finalidades de la adopción de este tipo de elección, junto con las orientaciones interpretativas tenidas en vista al comienzo, dirigidas a la flexibilidad y plasticidad de las soluciones para las necesidades de la vida empresarial, llevan a otra conclusión.

En efecto, no parece contrario a ninguna norma superior que, en la elección de directores, una clase de acciones carezca de voto, siempre que ello condiga con la regulación general sobre supresión de voto a determinadas clases (34). Consecuentemente no aparece tampoco como una exigencia de orden público que se otorgue siempre voto a las preferidas, por ejemplo en la elección por clases.

Siendo ello así, es perfectamente interpretable, sin violar reglas inderogables, que cuando el art. 262 se refiere a que "cuando existan diversas clases de acciones el estatuto puede prever que cada una de ellas elija uno o más directores...", se refiera implícitamente y en interpretación válida, a las diversas clases de acciones **con derecho a voto en la designación de directores**. De esta forma, pues, si se establecen o se prevén clases de acciones sin derecho a voto legítimamente, estas acciones no modifican su tratamiento por que en el estatuto se prevea la elección de directores por categorías.

Esta solución parecería, sin embargo, tropezar con un escollo que la doctrina no ha analizado. Se trata del caso en que, admitida nuestra postura, las acciones sin derecho a

voto advengan al ejercicio de este derecho, en razón de los dispuesto por el art. 217, segundo y tercer párrafo (35).

A nuestro criterio, sin embargo el problema no es tal, o cuando menos no tiene ribetes de irresoluble de manera de imponer el rechazo de cuanto se propiciara. En efecto, si las preferidas, al no ser cumplidos los dividendos fijos preferenciales o al suspenderse o retirarse la cotización bursátil, adquieren el derecho de votar, el estatuto puede prever cualesquiera de estas dos soluciones no incompatibles:

a) Otorgarle a esa clase de acciones un número de directores, conforme los principios expuestos, durante el lapso en que tengan derecho de voto;

b) Disponer que, en ese caso, cesa la elección por grupos y se aplica el régimen normal de elección de directores.

Con esta previsión, pues, estarían contemplados los intereses tutelados por el art. 217 de la Ley de Sociedades, y a la vez, cubierta la posibilidad de mantener, en el caso, a las preferidas al margen del derecho de voto en condiciones legales.

La elección por grupos presenta otros aspectos de interés en su problemática, que por razones de límites de extensión en las ponencias, presentaremos por separado.

Elección de directores por clase o categoría de acciones: Notas.

(El concepto de "clase" o "categoría". Número de directores a elegir por clase)

1) Pailusseau, Jean, "La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise". Sirey, Paris, 1967.

2) No se expresa esa mayor normatividad imperativa solamente por la mayor extensión de los ordenamientos, sino por la incorporación de normas para la tutela diferenciada de intereses: el socio como tal, la minoría, los terceros, etc.

3) Halperín, Isaac, "Sociedades anónimas", Depalma, Bs. As. 1974, pág. 11; "de ahí que las instituciones legales deban estructurarse con la necesaria elasticidad como para permitir que la sociedad seleccione o combine las distintas posibilidades -dentro del tipo adoptado- para satisfacer sus requerimientos de organización y funcionamiento ágil y eficaz"; Burgard, Jean, "Direction générale et direction technique des sociétés anonymes", Paris, Librairie Générale, 1968, 24 y sigs.

4) La práctica de los "Estatutos tipos" estuvo consagrada en nuestro país en determinadas épocas (Vid. Dec. 3329/63; Resolución Nº 46/72 de la Inspección General de Personas Jurídicas de la Capital Federal) y fue, incluso, motivo de un agrio debate: Halperín, op. cit. pág. 114 y sigs.

5) Sobre el tema, véase: Colombres, Gervasio R. "El orden público en el Código de Comercio", en el "Libro del Centenario del Código de Comercio", Buenos Aires, 1966, pág. 191 y sigs.

6) Art. 263 de la Ley de Sociedades.

7) Art. 281, inc. d. Ley de Sociedades.

8) Colombia lo admitía en el régimen anterior, art. 119, Dec. 2521/50 Idéntica disposición rige actualmetne: Gaviaría Gutiérrez, en M. Rotondi, "Inchieste di diritto comparato", tomo 4, "Encuesta de derecho comparado sobre sociedades por acciones", Kluwer-The Nederlands, 1974, pág. 640: se elige por el sistema de cociente electoral.

9) España, art. 71, Ley de 1951, vid. De Solá Cañizares, Felipe: "Tratado de las sociedades anónimas en el derecho comparado", tomo I, pág. 353.

10) Honduras, art. 11 del C. de Comercio. Los estatutos deben expresar los derechos de las minorías, pero en todo caso, la que represente cuanto menos un 25% nombrará un tercio de los consejeros los cuales, salvo disposición estatutaria, desplazan a los últimos designados por la mayoría. Id. Méjico, art. 144, Ley General de Sociedades Mercantiles, de 1934.

11) Suiza, art. 708 del Código de las Obligaciones. De solá Cañizares, op. cit. t. II, pág. 468.

12) En Grecia, se puede estipular en los estatutos que uno o más accionistas determinados pueden reservarse el derecho de designar uno o más miembros del Consejo, siempre como máximo un tercio: Deloukas, Nicolas A., en el trabajo citado en nota 6, tomo II, pág. 1362 y siguientes, con citas desde. L. 4237/1962, de que modificó el texto del art. 18, inc. 3 de la Ley 2190). De Solá Cañizares, op cit. tomo II, pág. 56/7, con citas de jurisprudencia y doctrina en ese sentido.

13) Holanda, vid. De Solá Cañizares, op. cit. tomo II, pág. 131/2 con remisión a doctrina y al art. 48a. del C. de Comercio. (Cf. Dorhout Mees, T.I, en la obra citada en nota 8, t. II, pág. 1457).

14) Gourlay, Pierre Gilles, "Le conseil d'administration de la société anonyme", Sirey, París, 1971, pág. 142 y sigs. y cita de autores conforme a la decisión en el caso "Sociétés Immobilières Paris -Thiers" y el caso particular ocurrido en "Forges et Ateliers de la Nave", también comentado "in extenso".

15) Minervini, Gustavo: "Gli administratori de società per azioni", Milán, Giuffré, 1956, pág. 18. Bollini Shaw, en ED 44-1287 afirma que se conoce en Estados Unidos y Mignoli conceptúa el sistema suizo (vid. nota 25) como de elección "por clase".

16) Gourlay, op. cit. Mascheroni, Fernando H. "—el directorio en la sociedad anónima". Ed. Cangallo, Bs. As. 1978, pág. 46; Bollini Shaw, en ED, 44-1287 y sigs. la atribuye también a la intención de los accionistas que gobiernan la sociedad, de mantener el control a pesar del aumento de capital o enajenación de acciones, perdurándose en esa situación.

17) Así lo reconoce la Exposición de Motivos de la Ley: "tiene la ventaja de dar representación en el directorio a los distintos grupos de accionistas, muy importante en caso de fusión o incorporación de nuevos capitales" (Sección V, IX, 6, a).

18) Reconocimiento en los considerandos de la Resolución de la Inspección General de Justicia del 23 de diciembre de 1954: "Que los estatutos de muchas sociedades autorizadas tienen cláusulas similares a la objetada en este expediente... lo que debe ser tenido en cuenta en calidad de precedente".

19) Art. 78, último párrafo, proyecto Bomchil; art. 316, Anteproyecto Malagarriga-Aztiria; art. 273, Anteproyecto de la Comisión Revisora (1968), etc..

20) Op. cit. pág. 45.

21) Véanse, art. 166, inc. 1, 194, 207, 211, 213, 216, 250, 280 y 288, de la Ley de Sociedades.

22) "Asamblea unánime", en Derecho Empresario".

23) Zaldívar y otros, "Cuadernos de derecho societario", tomo II, 2da. parte, Abeledo Perrot, Bs. As. 1975, pág. 464.

24) La Resolución del 23-12-54 menciona "clase", "categoría" o "serie", agregando "etc."; la del 30-4-58 se refiere a "clase", "serie" o "numeración" de acciones.

25) Halperín, op. cit. pág. 377 y su cita de Mignoli, Ariberto "Le assemblee speciali", Milán, Giuffré, 1960, pág. 116, quién al afirmarlo se está refiriendo a la situación según el derecho suizo, que analiza específicamente.

26) Vid. nuestro artículo citado, (Cf. Mignoli, op. cit. pág. 61 y sigs).

27) Resoluciones ya citadas en la Inspección General de Justicia y Normas de la Comisión Nacional de Valores, vid. cap. I, 4 de este trabajo.

28) Art. 2535, Código Italiano, que lo admite así proporcionalmente en la sociedad cooperativa. Véase Minervini, op. cit. pág. 18.

29) Mascheroni, pág. 46. M. y M. Bomchil en "Información tributaria y societaria", 18-9-72; Bollini Shaw, Carlos "Elección del directorio en las Sociedades Anónimas en la ley 19.550", en Ed. 44, pág. 1289.

30) Artículo 216, Ley de Sociedades, modificado parcialmente por la Ley 21525 en cuanto a la capitalización de revalúos, para acciones que se ofrecen públicamente.

31) Art. 217, Ley de Sociedades.

32) Zaldívar y otros, op. cit. pág. 465.

33) op. cit. pág. 377.

34) Art. 217, Ley de Sociedades, vid. Halperín, op. cit. pág. 304/5.

35) Loc. cit. en nota 34.