

LAS ASAMBLEAS DE SOCIEDADES COMERCIALES COMO MECANISMOS SOCIALES

José David Botteri (h.) y Diego Coste

SUMARIO

Las asambleas de las sociedades son necesarias para que el sistema social pueda adaptarse al entorno y desarrollarse. Las asambleas no son órganos, sino mecanismos sociales que poseen diferentes etapas o fases tendientes a obtener resoluciones, que son acuerdos integrativos de la estructura del sistema social, y que constituyen estipulaciones complementarias del contrato social constitutivo, cuyo carácter es normativo. Las resoluciones sociales son de tres clases en la medida en que afecten un ejercicio, más de un ejercicio o sean permanentes y su impugnación debería tramitar por tres clases de procedimiento, atendiendo a esa circunstancia, debiendo impedirse que se acumulen acciones que afecten el nivel social, con acciones individuales.



FUNDAMENTACIÓN

1. Las sociedades y el derecho societario

Las sociedades comerciales, son sistemas sociales y como tales son previas a la aparición del derecho societario¹. Por más que se pretenda

¹ Hemos presentado este enfoque en trabajos anteriores: “Las sociedades comerciales bajo enfoque sistémico y realista”, revista de las Sociedades y Concursos, página 27, año 11-2010-4. “Capitalismo familiar argentino y la necesidad de reformas al régimen de sociedades anónimas”, revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, año II, tomo 6, pág. 137, ed. La Ley; “Un enfoque sistémico sobre modos de afrontar crisis societarias”. Revista Argentina de Derecho Societario, 29.3.2012, IJ-LI-912, etc.

que el derecho crea “realidades jurídicas”, como lo dice la Exposición de Motivos de la ley 19.550, mucho antes de que existiera la legislación societaria como la conocemos hoy en día, hubieron sociedades comerciales. Como todo cuanto sucede en el ámbito comercial, fueron las prácticas de los comerciantes las que crearon los negocios societarios y fueron esas mismas prácticas las que generaron la necesidad de regulaciones, para evitar abusos y para promover seguridad en las operaciones.

La legislación promovió las sociedades comerciales por vía del reconocimiento público de ciertos recursos técnicos, otorgó oponibilidad a terceros de reglas derivadas de la propia práctica mercantil como la personificación, la subsidiariedad y limitación de responsabilidad de ciertos casos, los principios derivados de la intangibilidad del capital social, la representación de los aportes representativos de la condición de socio en títulos transmisibles, la inscripción en registros públicos, la obligatoriedad interna de las decisiones mayoritarias, la separación de la administración del gobierno a través de un subsistema, la protección de los intereses de las minorías (receso, voto acumulativo), el valor de los libros de comercio y la representación del capital y su aplicación por valor del costo de adquisición por medio del método de partida doble, la representación como función asignada a un componente del subsistema de administración, etc.

En efecto, el origen histórico de cada uno de esos principios que gobierna la legislación societaria, está relacionado con costumbres y prácticas mercantiles que se remontan al derecho romano, en mayores casos al medioevo italiano, en otros a prácticas corporativas posteriores al cisma del S. XVI, cuestiones derivadas de principios políticos adoptados por la Rev. Francesa y a toda una serie desbordada de costumbres que se impusieron luego de cada una de las denominadas revoluciones industriales².

² Si bien no hay un libro completo dedicado a la historia de las sociedades mercantiles, puede verificarse lo expuesto en las siguientes obras: ZALDIVAR, E.; MANOVIL, R., RAGAZZI, G.; ROVIRA, A.; SAN MILLÁN, C., *Cuadernos de Derecho Societario*, tomo I, ediciones Macchi, Buenos Aires, 1973; SCHIAVONE, Aldo, *Ius La invención del Derecho en Occidente*, Adriana Hidalgo Editora, Bs. As., 2009.; LE GOF, Jaques, *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*, Oikos-tau, Barcelona, 1991; OTAEGUI, Julio C., *Concentración Societaria*, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1984; COX, James D.; LEE HAZEN, Thomas y O'NEAL, F. Hodge, “*Corporations*”, vol. 1, edit. Little, Brown and Company, 1995, BRUNETTI, Antonio, “*Tratado del derecho de las sociedades*”, librería El Foro, Buenos Aires, 2003, debiendo también rescatarse el trabajo de MARILUZ URQUIJO, José María, “*Notas sobre la Evolución de las sociedades comercia-*

2. Cooperación y competencia

Pese a todos esos cambios, la naturaleza esencial de las sociedades mercantiles como sistemas sociales en los cuales se cumple **la cooperación y la competencia** entre sus componentes, no ha cambiado. La causa originaria o factor cohesivo por el cual los socios deciden unirse en sociedad, es siempre la **cooperación** pues se unen para realizar algo que no pueden o no quieren intentar individualmente³. Por ejemplo, pueden unirse para mitigar riesgos suscribiendo un contrato típico que permita limitar su responsabilidad, pero ello no es sino una forma de cooperación para obtener algo. Se ha sostenido que en el comercio la sola actuación común genera responsabilidad solidaria, motivo por el cual la cuestión adquiere relevancia en nuestro derecho⁴, al igual que la elección de un tipo societario determinado, existiendo libertad en el ámbito de los contratos asociativos pero *numerus clausus* en el de los negocios societarios⁵. La cooperación se advierte nítida en toda asamblea unánime, que generalmente, termina manifestándose en una mera recopilación de firmas sobre un acta predispuesta, que contiene declaraciones que no se dijeron en una reunión que materialmente, nunca se hizo.

El factor cohesivo “**cooperación**” parece simple, pero su análisis causal es complejo. La raíz de la cooperación puede ser **económica** (el aporte presente o futuro del socio); **biológica** (como por ejemplo, en las sociedades de familia que incorporan a socios por razones de parentesco); **política** (sostenida en relaciones de poder, sea para la dirección de la sociedad o por vínculos de esa naturaleza); o finalmente **cultural** (por los conocimientos y técnicas que pueda aportar el socio)⁶.

les en el Rio de la Plata”, publicado por la Revista del Instituto de Historia del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en 1971

³ La idea de *affectio societatis* pertenece al pasado de la *societas* romana y de la sociedad civil de la era de la Codificación. Esa idea representa mucho más que la noción de cooperación, pues supone vínculos que no parecen encajar en tipos sociales no personalistas, como sucede en la sociedad anónima.

⁴ Edgardo M. Alberti, en su voto “Establecimientos Klockner SA c/ Saccani y Cibulsky Sociedad de Hecho”, CNCom., sala D, 8/11/88, publ. en ED 134-191.

⁵ RICHARD, Efraín H., en “Hacia un Nuevo Concepto de Sociedad Comercial”, publicado en “Nuevas Perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales”, edit. Ad-Hoc, Bs. As., 2005, pág. 44.

⁶ MERTON, Robert K., “*Teoría y Estructuras Sociales*”, trad. por Florentino M. Turner, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, BUNGE, Mario A., “*Buscar la filosofía*

Todas las personas que conviven, cooperan unos con otros en ciertos aspectos y **compiten** en otros. Una vez instalada la cooperación, los socios competirán por bienes que siempre son escasos, sean éstos dividendos, posiciones de poder, afecto, reconocimiento, etc. Para que un sistema se mantenga estable, es menester que la cooperación sea más intensa que la competencia interna. La **eficiencia de todo sistema social mejora con la competencia**, a condición que no se permita a ésta deshacer los vínculos que lo mantienen unido. Todos los sistemas sociales se estancan o declinan si sus miembros dejan de competir o de cooperar⁷.

En las sociedades comerciales, los socios pueden competir de acuerdo con las reglas legales para ocupar cargos en la administración social, por una mayor o menor distribución de utilidades, por aprobar o no los estados contables presentados por los administradores o para que la sociedad haga o no haga algo que involucre sus intereses (se fusione, escinda, etc.); sin embargo, dicha competencia no puede jamás exceder o eliminar la cooperación entre los socios pues, de otro modo, la sociedad comienza su desintegración. El Derecho (normativo o judicial) debe siempre custodiar que el ámbito de competencia entre los socios no destruya la cooperación y, por ende, la sociedad, tanto sea por el *favor negotii* que, como principio, informa la legislación mercantil (art. 218, incs. 1, 2 y 3 del Código de Comercio —CCom.—), como por el principio general de conservación de la empresa en los casos en que exista una organización de ese tipo.

El ámbito en el cual se verifican algunos aspectos de la cooperación y de la competencia son las asambleas, que no son otra cosa más que reuniones de socios con un temario predispuesto y que se suceden en diferentes etapas o fases de actuación: convocatoria, registración de asistencia, deliberación, voto, cómputo y resolución de las propuestas cierre y redacción de los documentos que acreditarán las resoluciones tomadas.

en las ciencias sociales”, edit. S. XXI, Buenos Aires, 2007, “*A la caza de la realidad*”, edit. Gedisa, Barcelona, 2007, “*Crisis y reconstrucción de la filosofía*”, edit. Gedisa, Barcelona, 2002, “*La relación entre la sociología y la filosofía*”, edit. Edaf, Bs. As., 2000; “*El derecho como técnica de control y reforma*”, artículo publicado en Isonomía, Nro. 13, Octubre de 2000; “*Las ciencias sociales en discusión*”, edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1999; “*Sistemas Sociales y filosofía*”, edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1999; entre otros.

⁷ ETCHEVERRY, Raúl A., “*Derecho Comercial y Económico – Formas Jurídicas de organización de la empresa*”, edit. Astrea, Bs. As., 1989; menciona la organización y la competitividad, como factores imprescindibles de la existencia de empresas, no de las sociedades, situando la competitividad de modo externo en el mercado y definiendo la organización sobre la base de la división del trabajo y la sustitución del personal.

Esas resoluciones —que se transforman en obligatorias para todos los socios— pueden ser impugnadas judicialmente reclamando su invalidez, si se cumplen con ciertos plazos y recaudos a tal efecto y como en la conocida frase del general Von Clausewitz, se sucede un conflicto que no es otra cosa más que la continuación de una especie de política societaria, pero por otros medios.

3. El organicismo

Denominar a las discretas asambleas como un todo concreto u “órgano”, que accedería a una especie de organismo societario, tiene consecuencias que ya no son acordes al estado evolución actual de las ciencias sociales⁸. Las críticas que se hacen al organicismo son variadas y conocidas, pueden sintetizarse en las diez siguientes:

- Se trata de una ficción incompatible con la realidad, producto del mismo idealismo de considerar a las sociedades como organismos o sujetos de derecho, lo cual conduce a razonamientos abstractos que implican renunciar a la agudeza de descubrir la realidad detrás de los negocios.
- La atribución al órgano de una vida propia por sobre la de los socios, es completamente falsa, pues el cambio o ausencia de algunos de los individuos que integran la asamblea, es decisivo para generar cambios en las decisiones sociales.
- Que al no sesionar la asamblea de manera permanente, no puede ser reputado de órgano pues tal concepto comprende funciones de continuo ejercicio.
- Que al proponer que el órgano trasciende a los miembros, se anula la consideración individual de los mismos, perdiéndose de vista la influencia de la actuación individual sobre la social.
- El tratamiento unitario como órgano, impide diferenciar las situaciones entre socios controlantes y minoritarios y la existencia de abusos de parte de cualquiera de esos grupos.

⁸ Una reacción acertada sobre estas cuestiones en la última edición de la obra de NISSEN, Ricardo A., *“Ley de Sociedades Comerciales”*, 3era. ed., edit. Astrea, Buenos Aires 2010, tomo I, págs. 2 y sgtes.

- El mesonivel creado entre la sociedad y sus socios como “órgano”, no es una persona a la cual se le pueda atribuir voluntad o resoluciones de ninguna especie. Por ende no hay una adecuada integración entre el acto social (la resolución asamblearia) y el individual (el voto).
- Que al crear un “órgano” independiente de sus fases de actuación y de su dinámica, se pierden de vista los problemas, vicios, eventuales sanciones y por ende soluciones que puede conllevar cada etapa en términos de cooperación o competencia entre socios. Así por ejemplo, todavía se ven demandas por las que se pretende “impugnar la asamblea” (sic).
- Decir que el “órgano” constituye una “teoría” (como la gravitacional o la de la relatividad) constituye una exageración anticientífica.
- Que las ideas sociales a que accede la noción de “órgano”, el organicismo spenciariano o el institucionalismo francés, se encuentran completamente perimidas o superadas.
- Que la noción de órgano introduce una caja negra que se emplea para no asumir responsabilidades (“No fuimos nosotros. La asamblea decidió...”) o para descargar la responsabilidad ajena (“la asamblea aprobó la gestión del Directorio”).

4. Las asambleas como mecanismos sociales

Abandonar la confortable noción orgánica, presenta el problema ontológico acerca de qué es una asamblea. Por nuestra parte postulamos que una asamblea es un mecanismo social. Se trata de algo no creado por el derecho, sino que sucede como modo de adaptación del sistema social a su entorno y circunstancias, como otras tantas formas de adaptación de sistemas sociales a sus circunstancias.

Entendemos como mecanismo social al proceso causal por el cual la sociedad, que no es otra cosa más que el conjunto de individuos que la componen, adoptan decisiones sociales, cuyos efectos se extenderán a todos sus miembros. Se trata de un proceso, porque como dijimos consta de una serie de fases o etapas dinámicas donde interactúan los diferentes componentes de la sociedad. Que sea un proceso, significa que no

es una “cosa”, ni un “objeto” como se pretende que sea un “órgano”. Y es un proceso causal porque sus etapas se verifican en relación causa y efecto: las sociedades comerciales como conjuntos de personas y cosas aportadas, son sistemas dinámicos concretos porque sus componentes están sujetos a un estado de flujo permanente, pues las personas pueden morir, incapacitarse o las cosas, deteriorarse o sufrir toda clase de mutaciones.

Para comprender como funciona una sociedad, se explica revelando sus mecanismos. Esto implica saber cómo se desarrollan las asambleas y como interactúan en ella los socios y los funcionarios sociales. Una explicación basada en mecanismos expone cómo determinado hecho ocurre en el modo en que efectivamente lo hace, sin caer en meras su subunciones, interpretaciones, u obscuridades del tipo “caja negra”. La noción de órgano, en rigor de verdad, generalmente oculta el verdadero modo en que se adoptan las resoluciones sociales, desconociéndose la verdadera intención e interés que tuvo el promotor de la propuesta que recibió el voto de la mayoría. Veamos en el punto siguiente, cómo se puede analizar la conducta individual en interacción.

5. Las acciones individuales en el marco de lo social

Los componentes personales de la sociedad (socios, o funcionarios tales como directores o síndicos) desarrollan como mecanismos sociales una serie de actividades que hacen que la sociedad funcione, esto es que pueda cumplir la función para la cual fue constituida. Según nuestro punto de vista las actividades de los integrantes en su acción y en la interacción con los demás tienen por causa inmediata sus deseos, sus creencias (incluyendo la información que poseen) y las oportunidades que disponen⁹. Así la posible explicación de la conducta de un socio en relación a la sociedad que compone, puede ser razonablemente explicada sobre la base de:

1. *Explicación basada en deseos*: Un socio eligió como Director a su padre, porque su deseo es que siguiera dirigiendo la compañía.

⁹ Para la teoría de la acción basada en DBO (desires, beliefs and opportunities, HEDSTROM, Peter, “*Dissecting the social: On the principles of Analytical Sociology*”, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.; ELSTER, Jon, “*Tuercas y Tornillos*”, Barcelona, Gedisa, 1990; etc.)

2. *Explicación basada en creencias*: Un socio eligió como Director a su padre, porque en base a sus antecedentes e información que disponía, creyó que era el más idóneo para el cargo.
3. *Explicación basada en oportunidades*: Un socio eligió como director a su padre, porque en ausencia de un accionista y sesionando en segunda convocatoria, pudo designarlo como candidato, pues en otra circunstancia, no podría haberlo hecho.

6. Patrones de conducta individuales en el marco de lo social

La combinación de estos tres factores entrega una serie de patrones de actuación, que hace ya muchos años se encuentran bajo estudio y análisis por parte de sociólogos, con el fin de poder analizar cómo se desarrollan las interacciones sociales. Veamos algunos ejemplos:

- i. El patrón del *pensamiento desiderativo*: por ejemplo, el socio cree que lo que desea de parte de la sociedad, es cierto y que su deseo debe siempre verificarse en la realidad¹⁰. Tantas veces vivido por los abogados respecto de sus clientes, es un patrón de comportamiento muy común en sociedades cerradas familiares.
- ii. El *síndrome de uvas amargas*: el socio desea sólo lo que puede conseguir sobre la base de ciertas creencias, que pueden no ser ciertas¹¹. Es el patrón de la fábula clásica de la zorra y las uvas. Muchas veces la información errónea en estados contables conduce a este tipo de conducta de parte del socio.
- iii. El *deseo impulsado por disonancias*: las acciones de los otros socios conducen a un cambio en los deseos del socio, y por ende a un cambio en sus acciones¹². En la interacción en asambleas, es posible que un grupo de socios logre capturar los deseos de otro (por ejemplo, ser Director, etc.) y lo sume a su grupo mayoritario.

¹⁰ DAVIDSON, Donald (1980), *“Ensayos sobre acciones y sucesos”*, Madrid, Critica-UNAM, 1995.

¹¹ ELSTER, Jon (1983), *“Unas amargas: sobre la subversión de la racionalidad”*, Barcelona, Península, 1988.

¹² FESTINGER, Leon (1957), *“Teoría de la disonancia cognitiva”*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

- iv. La *imitación racional*: la acción de un socio influye sobre las creencias y luego en las acciones de otros¹³. Muchas veces sucede que un socio controlante, logra convencer en base a información contable al resto de los socios, sobre el curso de acciones a tomar.
- v. La *cadena de vacantes*: es un patrón que se verifica cuando las conductas de algunos socios crean nuevas oportunidades y cambian las acciones de otros¹⁴. Por ejemplo, cuando algunos socios habilitan la posibilidad de votar acumulativamente en la elección de directores y eso provoca cambios en las conductas de otros que deciden votar de ese modo.
- vi. Las *profecías autocumplidas*: una creencia inicialmente falsa, evoca una conducta que hace luego que esa falsa creencia, sea verdadera¹⁵. Si bien no precisa de muchas explicaciones, cuando un grupo de socios de un banco en una asamblea, por ejemplo, menciona enfáticamente que hay dificultades financieras que no son tales en la sociedad, es probable que esas manifestaciones terminen provocando una corrida bancaria que genere los problemas de liquidez que antes no existían.
- vii. El *patrón del "antiguo régimen"*: Un socio por cuestiones de oportunidad, hace algo que realmente no desea, como por ejemplo impugnar una decisión asamblea ría y desencadenar un conflicto. Su acción es observada por otros socios que lo imitan racionalmente, lo cual genera una disonancia y un cambio en los deseos del socio inicial, que ahora desea que el conflicto continúe¹⁶.

7. El resultado social. La impugnación posterior y sus procedimientos

Esa clase de comportamiento en interacción conduce luego a la producción de resultados sociales, que son en nuestro caso las resoluciones

¹³ HEDSTROM, Peter y SWEDBERG, Richard, "*Social Mechanisms: An analytical approach to social theory*", Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

¹⁴ WHITE, Harrison, "*Chains of opportunity system models of mobility in organizations*", Cambridge, Harvard University Press, 1970.

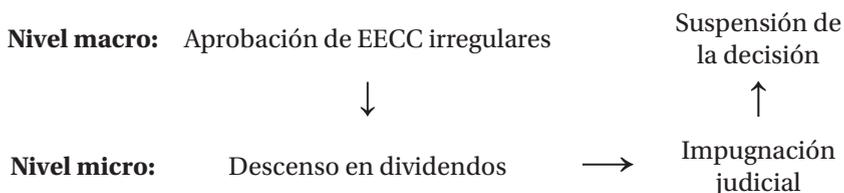
¹⁵ MERTON, Robert K. (1968), "*Teoría y Estructuras Sociales*", trad. por Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

¹⁶ DE TOCQUEVILLE, Alexis "*El antiguo régimen y la revolución*", Madrid, Alianza 2004.

emergentes del sistema. Sin embargo siempre guardan relación con acciones individuales.

Los cambios sociales sólo se explican adecuadamente en la interacción con los cambios individuales en un proceso que se retroalimenta, como adecuadamente lo explica el modelo de Coleman que relaciona adecuadamente la evolución de las acciones individuales, con los cambios en el nivel social, en un esquema que relaciona lo micro con lo macro.

Por ejemplo, la aprobación por parte de una asamblea de estados contables irregulares (por ejemplo que giran todas las utilidades a una cuenta exagerada de resultados no asignados) provoca un descenso en los dividendos que hace que un grupo de accionistas promueva una impugnación por nulidad de decisiones asamblea risa, lo que lleva al juez a adoptar una medida cautelar de suspensión de la decisión asamblearia.



Las resoluciones asamblearias que se toman, en la medida en que son obligatorias para todos los miembros del sistema, constituyen reglas que integran la estructura del sistema social, entendiendo por tal el conjunto de relaciones que tienen los miembros del sistema. Desde nuestro punto de vista el contrato constitutivo integra la estructura del sistema (pero no se identifica con el sistema en sí mismo), siendo el conjunto de resoluciones asamblearias adoptadas una consecuencia de éste, que lo reconocen por causa, pudiendo modificarlo, complementarlo o integrarlo.

Por ejemplo la resolución asamblearia que aprueba un estado contable que contiene una cuenta ajuste al capital, es integradora del contrato que contiene la cifra de capital en valores nominales. La serie sucesiva de acuerdos asamblearias, otorgan al contrato de sociedad un carácter normativo, porque disciplina la enorme variedad de acuerdos sociales que pueden ser adoptados, cuya naturaleza no es institucional, sino que reconocen una causa eminentemente contractual en la medida en que se relacione adecuadamente el nivel individual (micro), con el nivel social (macro).

Por último es necesario destacar que las resoluciones sociales pueden tener temporalmente tres efectos: relativas a un ejercicio (ej.: la aprobación de estados contables), relativas a más de un ejercicio (la elección de directorio) o permanentes (cambios en el contrato social).

Resulta evidente que los procedimientos judiciales en los tres casos deberían ser diferentes. En el primer caso, el proceso debe ser brevísimo y ventilarse en menos de un año, el actor debería notificar la demanda dentro del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción, acompañando toda la prueba; la sociedad demandada debería en un plazo similar acompañar toda su prueba, celebrarse luego una única audiencia y dictarse sentencia inmediatamente después. Todos los peritajes deberían ser de parte. Para el segundo supuesto, un proceso de tipo sumarísimo sería el aconsejable y en el tercero el proceso ordinario, podía ser el conveniente.

En cualquiera de los tres casos, no deberían poderse acumular acciones tendientes a lograr cambios en el nivel social, con aquellas vinculadas al nivel individual, como por ejemplo la responsabilidad personal de directores o de otros socios, pues claro está entorpecerían la razón de ser del procedimiento social adoptado.