

LAS ASAMBLEAS, LA PROHIBICIÓN DE VOTAR Y UN "STATUS" DIFERENCIADO DE LOS ACCIONISTAS

CARLOS S. ODRIOZOLA.

1. — Los órganos de la sociedad anónima tienen su propia competencia, cuyos límites están adecuadamente precisados.

No corresponde, pues, efectuar comparaciones entre ellos buscando establecer la existencia de un predominio de unos sobre otros, pero se requiere sí que cada uno ejercite en plenitud esa competencia que les ha sido reconocida.

Al realizar ese análisis de competencia no podemos dejar de advertir que el gobierno y el destino de la sociedad anónima está en la asamblea de accionistas. Basta para ello recordar los asuntos que deben ser considerados por ella para llegar a tal conclusión'.

2. — La decisión de la asamblea que expresa su voluntad requiere para su validez el cumplimiento de requisitos formales, en cuanto al debido cumplimiento de exigencia de convocatoria, publicidad, quórum, respeto del orden del día, y sustanciales en lo relativo a la legitimación de los accionistas presentes para hacer uso del derecho de voto, deliberación y votación.

Esa trascendencia de la asamblea, como expresión de la voluntad de los accionistas, ha sido cuestionada cuando se repara en el elevado porcentaje de ausentes a ellas, fenómeno de carácter universal, que lleva en definitiva a que las decisiones sean tomadas por

¹ L.S., arts. 234/235; ley 66/537 (Francia, 24 julio 1966), arts. 153, 154, 155, 157, 160; Lei das sociedades anónimas (Brasil), arts. 98 a 115; Código Civil italiano, arts. 2364 y 2365; Ley General de Sociedades Mercantiles (Méjico), arts. 181 y 182; Ley de Sociedades por Acciones de la República Federal Alemana (1966), art. 119 (1), aun cuando el art. 119 (2) determina que "sobre asuntos referentes a la gestión de la empresa, la junta general sólo puede decidir cuando la dirección lo solicite".

una proporción no significativa del capital social que se halla también representada en el directorio. Pero ese fenómeno tan conocido de la indiferencia del accionista y de la ubicación de éste como un simple inversionista o acreedor de la sociedad se presenta en nuestro país en un número muy reducido —si bien económicamente importante— de sociedades anónimas. Una idea aproximada de ello —pues hay algunas que aun cuando hacen oferta pública de sus acciones no son auténticas sociedades abiertas— se puede tener recordando que sobre un total de casi 30.000 sociedades anónimas en actividad registradas en la Inspección General de Personas Jurídicas, sólo cotizan sus acciones en el Mercado de Valores de la Ciudad de Buenos Aires, 308 sociedades (“Boletín Bolsa de Comercio”, Bs. As., del 18/7/77).

El gran número de sociedades anónimas está integrado por sociedades de diferente dimensión económica, grande, mediana o pequeña, cuyo capital social está, en la generalidad de los casos, repartido en grupos de accionistas que se han nucleado a intereses comunes o a ramas familiares.

3.— Han transcurrido más de veinticinco años desde que se inició en nuestro país la que podría llamarse la “fiebre de las sociedades por acciones” con la sanción de la ley 14.060, y se advierte que el transcurso del tiempo y los cambios generacionales producidos entre los accionistas, a lo que debe agregarse la incidencia negativa de políticas económicas distorsionantes —inflación cero y mercado negro— han producido un importante aumento de los conflictos societarios.

Accionistas que defienden su derecho a la información, a una razonable política de dividendos, a una moderación en los gastos improductivos o que cuestionan la actuación de los directores por lesiva a los intereses sociales o por estar en colisión con ellos, o que impugnan por abusivos los honorarios que se determinen para aquéllos. En síntesis, el debatido problema de los derechos del accionista, singularmente considerado, enfrentado con lo que la doctrina ha calificado de “desviación de poder” o “abuso de mayoría”.

Se abren aquí varios interrogantes. ¿Deben resguardarse esos derechos del accionista facilitando su ejercicio o, al contrario, deben desalentarse tales posibilidades? La respuesta a este interrogante ¿será igualmente válida tanto para una sociedad anónima abierta, con oferta pública de sus acciones, o cerrada? ¿Corresponde mantener una regulación jurídica uniforme con las diferencias mínimas en algunos aspectos referidos a la administración y al control, como

lo ha hecho la ley 19.550, o, al contrario, debemos avanzar en la separación de ambas expresiones de las sociedades anónimas, analizando el fenómeno del ausentismo o de la indiferencia de los accionistas en las sociedades anónimas abiertas?

No es este último un problema nuevo, y desde hace tiempo preocupa a nuestra doctrina. Al prepararse el proyecto de ley de sociedades se observó este fenómeno tan propio de nuestro país que para cualquier actividad, aun pequeña o sin proyección más allá de un ámbito estrictamente familiar, se recurre a la sociedad anónima, prescindiendo de lo que constituyó el fundamento inicial de este tipo societario y que se mantiene en la actualidad, cual es la reunión de grandes masas de capital para la realización de actividades económicas de envergadura. Se decidió en aquel momento que la regulación debía ser única, con pequeños matices diferenciales, razonándose también que la imposición de trabas para su formación, para que quedara el tipo reservado a la "*big corporation*", iba a constituir un costo jurídico muy elevado, no existiendo convicción para alterar lo que ya constituye una realidad en nuestra tradición societaria.

4. — Avancemos ahora sobre aquellos interrogantes que he abierto más arriba. ¿Se deben resguardar los derechos del accionista facilitando su ejercicio o se encuentra en ello una traba para la evolución o para el interés de la sociedad en la conducción impuesta por su administración?

Reafirmamos nuestra posición en que deben asegurarse y mantenerse los derechos del accionista que tienen su expresión más cabal en la asamblea. En ella la mayoría impondrá una decisión cuya validez estará condicionada a que se hayan respetado los derechos de todos los accionistas en cuanto a aquellos recaudos formales y sustanciales ya aludidos. Uno de ellos, por estar de algún modo controvertido, será merecedor de especial consideración, y es el relativo a la inhabilidad para votar.

La inhabilidad del accionista para votar se sustenta en el principio de que el voto debe ser emitido en interés de la sociedad, y no para la satisfacción de un interés personal del accionista que esté en pugna con aquél. De allí se derivan dos tratamientos diferentes de la cuestión. Uno primero, estableciendo una prohibición de votar cuando el interés en pugna aparece en la superficie y resulta de datos objetivos. Tal el caso de la prohibición de votar de los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales, sobre la aprobación de los estados contables, demás actos relativos a

su gestión, respecto de su responsabilidad y remoción (art. 241, L.S.). El segundo es aquel por el cual se determina una obligación de abstención en cabeza del accionista por tener un interés contrario al de la sociedad, interés contrario que deberá ser probado en juicio si no se cumpliere con aquella obligación, y que dará lugar a la declaración judicial de nulidad de la decisión asamblearia si se acreditara y si el voto impugnado hubiera sido necesario para llegar a una decisión válida (arts. 248 y 251, L.S.).

La prohibición legal de votar establecida por el art. 241, L.S. (art. 356, Cód. Com.), reconoce una larga trayectoria doctrinal y legislativa en nuestro país y en el extranjero², y además de su fundamento lógico —nadie puede ser “juez y parte” al mismo tiempo—, constituye la solución más amplia que permite la revisión judicial de situaciones y el juzgamiento de la actuación de los administradores y síndicos que de permitirseles votar —en su condición de accionistas— podrían, en su propio interés, cerrar las puertas al debido examen de su gestión y de su conducta.

Se ha dicho que esta solución —prohibición de votar de los directores, gerentes y síndicos— deja expuestos a estos funcionarios, que pueden ser accionistas mayoritarios, a lo que decida una minoría, por lo que les queda únicamente el camino de no acceder a esos cargos o resignarlos o transferir ficticiamente sus acciones a otras personas.

Existen, incuestionablemente, dos opciones contrapuestas en la consideración de este tema. Dos intereses que no pueden resguardarse conjuntamente. O damos preeminencia a lo que podríamos calificar de voluntad asamblearia expresada sin “tachas” que afecten sus decisiones y que al mismo tiempo aseguren aquellos valores de control y de examen de los actos de los administradores, o, al contrario, admitimos que los que son parte sean también jueces de su propia actuación y de su absolución.

Si los cuestionamientos efectuados por los accionistas que han conformado la voluntad social, al no poder votar los directores o síndicos, carecen de fundamento, será la justicia quien rechazará sus

² Mario Rivarola, *Sociedades anónimas*, t. II, p. 21; Francisco Garo, *Sociedades anónimas*, t. II, ps. 32/33; Isaac Halperin, *Sociedades anónimas*, p. 590; Enrique Zaldívar y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. II, p. 376; Proyecto Malagarriga y Aztiria, art. 343; Miguel Bomchil, *Régimen jurídico de la sociedad anónima*, p. 94; Código Civil italiano, art. 2373, ap. 3º; Ley de Sociedades de la República Federal Alemana, art. 136; Lei das sociedades anonimas, Brasil, art. 100; Ley General de Sociedades Mercantiles, Méjico, art. 197.

pretensiones. Es ello mucho menos peligroso que el cerrar para una minoría que puede ser significativa la revisión judicial de actos perjudiciales a sus intereses y a los de la sociedad.

No debemos caer en el fácil prejuicio de creer que todas las minorías son obstruccionistas y que todas las mayorías representadas en el directorio tienen razón y que sus directores se comportan adecuadamente.

Pienso, no obstante, que la solución legal es demasiado rigurosa en un aspecto, y ello —a mi entender— deberá ser objeto de análisis en una futura reforma. Los propios autores del proyecto de L.S. hemos señalado reiteradamente no sólo la perfectibilidad de las soluciones legales propuestas —lo que es natural—, sino también, como especialmente ha ocurrido en Francia, la necesidad de una puesta al día de nuestra legislación societaria, luego de un período de experiencia en su aplicación.

Consideramos conveniente suprimir la posibilidad de que se proceda a la remoción de directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales, sin computar para ello las acciones de éstos en la formación del quórum de decisión, ya sea que dicha remoción constituya punto expreso del orden del día o que resulte de la aprobación de una moción de responsabilidad (arts. 276 —“La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo”—, 278 y 298, L.S.).

Fundamentamos nuestra posición respecto de la reforma sugerida, por tratarse de un supuesto de excepcional importancia que al ser aprobado por la asamblea tiene ejecución inmediata sin posibilidad de oportuno amparo judicial. Quedará naturalmente abierto, si no se lograra la mayoría necesaria, el camino de la promoción de la acción de remoción con causa y de la suspensión provisoria si ella correspondiere según lo dispuesto en la sección XIV de la Ley de Sociedades. En todos los demás casos, y por las razones ya expresadas, debe mantenerse la prohibición de voto del art. 241, L.S., y la exclusión de los votos de los funcionarios cuestionados en la formación del quórum de decisión.

5. — Debemos ahora responder al otro interrogante planteado respecto de la conveniencia de avanzar en la regulación separada de las sociedades anónimas abiertas y cerradas.

La primera dificultad se advierte en la corrección o exactitud de esa diferenciación. La oferta pública de las acciones, en principio, está calificando a la sociedad como abierta dada la posibilidad de incorporación de accionistas mediante la compra de acciones en

la Bolsa. Decimos, en principio, pues es sabido que no todas las sociedades autorizadas a hacer oferta de sus acciones las cotizan de manera regular, y es común advertir que sólo esporádicamente se inscriben en las pizarras operaciones sobre esos papeles. Además, en otros casos, esas colocaciones carecen de relevancia significativa.

Alertados sobre la imprecisión del concepto, no podemos dejar de apreciar que aquel fenómeno ya apuntado de ausentismo de los accionistas o de su ubicación como simples acreedores o inversores, constituye una realidad. Debemos, pues, considerar aquí hasta qué punto esos accionistas así calificados, presentes circunstanciales en una asamblea, pueden tener un reconocimiento pleno de sus derechos como los del accionista de las sociedades cerradas. ¿Con qué conocimientos y experiencia podrán analizar la gestión del directorio o imponerle la toma de decisiones? ¿Cuál podrá ser su criterio de elección de directores, síndicos, etc.? ¿De qué manera podrán juzgar su actuación para promover acciones de responsabilidad? Se abren aquí numerosos planteos de cautivante interés para el estudioso del derecho societario. No me propongo en este momento ir más allá en su análisis, pero me pregunto, y dejo ello como una inquietud para su posterior estudio, si no sería más sincero y apegado a la realidad conferir simples derechos patrimoniales a los tenedores de las acciones adquiridas en la Bolsa, reservando un *status* pleno para aquellos que sean los fundadores de la sociedad o acrediten cierta antigüedad en la compra de las acciones o posean un porcentaje determinado del capital social o hayan asistido a cierto número de asambleas. Las indicadas son simplemente pautas no excluyentes de otras que con sentido análogo sean indicativas de un mayor interés o de una mayor participación en la vida de la sociedad.

De seguirse este camino u otro, que lleve a establecer un diferente tratamiento de los accionistas de las sociedades anónimas abiertas, creando una categoría de acciones ordinarias con derechos exclusivamente patrimoniales, corresponderá evaluar cuidadosamente su incidencia en el interés y en la confianza de los inversores bursátiles.

6. — Como síntesis de la posición desarrollada sostengo:

a) Mantenimiento de la importancia de la asamblea como órgano de expresión de los derechos de los accionistas con la amplia competencia que actualmente tiene.

b) Conveniencia de restringir las consecuencias de la prohibición de votar de directores, miembros del consejo de vigilancia, gerentes generales y síndicos cuando se considera su remoción o se

pueda llegar a ella como consecuencia de la aprobación de una moción de responsabilidad, computando sus votos para integrar al quórum de decisión.

c) Limitación de los derechos de los accionistas, en las sociedades anónimas abiertas, a los exclusivamente patrimoniales, accediendo a un *status* pleno conforme a pautas diversas.