

## ASAMBLEAS ESPECIALES

*Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval*

### **Ponencia**

El sistema de asambleas especiales no tiene una adecuada regulación. El art. 250 L.S.C., señala que si la asamblea debe adoptar una resolución “que afecte los derechos de una clase de acciones”, se requiere el consentimiento o ratificación de esta clase.

Una decisión societaria que afecte los derechos de todos los accionistas por igual no requiere consentimiento o ratificación de cada clase de acciones. La valoración debe realizarse en forma concreta y de acuerdo al específico contexto societario. Si en lugar de “afectar” los derechos de una clase de acciones, se “mejoran” sus derechos tampoco será menester la conformidad de la clase de acciones. Tampoco puede afectar derechos adquiridos.

Una decisión de 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.

No será necesario el consentimiento o ratificación de la asamblea especial si en la asamblea general de accionistas están presentes todos los accionistas de esa clase y todos votan en sentido afirmativo.

Dado que la ley exige “consentimiento” (previo) o “ratificación” (posterior), quedan dudas respecto del inicio del plazo de impugnación asamblearia establecido en el art. 251 L.S.C..

### **I. Introducción**

La LSC permite la diagramación del contrato social y de los derechos de los accionistas de la manera que sea conveniente a sus intereses. La regla es la igualdad de todos los accionistas; no obstante

ello, se admite la posibilidad de configurar diversas clases de acciones a los fines de regular los distintos derechos de las partes. El propio plexo societario establece que el estatuto puede crear clase de acciones que reconozcan hasta cinco votos por acción ordinaria (art. 216 L.S.C.).

Ahora bien, la L.S.C. no determina en forma clara o precisa cuales son los límites que deben tener las clases de acciones. Dicho en términos simples: que derechos y obligaciones societarios pueden pactarse en cada clase de acciones. Cuales pueden ser las diferencias jurídicas (y los límites) que pueden pactarse en el marco societario.

Las principales diferencias pueden provenir de la elección de directores (lo que incluso imposibilita legalmente el voto acumulativo -art. 262 L.S.C.-), número de voto y preferencias patrimoniales. Pero las posibilidades contractuales son amplias y no pueden precisarse en forma clara de antemano, más allá de los límites legales.

## II. Texto de la norma

El art. 250 L.S.C., señala que cuando la asamblea deba adoptar resoluciones que afecten los derechos de una clase de acciones, se requiere el consentimiento o ratificación de esta clase, que se prestará en asamblea especial regida por las normas de la asamblea ordinaria.

La norma es clara en exigir que si la asamblea debe adoptar una resolución “que afecte los derechos de una clase de acciones”, se requiere el consentimiento o ratificación de esta clase.

El fundamento es el respeto de la voluntad contractual al constituir la sociedad y fundamentalmente no afectar los derechos que los accionistas (de una clase) tuvieron en vista al diagramar los derechos.

## III. Afectación de derechos

Lo importante radica en determinar que significa que se afecten los derechos de una clase. Es obvio, pues así surge de la inteligencia de la norma, que una decisión societaria que afecte los derechos de todos los accionistas por igual (aun cuando por ello afecte los derechos de una clase de acciones) no engasta en el precepto y no será menester acreditar el consentimiento o ratificación de cada clase de acciones en estos casos. Se trata de una decisión que afecta a todos los

accionistas y el consentimiento no se otorgará en asamblea especial sino en la asamblea general.

De todas formas, puede existir una decisión asamblearia que afecte a todos los accionistas por igual, pero que esta afectación pueda tener una especial incidencia en una clase de acciones. Vale decir, pese a la igualdad formal de todos los accionistas, no podrá evaluarse la igualdad sustancial.

Suprimir un derecho o prerrogativa a todos los accionistas no puede entenderse como una afectación de los derechos de clase; pero dicha supresión puede tener una obvia connotación en el ejercicio de otros derechos especiales. Con ello, aun cuando la afectación sea igualitaria no lo será en sus efectos (relacionados con otros derechos conexos).

Por otro lado, si en lugar de “afectar” los derechos de una clase de acciones, se “mejoran” sus derechos (sin menoscabar otros derechos o prerrogativa) tampoco será menester la conformidad de la clase de acciones. En cierto modo, aun cuando se realice la mejora, la valoración deberá realizarse de la situación jurídica general de la clase de acciones involucrada en la decisión.

Si la “mejora” de un derecho de la clase de acciones (o de todos los accionistas) se realiza —en forma conjunta— con la “afectación” de otro, se requerirá necesariamente la conformidad de la clase de acciones afectada. La evaluación sobre la afectación de los derechos no puede realizarse en forma global (y analizando la situación jurídica general de la clase accionaria), sino que deberá priorizarse la voluntad de la clase en cuanto al interés relacionado con algunos derechos puntuales. La afectación de un derecho puntual (más allá de las otras ventajas realizadas) deberá requerir la conformidad de la clase afectada.

Cabe compartir lo señalado respecto de que 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 de aún el 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 (Alegría y Pintos).

También se ha debatido con relación al posible conflicto que puede existir entre el interés social y el interés de los accionistas que integran la categoría de acciones. Se ha dicho que una decisión de 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 (Alegría y Pintos).

En cierto modo el interés social importa el interés común de los socios, que es el que se ha plasmado en el estatuto. El interés social importa, en primer lugar, el cumplimiento del contrato social y de la ley. Si se afecta el interés de los socios incumpliendo con el contrato social (más allá de las pérdidas que ello puede generar a la sociedad) no puede decirse que la decisión de la clase pueda afectar el interés social.

El estatuto social es el primer delimitante del interés social y debe respetarse, ya que —en cierto modo— fundamentó las pautas de constitución, incorporación o participación en la sociedad.

Cabe concluir que no apunta a la defensa de meros intereses (Halperín); implica un menoscabo o gravamen a la situación jurídica del socio. No requiere de variación sustancial o importante, por lo que la simple o mínima afectación bastará para encuadrar en este supuesto, incluso la afectación en forma indirecta (Zaldívar y otros).

#### IV. Consentimiento y ratificación

La L.S.C. exige —en caso de afectación de derechos de una clase de acciones— el “consentimiento” o “ratificación” de esta clase tomada en asamblea especial que se rige por las reglas de la asamblea ordinaria.

Se trata de dos conceptos distintos y más allá de sus imprecisiones técnicas, parecen diferir en la oportunidad de su otorgamiento. Así también lo señala la doctrina: la LSC admite dos posibilidades, ya que utiliza los vocablos *consentimiento* o *ratificación*, debiendo admitirse, en consecuencia, que *consentimiento* supone decisión *a priori* y *ratificación*, conformidad *a posteriori* (Sasot Betes y Sasot).

Esta claro que una autorización genérica no sería válida; la asamblea especial debe expedirse sobre el caso concreto. No obstante ello, no habría inconvenientes en que la misma sea otorgada con mucha antelación.

Para obtener esta autorización, deben cumplirse con las formalidades de convocatoria asamblea (y con todo el esquema

societario y –eventualmente- estatutario pactado). Incluso se requeriría la convocatoria por el directorio. De todas formas, si existe unanimidad en la asamblea especial, pensamos que no sería necesaria la convocatoria por el directorio (sería un requisito innecesario).

Pese a lo que señala la L.S.C., pensamos que no será necesario el consentimiento o ratificación de la clase de acciones si en la asamblea general de accionistas están presentes todos los accionistas de esa clase y todos votan en sentido afirmativo. Pueden existir otras situaciones (que haya ausentes o que hayan votado en sentido negativo), las que deberán analizarse en el caso concreto para evitar un perjuicio mayor que es el que se quiere evitar.

## V. Efectos de la falta de consentimiento

La asamblea que no cumple con los requisitos no tiene efectos, ni frente a la sociedad, ni frente a terceros (que pueden conocer el estatuto social mediante la publicidad registral).

Será responsabilidad del directorio no proceder a la oportuna convocatoria oportuna y en tiempo suficiente de la asamblea especial y eventualmente afectar los derechos de la parte. Esta responsabilidad no será social, sino que tendrá aplicación el art. 279 L.S.C..

Si igualmente no se cumplen con los extremos establecidos en el art. 250, LSC (consentimiento previo o ratificación posterior) y pretende ejecutarse, dicha asamblea es nula y puede ser impugnada válidamente por los accionistas afectados.

Pese a lo dispuesto por el art. 233 L.S.C., el directorio no estaría obligado a cumplirla, pues no se ha cumplido con el extremo legal. Incluso también se encuentra legitimado para impugnarlo.

No queda claro el plazo de impugnación atento que la L.S.C. prevé que dicha autorización pueda ser lograda mediante ratificación, con lo cual queda difuso el plazo de inicio de los tres meses.

Es claro que mientras la misma no tenga fuerza ejecutoria y de la misma surja que está pendiente dicha ratificación, no habrá asamblea que impugnar, pues ella misma ha reconocido la suspensión de su validez (hasta tanto se configuren dichos requisitos).

Ahora bien, en caso que se haya omitido toda referencia a los requisitos del art. 250 L.S.C.; o aún considerada la falta de esos requisitos, la asamblea pretenda ser ejecutada, el plazo se computará desde la conclusión de la asamblea o desde que se desconoció la norma

y pretendió se ejecutada (v.gr., para habilitar al directorio para realizar un acto determinado).