

ASAMBLEAS ESPECIALES: EXTENSIÓN Y LÍMITES DE SU COMPETENCIA

HÉCTOR ALEGRÍA.
MARÍA TERESA PINTOS DE
CASTELLANOS.

I. *Competencia de las asambleas especiales.*

La asamblea especial nace como consecuencia de la necesidad de compatibilizar los intereses individuales que surgen del estado de socio y el interés social ("*...c'est une facilité nouvelle offerte aux administrateurs désireux d'apporter au pacte social les modifications reconnues indispensables*"; Pic-Kréher, *Des sociétés commerciales*, II, Paris, 3ª ed., 1948, p. 157).

Este último principio, uno de los fundamentos de la legislación en materia de sociedades, informa gran parte de las soluciones legales en caso de conflicto. Tal es el caso del art. 100 de la Ley de Sociedades, en cuanto a la interpretación de las causales de disolución en favor de la continuación de la empresa; de la norma del art. 66, inc. 3, en cuanto a la razonabilidad de las reservas; del art. 197, que admite la derogación del derecho de preferencia; del art. 221, en cuanto permite la adquisición de sus propias acciones por la sociedad.

De ahí que resulte de interés el replanteo de los casos dentro de los cuales una mayoría puede resolver válidamente sobre derechos que en principio pertenecen al área de los derechos individuales del socio, indisponibles por la sociedad o sus órganos.

La primera pregunta que se suscita es la de la competencia de las asambleas especiales y la necesidad de su convocatoria.

El art. 250 de la Ley de Sociedades se refiere al requerimiento del consentimiento de una clase de acciones cuando deban adoptarse resoluciones que afecten los derechos de esa clase.

Aparecen así derechos especiales diferenciados de los derechos generales derivados del estado de socio. Estos derechos especiales son derechos de categoría cuando el grupo de acciones tiene dere-

chos intrínsecos incorporados que los diferencian de otros grupos de accionistas (cfme. Ariberto Mignoli, *Le assemblee speciali*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1960). Es decir que la categoría está constituida por un conjunto de títulos accionarios que presentan características comunes, definiendo por característica un complejo de derechos (Mignoli, ob. cit., ps. 72-73).

Un criterio esencial para distinguir los derechos generales de los derechos especiales es que la ley admite para los segundos la posibilidad de que la decisión de la mayoría los altere, dado que existe un trasvasamiento de la potestad de disponer de la esfera individual al grupo o categoría (Fontanarrosa, en *Homenaje a Yadarola*, título II, p. 352). Cuando hablamos de derechos de la categoría, nos referimos a aquellos cuya disposición (no su ejercicio) se sustrae al socio y se reserva a los accionistas de la clase, grupo encargado de la defensa de los derechos especiales que diferencian a la clase de los otros grupos (Mignoli, ob. cit., ps. 194 y ss.; Frè, *Società per azioni*, p. 318; Ferri, *Manuale*, p. 221).

Por otra parte se encuentran los derechos generales, que no surgen de una disposición contractual, y de los cuales el accionista no puede ser despojado por la sociedad.

Estos derechos generales son indisponibles, lo que supone que la mayoría no puede renunciarlos, alterarlos o modificarlos, y que el socio no puede renunciarlos cuando se hallan latentes o en expectativa. Esto último lleva a la consecuencia lógica de admitir que el socio pueda disponer de ellos en el momento en que se hacen efectivos (cfme. Pietro Trimarchi, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1958, p. 77).

Es decir que un derecho indisponible es aquel en el cual no se aplica la regla de la mayoría y es renunciable en el caso concreto con el consentimiento del titular. Cabe señalar que algunos autores hablan de la necesidad de la decisión unánime de la asamblea de socios para disponer sobre estos derechos cuando en realidad se trata no de una manifestación de la voluntad social, sino de un acto expreso del consentimiento de cada socio a título individual.

La consideración acerca de estos derechos constituye un límite a la competencia de la asamblea general, se encuentra en el área de la disposición exclusiva del socio y, por ende, no podrían ser materia de la decisión de una asamblea especial.

De ahí que resulta de suma importancia distinguir si las modificaciones propuestas pertenecen a los denominados derechos de la categoría, a fin de determinar la competencia de la asamblea especial.

Los derechos generales del socio son el derecho de voto, el derecho a participar en la distribución de utilidades, el derecho a las reservas, el derecho a la distribución del haber de liquidación, el derecho de preferencia (cfme. doctrina uniforme: Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1959, I, 535 y ss.; Horein, prólogo en Bermond de Vaulx, *Les droits latents des actionnaires sur les réserves dans les sociétés anonymes*, p. 10).

Tales derechos suponen una posición uniforme e igualitaria de todos los socios frente a la sociedad y entre sí. Sin embargo, posteriormente, las necesidades de financiamiento pueden hacer que esta igualdad se quiebre, otorgando algunas ventajas o desventajas a cierta clase de accionistas, que, sin dejar de ser socios, ingresan en condiciones contractuales distintas a la sociedad. Tal es el caso de los dividendos preferenciales, de la prioridad en la distribución del producto de la liquidación, de la pluralidad de voto, o al contrario, el diferimiento de los derechos patrimoniales o políticos. Generalmente este conjunto de derechos diferenciados que constituye la clase o categoría supone una cierta relación de equilibrio entre las distintas clases de acciones. Es así como a una ventaja patrimonial puede ir unida la inexistencia del derecho de voto —salvo en circunstancias excepcionales—, o un dividendo preferencial otorgado a un grupo de accionistas supone la exclusión en la distribución de las reservas.

Este complejo de relaciones entre las diversas posiciones en que se hallan los grupos frente a los otros, y entre sí, configura una situación que no debería ser alterada, sin el consentimiento de todas las categorías afectadas.

Resulta necesario aclarar que consideramos, obviamente, a las acciones ordinarias como una categoría. Pareciera que siempre la noción de grupo va unida a la existencia de un plus de derechos o una carencia de ellos; sin embargo, cuando la concesión o alteración de los derechos de las acciones especiales —por oposición a las ordinarias— supone una modificación en las condiciones en que se hallaban estas últimas, debe someterse la cuestión a una asamblea especial de las acciones ordinarias.

II. *Límites a la competencia.*

1. *Derechos de la categoría.*

Si la asamblea especial sólo puede deliberar sobre la alteración o modificación de los derechos de la categoría (cfme.: L.S.,

art. 250. C.C. it. 1942, art. 2376: "Si existen diversas categorías de acciones, las deliberaciones de la asamblea que perjudiquen los derechos de una de ellas, deben ser aprobadas también por la asamblea especial de los socios de la categoría interesada. A las asambleas especiales se aplican también las disposiciones relativas a la asamblea extraordinaria". Ley francesa del 24/7/66, art. 156: "Las asambleas especiales reúnen a los titulares de una determinada categoría de acciones. Las decisiones de una asamblea general de modificar los derechos de una categoría de acciones deviene definitiva sólo luego de la aprobación por parte de la asamblea especial de los accionistas de tal categoría". Ley alemana, 1965, art. 138: "Las deliberaciones particulares de determinados accionistas previstas en la presente ley o en los estatutos, deben ser adoptadas en el curso de una asamblea especial de esos accionistas o mediante votación por separado, salvo disposición en contrario de la ley), debemos concluir que quedan eliminados absolutamente los derechos indisponibles o inderogables que sólo pueden ser modificados o renunciados, en el caso concreto y con el consentimiento expreso del socio afectado.

Esta limitación no es privativa de la asamblea especial, sino que limita la competencia de todas las asambleas —generales o especiales—, ya que la voluntad de la mayoría no puede suplir la voluntad individual requerida para la renuncia o alteración del derecho.

2. Derechos adquiridos.

Aun cuando se tratara de deliberar sobre derechos de categoría, si éstos ya han sido adquiridos por los socios, la deliberación de la asamblea especial estaría viciada de nulidad.

En efecto, la adquisición del derecho lo incorpora a la esfera de la decisión individual del socio. Es decir que la mayoría no puede disponer de él, ni aun en interés de la sociedad, dado que para su derogación sería necesario el consentimiento de cada uno de los socios en forma expresa, en uso de la facultad de disponer, en concreto, de sus derechos irrenunciables (cfme.: Filippo Chiomenti, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, p. 191. La revocación es posible si no se afectan derechos de terceros, p. ej.: el derecho al dividendo. A. Hueck, *Anfechtbarkeit*, Mannheim, 1924, citado por Chiomenti).

Creemos que en estos casos, ni aun la existencia del interés social haría válida una decisión de la mayoría que dispusiera sobre derechos adquiridos.

3. *Interés social.*

La asamblea especial es un medio técnico que posibilita una modificación de las condiciones de emisión de acciones pertenecientes a una categoría o al menos una deliberación válida en tal sentido. Si analizamos su origen, surge con claridad que su incorporación al esquema de las soluciones legales no halla un fundamento inmediato en la protección de los derechos de la clase, sustrayéndola a la consideración de la asamblea general, sino en el interés de la sociedad de modificar una situación contractual que pudiera resultarle perjudicial.

Se erige así la asamblea especial, no como órgano de la sociedad, sino como medio de expresión de la voluntad del grupo frente a la sociedad.

La tutela de los intereses de la clase está confiada al grupo que decide por mayoría de votos —ordinaria o extraordinaria— según el sistema normativo que consideramos.

Si es el grupo el que debe velar por el mantenimiento de los derechos correspondientes a la categoría, una decisión que los desconociera o renunciara a ellos, en todo o en parte (v. gr., renuncia a la participación en una reserva, reducción del porcentaje del dividendo fijo prometido, modificación de cláusulas de ajuste), podría ser impugnada, a menos que se hubiese fundado el interés social.

A esta altura deberíamos aclarar que la noción de interés social gira en torno del concepto de conservación de la empresa como medio idóneo de realizar el interés común de los socios, de obtener beneficios. (Algunos autores hablan de obtener el máximo beneficio con el mínimo de inversión necesaria —cfme. Mengoni, *Appunti per una revisione della teoria del conflitto di interessi*, "Riv. Società", 1956, p. 122; Pietro Trimarchi, *Su validità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 189. "El interés social tiene por objeto simplemente la realización del máximo beneficio por parte de la sociedad entendida como persona distinta de los socios").

La conclusión lógica a lo enunciado hasta aquí es que una decisión de la mayoría, tomada en detrimento de los derechos de la clase pero contemplando el interés social, podía ser sostenida como válida.

Esto supone que la asamblea especial es un órgano de la sociedad, y no el medio de manifestación de la voluntad del grupo o categoría frente a la sociedad, tal como antes lo enunciamos. De ahí que si el trasvasamiento de la facultad de decisión del área indi-

vidual al área del grupo se justifica por cuanto es esta mayoría la que debe velar por los intereses del grupo, son estos intereses, por encima del interés social, los que deben ser respetados.

Una decisión de la asamblea especial que no acceda a una alteración de los derechos de la clase, aun cuando pudiera argumentarse que ha sido tomada en contra del interés social, sería inatacable, a menos que pudiésemos entrar a discutir acerca del abuso del poder de la clase, en perjuicio del resto de los accionistas (cfme. Mignoli, ob. cit., p. 155: ...mientras la asamblea general tiene como límite el interés social... lo mismo no parece poder afirmarse para la asamblea especial, en la cual el interés es distinto, por no ser *siempre y necesariamente* coincidente, el interés social con el interés de la categoría). Mossa sostiene, sin embargo, que aunque el accionista tiene un deber de fidelidad frente al grupo, existe también un deber de fidelidad de la categoría hacia la sociedad.

Aun sin entrar a la teoría del abuso del poder, entendemos que podría haber un límite al interés de la categoría cuando se altere el equilibrio entre clases y categorías, tal como lo analizamos enseguida.

4. *Equilibrio entre clases y categorías.*

Habíamos dicho que en este juego de concesiones o de tracciones de derechos existía una noción de equilibrio que ponderaba las diversas circunstancias de reincorporación de los socios a la sociedad y especialmente la oportunidad del ingreso teniendo en cuenta las necesidades de financiamiento del ente. Tal equilibrio, impuesto por las necesidades reales y actuales en un momento dado, podría ser alterado por una decisión de la asamblea especial que importara un sacrificio de algún grupo, en beneficio de otro.

Esta limitación, que juega en favor de la clase —y en especial del accionista de la clase— por cuanto señala la necesidad de ponderar si realmente existe un interés social al tomar la decisión, y no un traspaso de ventajas de un grupo a otro, también podría operar como concepto válvula, en aquellos casos en que la decisión de la asamblea especial desconociera el interés social para cerrarse y centrarse exclusivamente en el interés de la categoría. Si a todos los socios se les exige un sacrificio, tendiente a mantener viva a la persona jurídica por medio de la cual se realiza el fin común, una decisión que no toma en cuenta la generalidad del sacrificio significa un rompimiento con esta situación de equilibrio que podría invalidar la resolución.

Claro está que siempre, al valorar estas decisiones, deberá observarse el comportamiento de cada clase y su renunciamiento en aras del interés social, sin admitir ningún tipo de transmisión de los derechos de una clase en beneficio de otra u otras.

5. Conclusiones.

a) Las asambleas especiales expresan una voluntad diferenciada de categoría, donde la mayoría de esta última dispone de los intereses vinculados a ella, asumiendo así la expresión de su tutela. Esos intereses, de no ser así, hubieran quedado reservados para el ejercicio individual de los accionistas.

b) El límite positivo de la competencia de las asambleas especiales reside en el interés social, representado por la expresión de voluntad mayoritaria ordenada a facilitar la toma de decisiones aptas para el desarrollo de las sociedades.

c) En principio, salvo abusos o desviación de poder, las asambleas especiales deciden los asuntos sometidos con competencia exclusiva, no pudiéndose imponer las decisiones cuando la asamblea especial no las acepta.

d) La asamblea especial no puede disponer de los derechos individuales de los accionistas ni resolver sobre derechos adquiridos, que han pasado a ser indisponibles por los cuerpos deliberativos societarios, para pasar a la esfera exclusiva de cada accionista.