

*Comisión III.*

LA COMPETENCIA DE LAS ASAMBLEAS  
DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES

GERVASIO R. COLOMBRES.

*La regulación derogada*

La asignación de una competencia específica para dos tipos de asamblea era ajena a la legislación preexistente.

El Código de Comercio, si bien terminológicamente las distinguía en sus arts. 347, 348, 350 y 354, limitaba dicha distinción, en lo técnico-jurídico, a la oportunidad o habitualidad de sus sesiones.

La asamblea ordinaria era la que debía reunirse, necesariamente, por lo menos una vez al año dentro de los primeros cuatro meses posteriores a la finalización del ejercicio social para considerar el balance, documentación contable complementaria (art. 347), y en su caso la distribución de utilidades (arts. 361 y 364).

La asamblea extraordinaria podía ser convocada y funcionar en cualquier oportunidad en que los directores o síndicos lo juzgaren necesario o cuando lo requiriesen accionistas con determinada representación del capital (art. 348).

La una podía denominarse la asamblea obligatoria, la otra la asamblea facultativa.

Lo enunciado resulta:

a) de que la asamblea anual obligatoria podía tratar cualquier otro asunto mencionado en la convocatoria (art. 347, inc. 3);

b) de que una asamblea reunida fuera de los cuatro meses posteriores al ejercicio anterior, esto es, extraordinariamente convocada, tenía competencia para ocuparse, no sólo del temario que podría suponersele específicamente atribuido (art. 354), o sea, una modificación del acto constitutivo, sino también de materias expresamen-

te mencionadas por el art. 347, entre las que cito su inciso 2, dada su vinculación con la remoción *ad nutum* de los directores y por considerarla suficiente a la intención que persigo.

A la ausencia de una competencia específicamente asignada se agregaba en definitiva instancia la posibilidad del juego de requisitos comunes en cuanto a quórum y mayorías. En efecto:

A) Por disposición del art. 351 el Código no distinguía los quórum para el supuesto de segundas convocatorias.

B) El art. 350 establecía el principio general de la mayoría de votos presentes, facultando, también en forma general, su incremento por vía estatutaria.

C) El quórum y mayoría calificados del art. 354 podían ser alterados por estipulación del estatuto.

#### *La innovación del derecho vigente*

La ley 19.550 innova sobre el esquema anterior al distinguir dos clases de asambleas generales según respectivas competencias atribuidas.

La asamblea ordinaria figura regulada en el art. 234, que le asigna, en cuatro incisos: la documentación contable, gestión social, distribución de ganancias; la designación y remoción y las responsabilidades de los directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia; el aumento del capital dentro del límite previsto por el art. 188.

La asamblea extraordinaria tiene su competencia establecida en el art. 235, cuyos siete incisos se refieren: a modificaciones del estatuto; al rescate, reembolso y amortización de acciones; al nombramiento, remoción, retribución y gestión de los liquidadores; limitación o suspensión del derecho de suscripción preferente; emisión y conversión de debentures; emisión de bonos. Dicha enumeración es enunciativa, ya que el principio es que la asamblea extraordinaria es competente para todos aquellos asuntos que no hayan sido atribuidos a la ordinaria.

Como resumen teórico de la innovación introducida por la Ley de Sociedades Comerciales diré algo que merecía ser resaltado por la doctrina: la ley 19.550 configuró dos órganos asamblearios dentro del régimen normal de expresión de los actos de gobierno en las sociedades por acciones. La referencia es al régimen normal, ya que debe tenerse en cuenta la especialidad de la competencia, y por tanto del órgano de funcionamiento unánime incorporado por el último párrafo del art. 237.

### *El concepto de competencia*

Como lo anota Donati en su clásico libro —que guarda todavía la frescura y actualidad propias de su singular talento—, la doctrina y la jurisprudencia hablan aún hoy de “deliberaciones viciadas por incompetencia de la asamblea en las más diversas hipótesis: así, por ejemplo, a propósito de las deliberaciones que violan los derechos de terceros o los inderogables de los socios, de las que tienen un objeto ilícito, o se han tomado sobre objetos no indicados en el orden del día; o bien en interés exclusivo de la mayoría, etc.”<sup>1</sup>. Esa utilización promiscua del concepto societario de competencia conduce a múltiples confusiones y errores, porque como el mismo autor lo expresa, resulta “inoportuna no sólo teórica, sino también prácticamente, ya que acaba por abrazar tanto las hipótesis de deliberaciones nulas, como las de deliberaciones solamente impugnables y se aparta así de la razón del diverso grado de invalidez”<sup>2</sup>.

La noción de competencia se halla estrechamente ligada a la teoría del órgano<sup>3</sup>, y recién florece, en toda su precisión cuando la explicación de la expresión de la voluntad escapa de los niveles del contrato de mandato para alinearse en el *Gesamtakt* o contrato de organización.

<sup>1</sup> Antigono Donati, *Sociedades anónimas. La invalidez de las deliberaciones de las asambleas*, trad. esp., Méjico, 1939, p. 200.

<sup>2</sup> Donati, ob. cit., p. 201, nota 72.

<sup>3</sup> “El órgano se integra de dos elementos, uno objetivo que al propio tiempo es estrictamente jurídico y que está constituido por el conjunto de facultades, funciones y atribuciones que el ordenamiento legal y el pacto de las partes le atribuye; y el otro, subjetivo, o sea, la persona o personas que lo integran y ejercen, aplican y usan de dichas facultades, funciones y atribuciones. Aquel elemento constituye el contenido y la materia del órgano, que no otorga ni atribuye a éste capacidad ni derechos subjetivos, los que sólo corresponden a la sociedad de la que el órgano forma parte; además, en dicho conjunto de facultades estriba la competencia del órgano, o sea, la medida y el límite de sus funciones; y habrá tantos órganos del ente colectivo como funciones correspondan a éste. Los titulares o miembros del órgano, es decir, los funcionarios, los administradores, los agentes de la sociedad que individual o colectivamente integran el órgano, constituyen el medio y el instrumento imprescindible para poner en funciones la esfera de competencia, para actualizar y ejercitar las facultades y las atribuciones asignadas y referidas a cada órgano; en suma, las personas que constituyen al órgano son el vehículo necesario para atribuir al ente los actos que ejecuten y realicen, y para imputarle los efectos de tales actos”, (Jorge Barrera Graf, *La representación voluntaria en derecho privado. Representación de sociedades*, Méjico, 1967, ps. 177-178).

Al sujeto sociedad corresponde una capacidad general, salvo para los actos que sean notoriamente extraños al objeto social (art. 58) o se tratare de un sistema jurídico que hubiere receptado al *ultra vires*.

El órgano no tiene capacidad, sino que tiene competencia. Se trata siempre de la actuación de un sujeto, pero de una actuación calificada aquí por la idea de legitimación.

"La capacidad es una calidad del sujeto, o sea, una idoneidad genérica para obrar"<sup>4</sup>.

La legitimación es un concepto elaborado simultáneamente en varios sectores de la ciencia moderna del derecho<sup>5</sup>. Desde el punto de vista que aquí interesa, "la legitimación es una idoneidad específica para obrar"<sup>6</sup>.

En las sociedades de estructura compleja, como lo son las sociedades por acciones, esa idoneidad específica para obrar está atribuida a distintos órganos según "esferas de competencia" u "*uffici*"<sup>7</sup>.

"La competencia o esfera de poder resulta de la distribución de los poderes que competen a la persona jurídica entre sus varios órganos: por lo tanto, existe la incompetencia cuantas veces un acto realizado por un órgano, entra no en su esfera, sino en la de otro órgano de la misma persona jurídica. Se tiene, pues, la incompetencia de la asamblea, sólo cuando delibera sobre materias que entran por la ley o por los estatutos en la esfera de poder de los otros órganos, de los administrativos y de control"<sup>8</sup>, salvado el supuesto de que el derecho positivo distinguiera entre tipos de asambleas, en cuyo caso podría configurarse otra situación de incompetencia.

Las consecuencias resultantes de un vicio en la competencia pertenecen a una gama modesta que la de los vicios en el contenido del negocio. A la falta de legitimación del órgano corresponde la anulabilidad, y no la nulidad. La razón es que los preceptos legales y estipulaciones contractuales que regulan la competencia no encuentran su fundamento jurídico en un interés general, sino en el intrasocietario que disciplina el contrato de organización.

<sup>4</sup> Donati, ob. cit., p. 157.

<sup>5</sup> Rem. F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padua, 1933.

<sup>6</sup> Donati, ob. cit., p. 135.

<sup>7</sup> Rem. A. Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, t. 1, ps. 280-1; Bernardino Scorza, *L'eccesso di potere come causa di invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle anonime*, "Riv. Dir. Comm.", 1933, p. 655; Barrera Graf, ob. cit., ps. 177-8.

<sup>8</sup> Donati, ob. cit., ps. 201-2.

### La competencia de la asamblea general

La Ley de Sociedades Comerciales estableció dos órganos de gobierno para la sociedad anónima, siguiendo el criterio tradicional de la actual legislación comparada<sup>9</sup>.

Técnicamente, la asignación de dos tipos de competencia debía basarse en las dos modalidades que puede asumir en el derecho de sociedades la función integradora de la normativa en que consisten los actos de gobierno.

Dichas modalidades, conferidas por habilitación<sup>10</sup>, respectivamente a la asamblea ordinaria y a la extraordinaria, se refieren:

a) al funcionamiento de la estructura societaria, tales la designación de quienes ejercerán el órgano de administración, la consideración del resultado de su gestión y eventual distribución de utilidades;

b) a la reforma del contrato de organización, entendida ésta en todo su espectro, o sea, desde la transformación del tipo social, fusión, escisión, disolución, hasta la modificación de cualquiera de sus cláusulas estatutarias.

La división de estas dos clases teóricas de competencia no luce en toda su pureza en los derechos positivos<sup>11</sup>, pudiéndose comprobar, por ejemplo, que a la descrita competencia de la asamblea extraordinaria se agregan decisiones, que sin importar una reforma contractual, tienen un contenido excepcional, o por lo menos no habitual. Tales: la emisión de debentures y su conversión en acciones<sup>12</sup>, la emisión de bonos<sup>13</sup>, nombramiento y gestión de los liquidadores<sup>14</sup>, limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de acciones<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Ley mejicana, arts. 179, 180, 181 y 182; Cód. Civ. italiano, arts. 2364 y 2365; ley francesa, arts. 153, 154 y 155.

<sup>10</sup> Las normas de habilitación, categoría de las permisivas, facultan una conducta específica: la de crear normas jurídicas. Se trata de una permisión (*erlauben*) que confiere un derecho (*berechtigen*) en el cual anida un poder (*ermächtigen*) delegado en relación a un orden jurídico especial. Rem. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., trad. francesa, París, 1962, ps. 76 y 22.

<sup>11</sup> Excepción es el derecho francés, cuya ley 66-537, del 24 julio 1966, adopta en toda su pureza las dos modalidades descritas.

<sup>12</sup> Ley 19.550, art. 235, inc. 6.

<sup>13</sup> Ley mejicana, art. 182, inc. X; ley 19.550, art. 235, inc. 7.

<sup>14</sup> Cod. Civ. italiano, art. 2365; ley 19.550, art. 235, inc. 4. Este asunto no ofrece la claridad de los supuestos anteriores, ya que tiene carácter anejo a un acto de reforma del contrato.

<sup>15</sup> Ley 19.550, art. 235, inc. 5.

Por otra parte, la competencia supletoriamente aplicable recibe distintas soluciones. Así, mientras el derecho argentino dispone la regla de que "corresponden a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria"<sup>16</sup>, la legislación mejicana establece la regla de que "son asambleas ordinarias las que se reúnen para tratar cualquier asunto que no sea de los enumerados en el art. 182", o sea, los comprendidos en la competencia de la asamblea extraordinaria<sup>17</sup>.

La distinción entre dos órganos de gobierno con una competencia específicamente puesta acarrea problemas de orden práctico y deberá ser oportunamente revisada. El continente ha desvirtuado la esencia de su contenido produciendo un enquistamiento de linaje formal.

En cuanto a la práctica, básteme mencionar la duplicidad de las convocatorias, y entre nosotros la calificación del carácter de la asamblea cuando se pretende una suscripción que podría entrar en los límites del inc. 4 del art. 234, estando en trámite de inscripción registral un aumento dispuesto conforme al inc. 1 del art. 235.

El órgano de gobierno habrá de ser único. Se llamará asamblea general, a similitud de la junta general o "*Hauptversammlung*" regulada en el art. 118<sup>18</sup> y siguientes de la *Aktiengesetz* alemana del 1 de enero de 1966. Aceptado este principio, podrá optarse por distintas modalidades de regulación, entre las cuales, para mantener la sustancia de nuestra legislación vigente, estaría la fijación de quórum y mayorías calificadas según la índole de la decisión.

La modificación propuesta deberá ir precedida de un prolijo análisis de los derechos de los accionistas, cuya ausencia a esta altura de nuestro tiempo jurídico es uno de los motivos principales, no sólo del erróneo enfoque de la competencia del órgano asambleario, sino también de la crisis del mercado de capitales.

<sup>16</sup> Ley 19.550, art. 235, primer párrafo.

<sup>17</sup> Ley mejicana, art. 181.

<sup>18</sup> "Los accionistas ejercitan sus derechos en las sesiones de la junta general, salvo que la ley disponga otra cosa".