

Casuística de las restricciones al ejercicio del voto acumulativo

Por Tomás Petraglia

SUMARIO: I. Introducción. II. Diferentes supuestos posibles: a) Directorio de menos de tres miembros por previsión estatutaria; b) Renovación escalonada del directorio por previsión estatutaria; c) Renovación parcial por renuncia, muerte o incapacidad de directores elegidos por voto acumulativo; d) Determinación por la asamblea de un número de directores inferior a tres; e) Remoción sin causa y remplazo por la mayoría accionaria del director elegido por voto acumulativo; f) Remoción del director elegido por voto acumulativo como consecuencia de la promoción de una acción social de responsabilidad; g) Creación de una falsa minoría que vota acumulativamente. III. Conclusión.

I. Introducción.

El art. 263 de la ley 19.550 (en adelante “LSC”) establece y reglamenta la elección de directores por acumulación de votos. Ésta ha sido definida como un sistema electoral que multiplica la cantidad de votos que posee un accionista por la cantidad de cargos a elegir, para ser distribuidos en una cantidad que no supere el tercio de los cargos en disputa, destinado a que los grupos minoritarios lleguen a cubrir esa proporción de los mismos¹.

Es decir, la elección por acumulación de votos es un derecho, cuyo titular es el accionista minoritario, consistente en la posibilidad de multiplicar su cantidad de votos por el número de vacantes a cubrir en el directorio, a los efectos de competir por la elección de hasta un tercio de sus integrantes.

La esencia de este sistema, es dar representación a la minoría en el directorio, motivo por el cual, la ley prohíbe que estatutariamente se lo derogue o restrinja. Las únicas restricciones que sobre él recaen, serían las previstas en los arts. 262, 263, 280 y 311 de la LSC².

En el presente trabajo, propongo abordar una serie de supuestos posibles, en los cuales las previsiones estatutarias, o las decisiones asamblearias podrían restringir o anular este derecho, analizando en cada caso si los mismos se ajustan o no a derecho.

A estos efectos, se tomará como punto de partida las siguientes normas:

- *“El estatuto no puede derogar este derecho ni reglamentarlo de manera que dificulte su ejercicio...”* (art. 263 2do. Párr. LSC).
- *“El directorio no podrá renovarse en forma parcial o escalonada, si de tal manera se impide el ejercicio del voto acumulativo”* (art. 263 3er. Párr. LSC).

II. Diferentes supuestos posibles.

¹ GRISPO, Jorge Daniel, “Algunas cuestiones sobre voto acumulativo: ¿Puede una minoría “no suficiente” impugnar una asamblea?”, LL 1995-D, 1076.

² VERÓN, Alberto Víctor, “El voto acumulativo y su ejercicio”, LL 2009-F, 791.

a) Directorio de menos de tres miembros por previsión estatutaria.

El art. 255 de la LSC establece que la administración de la sociedad anónima estará a cargo de un directorio integrado por uno o más miembros. En este contexto, el estatuto puede establecer su número, o limitarse a disponer un mínimo y un máximo (conf. art. 255 *in fine* de la LSC).

En este marco, el primer supuesto a analizar sería el caso de un estatuto social que fije en uno o dos la cantidad de miembros o establezca un máximo de dos. ¿Se está ante una derogación o restricción legalmente prohibida conforme a lo previsto en el segundo párrafo del art. 263 de la LSC?

Esta cláusula estatutaria, claramente reglamentaría el derecho a votar acumulativamente de un modo tal que su ejercicio devendría matemáticamente imposible, pues por ser inferior a tres el número de miembros, nunca se podría elegir un tercio de las vacantes.

Sin embargo, a fin de realizar un mejor análisis debe recordarse que el nacimiento de la sociedad, se da en el ámbito contractual (conf. art. 1 LSC), y que el contrato social, es inscripto ante el Registro Público de Comercio (art. 5 LSC) que ejerce el control de legalidad (art. 6 LSC). Al constituir la sociedad, o al ingresar a ella como accionista, el socio acepta las previsiones estatutarias. En ese momento: ¿puede el socio renunciar válidamente al derecho a votar acumulativamente? Entiendo que la respuesta será negativa si se entiende que la norma legal es de orden público, y afirmativa en caso contrario. Ambas posiciones en relación a la naturaleza de esta norma han sido debatidas en un conocido caso³, inclinándome por la segunda.

Mención aparte merece el supuesto en que la cláusula estatutaria en cuestión sea establecida mediante una reforma de estatuto, la cual en su caso podrá ser objeto de impugnación por los accionistas que no la consistieron (conf. art. 251 LSC).

b) Renovación escalonada del directorio por previsión estatutaria.

El segundo supuesto a abordar, es aquel en el cual, la cláusula estatutaria prevé la renovación escalonada de miembros del directorio de modo tal que en cada elección, o en alguna de ellas, se elijan menos de tres directores. A diferencia de lo que sucede en el supuesto anterior, se está ante una restricción concreta expresamente prevista y prohibida por la ley. Esto determina, a mi criterio, que la cuestión deba ser objeto de especial control en la oportunidad prevista en el art. 5 de la LSC por el Registro Público de Comercio.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esto está regulada por el penúltimo párrafo del art. 112 de la Resolución General 7/2005 dictada por la Inspección General de Justicia. Esta norma establece que no se considerarán irregulares “*las cláusulas estatutarias que prevean renovaciones parciales del directorio si no se impide en cada una de ellas el*

³ CNCom, Sala A, 11/12/1986, Vistalba S. A. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S. A. y outro s/ nulidad de decisiones asamblearias y Yinot S. A. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S. A. s/ impugnación de asamblea.

ejercicio del derecho reconocido por esta norma” (en referencia al art. 263 LSC). Es decir, que en aquellos supuestos en que se prevea una renovación escalonada en la cual al menos en uno de los tramos sea posible el ejercicio del derecho a votar acumulativamente y en otros no, la cláusula estatutaria resultará lícita, no así en los supuestos en que el impedimento se extienda a todas las renovaciones.

c) Renovación parcial por renuncia, muerte o incapacidad de directores elegidos por voto acumulativo.

Puede acontecer que el director elegido por la minoría a través del voto acumulativo cese en su cargo por renuncia, muerte o incapacidad. Como consecuencia de ello, la asamblea deberá elegir un remplazante, y en dicha oportunidad, la cantidad de funcionarios a elegir, impedirá la posibilidad de que la minoría ejerza el voto acumulativo.

Cabe preguntarse si en esta situación, se está o no ante un supuesto de renovación parcial prohibido por la ley. La respuesta de la doctrina en general ha sido negativa, pues se estaría ante un caso límite ajeno a lo que habitualmente sucede dentro del ente⁴.

d) Determinación por la asamblea de un número de directores inferior a tres.

Otro supuesto posible, es aquel en el cual el estatuto social se limita a fijar los números mínimos y máximos de integrantes del directorio, siendo la asamblea quien por mayoría determina la fijación de un número que impide el ejercicio del derecho de votar acumulativamente por ser inferior a tres.

Las normas transcritas en el capítulo anterior refieren a restricciones estatutarias, mas no a restricciones derivadas de una decisión asamblearia. En este contexto ¿Tiene derecho la minoría a que se integre el órgano con al menos tres miembros a fin de poder votar acumulativamente?

A mi criterio, la validez de esta decisión asamblearia sólo puede ser impugnada en caso de existir abuso de derecho⁵, lo cual no sucede en los casos en que históricamente el número de directores designados no permitía el ejercicio del voto en forma acumulativa⁶, resultando irrazonable además que la minoría exija la fijación de una cantidad de directores que sea incompatible en ciertos casos con la dimensión del negocio social.

e) Remoción sin causa y remplazo por la mayoría accionaria del director elegido por voto acumulativo.

⁴ VERÓN, Alberto Víctor, *Tratado de las Sociedades Anónimas*, 1ra. Ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, T° III, p. 200.

⁵ CNCCom, Sala B, 30/08/2012, *Inversores del Paraná S. A. c/ Mamila S. A. y otros s/ Ordinario*.

⁶ CNCCom, Sala A, 08/11/2005, *Fernández Roberto M. c/ Azcuenaga y Melo S. A.*

Conforme surge del art. 234 inc. 2 de la LSC, los directores pueden ser removidos por la asamblea. Se ha interpretado pacíficamente, que se está ante una facultad *ad mutum*. La asamblea no necesita siquiera expresar la causa por la cual remueve al director⁷. En este contexto normativo: ¿qué sucederá si la asamblea decide remover sin causa al director elegido por voto acumulativo? Téngase presente que luego de ello, en la elección del remplazante, necesariamente no se podrá ejercer el derecho a votar acumulativamente en razón de la cantidad de directores a elegir

Recuerda Verón, que la cuestión estaba contemplada y regulada en el texto original de la LSC, que preveía que “*la remoción de los directores elegidos según este régimen, sólo procederá cuando incluya a la totalidad de los directores, salvo los casos de los arts. 264 y 276*”. El autor sostiene que la eliminación del párrafo transcrito, propugna la eliminación del sistema de elección por acumulación devotos, lo cual sería un contrasentido legislativo que debe ser reparado a través de una reforma⁸.

Por mi parte, entiendo que una maniobra de la mayoría consistente en la remoción *ad mutum* del director elegido por voto acumulativo, e inmediato reemplazo por un director elegido por el sistema ordinario se encuentra vedado por el tercer párrafo del art. 263 de la LSC: “*El directorio no podrá renovarse en forma parcial o escalonada, si de tal manera se impide el ejercicio del voto acumulativo*”. Es que, dichas decisiones, darían como resultado una palmaria violación a la norma transcrita, que determinaría su nulidad.

f) Remoción del director elegido por voto acumulativo como consecuencia de la promoción de una acción social de responsabilidad.

El art. 276 de la LSC, regula la acción social de responsabilidad, cuya promoción debe ser decidida por la asamblea. Dicha decisión determinará la remoción y reemplazo del director afectado. Si éste fuera el director elegido por voto acumulativo, se estaría ante un supuesto similar al explicado en el punto e) anterior, sobre todo, si se tiene en cuenta que a la mayoría le bastará aquí con sólo alegar una causa, cuya existencia o procedencia podría ser discutible.

Considero que debe entenderse, armónicamente con lo explicado en los puntos c) y e) precedentes, que como principio general la remoción y reemplazo del director minoritario a través de este procedimiento no implica cercenamiento al derecho a votar acumulativamente de la minoría. Ello, en tanto se está, al igual que en el caso de incapacidad o muerte, ante supuestos excepcionales, y no habituales en el funcionamiento del ente.

Sin perjuicio de ello, en casos concretos en que la causa alegada sea falsa o insuficiente para remover al funcionario, la decisión asamblearia podría ser impugnada, por existencia de abuso de derecho. Entiendo asimismo, que constituirá indicio de abuso, la falta de

⁷ NISSEN, Ricardo Agustín, *Curso de Derecho Societario*, 2da. Ed., Buenos Aires, Ad Hoc 2008, p. 468.

⁸ VERÓN..., *Tratado...*, T° III, p. 207.

presentación de la demanda judicial (o inicio del trámite de mediación previa obligatoria), dentro del plazo previsto en el art. 277 de la LSC, o su falta de impulso.

g) Creación de una falsa minoría que vota acumulativamente.

Un caso más complejo, se suscita cuando la mayoría, transfiere parte de sus acciones a un tercero (que puede ser una sociedad controlada o un testaferro), a fin de que éste ejerza la facultad de votar acumulativamente compitiendo con la verdadera minoría e impidiendo que ésta logre ingresar al directorio. Esta maniobra ha sido analizada en sede judicial en un caso concreto⁹.

En el fallo citado, la decisión asamblearia fue anulada, a pesar de no haberse cuestionado la validez del acuerdo de transferencia de acciones. La decisión se fundó en cuestiones de hecho que a criterio del tribunal generaban convicción sobre la existencia de abuso, como ser: (i) que la nueva minoría adoptó una actitud complaciente con la mayoría eligiendo a directores propuestos por ésta, (ii) que el adquirente de las acciones era una sociedad extranjera sin ningún antecedente en la plaza local, (iii) que el adquirente de las acciones abonó por ellas un precio menor al de plaza.

Por su parte, Nissen entiende que es nula la sumatoria a favor de un mismo candidato de votos emitidos por el sistema ordinario con aquellos emitidos por el sistema de voto acumulativo. Ello, en cuanto el derecho a votar acumulativamente es concedido a la minoría, y ésta necesariamente está integrada por aquellos accionistas con opinión contraria a la del mayor número de participantes¹⁰. Entiendo que esta propuesta, puede ser tomada como un indicio más que debe ser analizado en el caso concreto.

III. Conclusión.

De lo expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- (i) La previsión estatutaria que establece un número de directores menor a tres es en principio válida.
- (ii) El estatuto social puede prever la renovación escalonada del directorio siempre que, al menos en uno de los tramos de la elección, el número de miembros a designar sea igual o mayor a tres.
- (iii) La asamblea, puede disponer la integración del directorio con un número de miembros inferior a tres, salvo que en el caso concreto exista abuso de derecho.
- (iv) No hay violación al derecho de votar acumulativamente, cuando la renovación parcial del órgano se debe a renuncia, muerte, incapacidad o remoción por promoción de la acción social de responsabilidad del director elegido por voto acumulativo.

⁹ CNCCom. Sala C, 30/05/2008, Gysin, Norberto y otros c/ Garobaglio y Zorraquín S. A.

¹⁰ NISSEN..., p. 457.

- (v) Se exceptúa de la conclusión anterior, el caso en que hay abuso de derecho de la mayoría en la decisión de la acción social de responsabilidad.
- (vi) La creación de falsas minorías tendiente a frustrar el derecho de votar acumulativamente es jurídicamente reprochable a la luz de la teoría del abuso de derecho, cuya existencia debe alegarse y probarse en el caso concreto.