

COMISION II

Victor Zamenfeld

SOBRE SISTEMAS DE ELECCION DIRECTORIAL

1. Analizando la ley de sociedades (en adelante, L.S.) nos encontramos que - refiere cinco formas o métodos de elección diversos. Si a ellos agregamos los de tipo convencional no previstos por la ley, fácil será clasificar a los sistemas eleccionarios -de directores de sociedades anónimas- en legales y estatutarios.

2. Los legales serían los siguientes:

a) el común, simple u ordinario, en el que cada acción da derecho de uno a cinco votos, conforme hayan sido las reglas de la emisión accionaria;

b) el de elección por clase o grupo, previsto en el art. 262 de la ley;

c) el de voto acumulativo, descrito en el art. 263, LS;

d) el proporcional, mencionado en el art. 311, LS, expresamente diferen--
ciado del por acumulación en dicha norma legal, dirigido a la sociedad anónima --
con participación estatal mayoritaria ("... Cuando las acciones del capital priva
do alcancen el veinte por ciento del capital social tendrán representación PROPOR
CIONAL en el directorio ... No se aplica el art. 263".);

e) el de designación por minoría, establecido en el primer párrafo del mismo
artículo 311, LS, expresamente distinguido, por eso mismo del proporcional y del
acumulativo ("EL estatuto podrá prever la designación POR MINORIA de uno o más -
directores...").

3. Más allá de estos casos, nada impide crear contractualmente otros mecanis
mos de elección o designación directorial. Son los estatutarios. Al crearse la --
disposición por los accionistas, deberá tenerse en cuenta que ella no podrá impe
dir, derogar, ni dificultar, la sistemática del art. 263, LS, por resultar esta ú
tima inafectable por disposición estatutaria.

4. Así ubicados ante la preceptiva de la ley y dando por supuesta la innece
sidad de describir los sistemas hasta aquí enunciados, este trabajo apunta a a
nalizar la conveniencia de sostener uno de aquellos, el acumulativo y postular su
mantenimiento -supuesto que se considere que resuelve correctamente la problemáti
ca de la necesidad de representación minoritaria en el directorio-, su sustituu--
ción o su lisa y llana derogación.

5. Sostuvimos que el de votación acumulativa es un método que obra por presencia. Al margen de los casos patológicos que pudieron haberse producido, la práctica del sistema nos ha persuadido, en general, de su bondad, especialmente en aquellas variedades de sociedad que se han dado en llamar "cerradas". Es a todas luces sano que aquellos accionistas con peso suficiente puedan participar de la gestión, designando miembros en el órgano de administración. Y dejando en claro que no apuntamos a "democratizar" el directorio, sino de ayudar a la gestión social.

6. Es el de votación por acumulación el mejor procedimiento a tal fin, o existen otro u otros que puedan dar mejores resultados, planteando al mismo tiempo menores dificultades.

Rechazamos la posibilidad -alguna vez planteada- de la derogación del sistema, sin introducir otro que haga sus veces. Quienes propusieron tal solución atribuyeron al método de elección del art. 263, LS, complejidades que derivaban más de interpretaciones erróneas o desnaturalizadoras, que de la terminología de la ley.

II.

7. Con esta idea fundamental -sustituir para mejorar, nunca abrogar- hemos ideado el sistema que denominamos de "DESIGNACION DIRECTORIAL AGRUPADA", que guarda muchas similitudes con el de cociente español, mecanismo también seguido por el código de comercio de Colombia, de 1971, cuyo artículo 436, escuetamente, lo introduce ("Los principales y los suplentes de la junta serán elegidos por la asamblea general, para periodos determinados y por cociente electoral...").

8. Al aquí proponerlo, hemos tomado debida nota de las críticas que el mecanismo del art. 71 de la ley de sociedades anónimas ha merecido en España, tantas que ha necesitado del dictado de varios decretos complementarios o aclaratorios, pese a lo cual se ha señalado su poca utilización en la práctica mercantil (Conf. GARRIGUES-URIA, "Comentario a la ley de sociedades anónimas". tomo II, pág. 41 y sigs., Madrid, 1976; VELASCO ALONSO, "La ley de sociedades anónimas" pág. 290, N° 5, Barcelona, 1969).

9. Pensamos en tal sentido que los problemas del sistema español nacen de una deficiente e insuficiente regulación legal que, al formar cocientes, parte de un error básico, el de formarlos con el capital social total y no con el presente en el acto asambleario (preceptúa la norma que "las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del consejo, tendrán derecho a designar los (directores) que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción").

10. En el mecanismo de designación que proponemos, el cálculo se hará sobre el total de votos a que dan derecho las acciones presentes en la asamblea, que son las únicas que se consideran, para dividir las por el total de cargos a llenar. El número que así se obtenga, despreciándose las fracciones, será el que indique con cuantas acciones se podrá cubrir un cargo directorial.

Tales "agrupamientos" de acciones designarán directamente un director y su suplente, sin participar de la elección de los restantes, no pudiendo participar en futuras elecciones mientras permanezcan en sus cargos los directores por ellos

designados.

III.

11. El sistema que proponemos sustituirá al de votación acumulativa y, al igual que éste, no podrá ser derogado, limitado, ni reglamentado de modo tal que se dificulte su ejercicio. También se mantendrá la prohibición de renovaciones escalonadas, pero en forma absoluta y no se deberá admitir la reducción del número de cargos a ser cubiertos, salvo la existencia de razón fundada y siempre que así no se frustre la normal expectativa de los accionistas en la elección. Deberán individualizarse las acciones que voten de manera agrupada.

12. Del esquema de sistema descripto se desprende que quienes actúen agrupadamente en realidad no votan, puesto que designan directamente, sin participar de acto eleccionario alguno. Resulta así menos aleatorio que el de votación acumulativa y, por tanto, más apto.

13. La obligación de designar tantos suplentes como titulares explicita con precisión los límites que impone la adopción del sistema y la imposibilidad, para quienes así actúen, de participar en elecciones de otros miembros del órgano de administración.

14. Como hasta aquí se ha visto, aún cuando se postule la sustitución del sistema del art. 263, LS, parte de su normativa resulta aplicable al que hemos propuesto (véase números 10 y 11 de éste), lo que revela sus afinidades.

15. En cuanto a la prohibición de renovaciones escalonadas, la razón parece obvia: de admitírselas, la asamblea sería el órgano naturalmente llamado a decidir cuáles directores durarán más que otros y ello frustraría el sistema, sometiendo la minoría a la potestad de la mayoría, algo que este mecanismo apunta a evitar. Más no se prohibirán, en general, estatutos que prevean renovaciones parciales de directores, siempre y cuando se trate de miembros designados por otro sistema, sin que se haya aplicado el que tratamos.

16. La nueva norma deberá establecer la prohibición de reducir el número de cargos de directores fijado en la asamblea inmediata anterior. Sólo podrán exceptuarse de este principio aquellos casos en que existan razones fundadas para la reducción y siempre que tal proceder no frustre la normal expectativa de los accionistas con relación a su derecho de nominar administradores. Lógicamente, cada caso será motivo del análisis judicial, supuesto el caso de controversia, pues resultaría vano intentar una casuística minuciosa sobre el punto.

17. Por la razón expuesta en el número 13 de este trabajo, en la asamblea se deberán individualizar a las acciones que designen directores agrupadamente.

18. La norma legal que se proyecte deberá admitir la posibilidad que un mismo accionista vote con parte de sus acciones por el sistema de agrupamiento y, con otras, por el simple o común. Nada impide tal desdoblamiento. Oportunamente fundamos nuestra opinión en tal sentido ("FIDES", año 1974, pág. 152, N° 25, La Plata, 1974) y para apuntarla bastará ahora que señalemos que no parece que pueda confundirse el caso en que votar por disyuntivas (sí o no, por ejemplo) importa tomar decisiones que pugnan entre sí, con aquel otro en que aquello que se plantea son alternativas múltiples, pero nunca contrapuestas (que es el caso de votar con parte de las acciones por un sistema y con parte por otro, puesto que ambos no son o

puestos contradictorios).

19. La remoción del directorio deberá ser total, tal como reza el último párrafo del art. 263, LS. Más deberá adicionarse un párrafo que permita al directorio excluir "ad referendum" de próxima e inmediata asamblea a aquel director que se encuentre incurso en causal de incompatibilidad manifiesta, algo que la ley actual no prevé y que la jurisprudencia ha vedado ejecutar (conf.: E.D., repertorio XIV, pág. 980, n° 133, C. Nac. Ap. en lo Comercial de la Capital, sala "D", 19/abr/1980). De tal manera el director así excluido no perjudicará, con su reticencia a apartarse, al órgano que integra (pensemos que sucedería en el caso de un director declarado en quiebra, que persiste en ejercer su cargo de tal hasta que la asamblea lo remueva, para advertir la magnitud del daño a que aludimos).

20. Para votar agrupadamente no será menester comunicar la decisión con anticipación a la realización de la asamblea, como se exige actualmente para votar acumulativamente. Es que la inexistencia de álea en el procedimiento hace innecesario tal aviso al directorio. Adviértase que ni siquiera podemos calificar de acto de elección a la solución que postulamos, en el sentido de votación de resultado incierto. El que se propone, como se dijo, es un mecanismo de designación directa y por eso es que se podrá permitir su ejercicio en la misma asamblea, antes que tenga lugar la votación.

21. Asimismo deberá reformarse el art. 280, LS, incluyéndose un párrafo que declare que el procedimiento del art. 263 podrá ser aplicado también para designar directores, cuando exista consejo de vigilancia, siempre que este último no este facultado para designar a aquel. Es la solución de la ley francesa y de la brasileña de 1976 (art. 143). En la actualidad y tal como está redactada la norma, designándose consejo de vigilancia, aun cuando éste no pueda designar directores, a estos últimos se los elige por el sistema simple o común, lo que parece un desajuste del método. Entonces, si el consejo designa directores, obviamente no se aplicará el art. 263, caso contrario este último será de plena vigencia.

IV.

22. Pensamos que nuestra propuesta apunta a mejorar el sistema de elección directorial y, por elevación, a la gestión en sí. No podemos ignorar la existencia de críticas vertidas por quienes descreen de la eficiencia que puedan tener eventuales directores de tipo "mosaico" (así se conocen a aquellos órganos integrados por miembros que reconocen un diverso origen en cuanto a la fuente de su designación) más, cabe preguntarse: ¿es que el sistema de elección por grupo o clase no institucionaliza al directorio mosaico? Y, que sepamos, tal razón no ha sido fundamento para impugnar o atacar la previsión del art. 262, LS, que apareció en nuestra ley societaria tras casi veinte años de feliz institucionalización administrativa (recordemos que la Inspección General de Justicia los admitió expresamente por resolución del 23 de diciembre de 1954), sin merecer objeciones de fondo hasta la fecha.

Así, no aceptamos críticas de tal índole. Por el contrario, la mecánica que proponemos evita elecciones desgastantes, en las que el azar, a veces, tiene fundamental participación. Conceder representación directa a minorías representativas parece natural, hace al derecho de participar indirectamente de la gestión a que todo accionista tiene vocación. El sistema que se propone en sustitución del acumulativo se postula por considerarse más simple y eficaz; más ambos convergen

en una similar filosofía, el derecho a la participación minoritaria en la administración social.

V.

23. En resumen, esta ponencia podría resumirse como sigue:

1°) el sistema de elección directorial previsto por el art. 263, LS, es - un buen método de participación de las minorías en el gobierno de la sociedad anónima; susceptible de ser mejorado por otro que, respetando su filosofía básica, - lo mejore en su mecánica procedimental;

2°) debe recharzarse la posición derogatoria lisa y llana de la norma aludida;

3°) se propugna la sustitución del sistema de voto acumulativo, por el de designación directorial agrupada, descripto en este trabajo, con las particularidades que se han referido;

4°) aun el caso que se postule el mantenimiento del sistema del art. 263, LS, éste deberá ser objeto de algunas modificaciones que lo mejoren. Cierta parte de ellas han sido tratadas bajo los números 13, 16, 17, 18, 19 y 21 y resultan aplicables al sistema hoy vigente (por no ser motivo de este trabajo, no se incluyen otras modificaciones que podrían mejorar la aplicación del art. 263 actual).