

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y EL ART 89: LA RESOLUCIÓN PARCIAL VOLUNTARIA O RETIRO

María Cristina Mercado de Sala

SÍNTESIS:

Esta breve colaboración intenta responder al interrogante: *¿cómo* interpretar y ejecutar el artículo 89 de la ley general de sociedades, en relación al retiro voluntario del socio y su efecto resolutivo?, ejercitando la libertad de contratar y la autonomía de la voluntad, compatibilizadas con el interés social, el de los share y stakeholders y el de los diferentes portadores de interés en la empresa. *SE propone incorporar cláusulas expresas orientadas a la prevención del conflicto de intereses, preservando la conservación de la empresa económica y socialmente viable conforme al art. 100 LGS.*



Juan Pablo II, el 11 de abril de 1987, expresó a los empresarios reunidos en el Luna Park que: ***“Las empresas son expresiones legítimas de la libertad”... y “En las empresas económicas son personas las que se asocian, es decir hombres libres y autónomos... .Por ello teniendo en cuenta las funciones de cada uno, propietarios, administradores, técnicos, trabajadores y quedando a salvo la unidad necesaria en la dirección se ha de promover la activa participación de todos...”***

Considerando nuestra disciplina jurídica, recordemos la sección décimo segunda LGS denominada *“De la resolución parcial y de la disolución”*, institutos cuyos efectos y fines no son coincidentes. Mientras que la resolución parcial del contrato afecta directamente el vínculo del/los socios entre sí y con la persona jurídica sociedad que subsiste, el supuesto disolución implica la extinción de la sociedad pudiendo o no también extinguirse la empresa como actividad organizada. Asimismo, la resolución parcial por retiro voluntario no está operativamente considerada y sólo contamos con los arts. 90, 91, 92 y 93 LGS, que no refieren al mismo, sin perjuicio de que los principios en los que se asientan,

puedan tenerse en cuenta, en oportunidad de valorar los efectos que produce el retiro voluntario. Es la causa de la extinción del vínculo la que difiere.

El artículo 89 hace referencia a causales contractuales que los socios pueden prever en el contrato constitutivo de resolución parcial y disolución no previstas en la ley y corresponde al operador jurídico creativamente y conforme la autonomía de la voluntad y el sistema jurídico interpretar alcances y límites a tener en consideración en oportunidad de redactar la/las cláusulas contractuales, todo ello en virtud de los diferentes intereses un juego y en lo voluntad expresa de prever el conflicto de intereses en juego.

Si todos coincidimos en la existencia de intereses contrapuestos superpuestos y yuxtapuestas que confluyen y se compatibilizan en el contrato social, no podemos obviar la necesidad de atender a los mismos y a sus portadores en ocasión tanto de la resolución como de la eventual disolución. No aparece explícito en la LGS el llamado interés social, que no toda la doctrina reconoce y que el Dr. Jaime Luis Anaya describe magistralmente en el capítulo denominado “Consistencia del Interés Social”¹, dejando en claro la diferencia entre lo que es el la causa contractual y del vínculo del socio y otra la empresa y su continuidad y subsistencia.

Citando nuevamente al Dr. Anaya Luis Jaime, en Anomalías Societarias, recordemos el “*caso Dodge vs. Ford*”, en el que la Justicia de Michigan, USA, resolvió en 1919, a favor del Sr. Dodge que reclamaba a Ford que “*teniendo la sociedad demandada un capital de Dos millones de dólares y reservas por ciento doce millones de la misma moneda, distribuía dividendos mezquinos*”. La defensa de la demandada sustentaba en notable coincidencia con Rathenau, que la finalidad esencial de la compañía no era *producir lucros para distribuirlos a sus accionistas, sino reinvertir el máximo posible para crear nuevos empleos y aumentar el nivel de vida de la comunidad entera*².

Desde 1919 a la fecha hemos evolucionado lo suficiente como para ver a la Empresa como organización a la que se le reconoce un valor en sí mismo.³ Actualmente hablar de RSE (responsabilidad social empresaria) y Empresas B es común. En 2004, 200 empresas argentinas firmaron en la Biblioteca Nacional

¹ ANAYA, J. L., *Anomalías Societarias*, libro colaborativo, Advocatus, Cba., 1992, p. 211.

² ANAYA, ob. cit., p. 222. “*El fallo declara que una sociedad es constituida y existe únicamente en provecho de sus socios y accionistas. Los poderes de los administradores deben tender a lograr ese objetivo. El poder discrecional de los administradores se debe ejercer en la selección de los medios apropiados para realizar ese propósito, pero no alcanza hasta el punto de alterarlo, de reducir los lucros o de no declarar dividendos a los accionistas con el propósito de destinarlos a otros fines*”.

³ ALEGRIA HÉCTOR, “La empresa como valor y el sistema jurídico”, La Ley 2006, D-1172.

el Pacto Global de Naciones Unidas, y a la fecha muchas se han agregado. Un significativo número de ellas están comprometidas con los llamados ODS (Objetivos de Desarrollo Sustentable).

A. Ley General sociedades: recordemos en el contexto relatado, los artículos 1, 11,13, 62, 63 2 incisos b c. , II b c, etc., 64, 65,66,68, y 70. En este último artículo, corresponde dar contenido a la expresión “*podrán en cualquier tipo de sociedad constituirse otras reservas que las legales siempre que las mismas sean razonables y respondan a una prudente administración*”. Y para ello deberíamos a los efectos del tema que tratamos, recordar que a partir del contrato suscripto por los constituyentes y de sus conductas en la ejecución del mismo, considerar la *organización de empresa de que se trata. Una cosa es haber diseñado “una organización cerrada, esto es una empresa que no recurre al ahorro del público en el mercado para financiar su capital de riesgo, pues lo hace exclusivamente a expensas de sus socios, que se hallan involucrados directamente, si se prefiere personalmente en la explotación de la empresa social, tanto por razón de la actividad desenvuelta como por la persona de los consocios, lo cual a su vez se traduce en la exigencia de una más que notable estabilidad en su composición subjetiva y, por consecuencia, en una reducida liquidez de la participación social”*⁴. Esto es hablamos de inversores empresariales y no financieros, y a nivel tipo societario los distinguimos de las sociedades que recurren al mercado de capitales, que se diferencian por la total fungibilidad de socios, no corresponde considerar el retiro voluntario ni la resolución parcial y tienen normas específicas.

B. De la autonomía de la voluntad. Libertad contractual y su alcance: límites al principio. El Código Civil y Comercial unificado artículo 958, establece que “*las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. El 959 expresa: “Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”*.”

El doctor Jorge Mosset Iturraspe⁵, expresaba “*el principio de que los individuos pueden regir entre si sus relaciones de derecho por medio de sus voluntades libremente concertadas presuponen una equivalencia entre las partes y entre las prestaciones que la realidad de los días que vivimos desmiente*”. Es por ello

⁴ MASSAGUER, J., catedrático de Derecho mercantil Universidad Pompeu Fabra, “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, Barcelona 1994.

⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Manual de Derecho Civil - Contratos*, B. Omeba, Bs. As., 1961, p. 52.

que resulta indispensable en oportunidad del retiro voluntario de un socio compatibilizar de la forma más equitativa posible los diversos intereses en juego, sin que el socio termine “atrapado”, en un contrato que por su finalidad tiende a ser de larga duración, ni la sociedad imposibilitada de cumplir un Plan de Empresa y estrategia de negocios por financiamiento ponderado oportuna y suficientemente considerado al aprobar el Plan.

El art. 11 incs 3, 4 y 5 al referirse al objeto, capital y plazo de duración refiere principalmente a la persona jurídica, pero en realidad al fijar el plazo también establece la duración del vínculo entre los socios. El vínculo se extingue por causas naturales o voluntarias, muerte, exclusión, receso, retiro voluntario, y/o transferencia voluntaria o mortis causa, según sea el tipo o lo disponga el contrato. En principio, objeto, capital y plazo, tienen una relación inescindible para alcanzar la finalidad común y el interés social.

Al establecerse el plazo en consideración de los mencionados indicadores, el contratante que en principio es libre para contratar o no, al contratar deja de ser libre “*es el hombre encadenado “ha tenido libertad para entrar en la convención pero no para salir de ella”*”⁶.

C. Causales no previstas por la ley. Por el art. 89 los socios en el contrato de sociedad pueden prever causales de resolución parcial “*no previstas en la ley*”. Una ellas, podría ser el establecimiento de un plazo a partir del cual cualquiera de los socios o aquellos que reúnan ciertos requisitos (por ej. alcanzado determinada edad en las empresas cerradas y de profesionales, sociedades personalistas) podrían preavisar a la sociedad su voluntad de ejercitar el retiro voluntario. En otros casos, el supuesto de que la sociedad haya alcanzado cierto equilibrio en el cumplimiento del plan de empresa o la rentabilidad esperada o la posibilidad de alcanzar el equilibrio en período mayor al plan de empresa y proyecto de inversión razonablemente previstos. Todo ello en tanto el art. 1 específicamente prevé el ánimo de participar en las ganancias y la obligación de soportar las pérdidas (art. 92 expresamente contempla para el caso de la exclusión). La pregunta sería ¿cuántos balances con patrimonio neto negativo? Otro supuesto podría ser, que la transferencia de las participaciones tuviera restricciones que restringieran el número de interesados a adquirirlas (la restricción no puede derivar en una prohibición, ej. art. 153), o definitivamente no hubiera interesados. Esto ocurre en los casos de las sociedades cerradas, entendiendo las mismas no como el supuesto de las SA que no hacen oferta pública, sino a aquellas que en la realidad son cerradas cualquiera fuere su tipo societario. Por ejemplo, las llamadas de familia, las de profesionales en las que su know how o prestigio personal inte-

⁶ MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 51.

gran el activo intangible de la sociedad y no hay forma de que pueda darse la fungibilidad de los socios, o en las que se tiene una participación tan exigua que nadie tendría interés en cotizar la compra de la participación, ya sea ésta una parte de interés, cuota o acción. En pocas palabras, “no existe Mercado” para ellas.

Mantener “atrapado” a un socio por el solo hecho de que se haya establecido un plazo de duración, en consideración de la permanencia de la persona jurídica resulta definitivamente contraproducente a la sana convivencia y a la necesaria colaboración, consenso y empatías que deben primar para alcanzar la voluntad societaria en función del interés social. Es la causa por la que surgen las minorías obstructivas como contrapartida a las mayorías abusivas. (Recordemos a Dodge vs Ford). En ambos supuestos, no se consideran los intereses de la otra parte.

La permanencia del vínculo necesaria a la perdurabilidad de la persona jurídica, deviene en contratos de larga duración, que el *art. 1011 del CCCUN* contempla. *“En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.*

Debemos compatibilizar este art. con el *100 LGS* que prevé la conservación de la empresa y la continuidad de la sociedad si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. En caso de duda, se estará a la subsistencia de la sociedad, cabe agregar que ello será posible siempre que la convivencia social no se haya tornado inviable. Todo ello sin perjuicio del art. 94 inc. 1 que establece la disolución voluntaria.

La lógica interpretación e integración de las normas conformando un único sistema jurídico, deviene en seguridad jurídica, en tanto se alcanza la sana compatibilización del derecho e interés individual del socio que ejercita su derecho contractualmente reconocido a ejercitar, “retiro voluntario” y el derecho e interés social objetivado en el de las personas de los socios que subsisten y el de conservar la empresa viable económica y socialmente considerada, de tal forma que continúe la actividad creando “empleo y aumentando el nivel de vida de la comunidad entera” (Defensa de Ford).

En el otro extremo se encuentran las teorías institucionalistas que, como expresa el Dr. Anaya *“tienen a la sociedad como una mera estructura formal, una vez dotada de recursos por los suministradores de capital -los socios- desarrolla una actividad productiva que debe atender primordialmente al crecimiento y la*

expansión de la empresa. En este Polo interpretativo el interés social ha desembocado por esta en vías de dar prioridad a intereses extra sociales”⁷.

Menciona el maestro a Rathenau⁸, quien en Alemania consideraba que” la finalidad de la compañía de navegación era servir a los intereses de quienes esperaban que los barcos navegasen por el Rhin cumpliendo un puntual y eficiente servicio a la comunidad” (hoy hacemos referencia a los derechos del consumidor) lograr ese objetivo. Hoy hablamos de RSE y Empresas B, en referencia a otros fines de la actividad organizada, que en nuestra opinión requieren de una declaración de tal misión oportuna y expresamente aprobada por quienes conforman la voluntad social. Aún cuando Ford pudiera aducir que su empresa puso en el mercado automóviles accesibles, hasta para los de modestos ingresos.

La defensa de ambas opiniones, evidencia la posibilidad del conflicto de intereses entre las posiciones que puedan adoptar los socios/accionistas, en empresas cerradas. el desafío es prever en el contrato constitutivo causales de resolución (art. 89) y retiro voluntario.

Consideraciones a tener en cuenta. Conclusiones

El desafío a la hora de redactar cláusulas **de causales contractuales de retiro voluntario**, es precisamente compatibilizar razonablemente los distintos intereses, tanto los directamente emergentes del contrato, como los de los llamados stakeholders y/o portadores de interés que devienen de la empresa considerada como valor, y como actividad organizada orientada al proceso productivo competitivo en virtud de un Plan de Empresa Estratégico y Proyecto de Inversión con rentabilidad esperable, de tal forma que incentive el emprendedurismo, aminore el “*risk aversion*” (miedo a arriesgar), optimice el ahorro en fuentes de trabajo productivas y no simplemente en procura de la renta financiera especulativa.

Derecho de retiro voluntario: Es el retiro ejercido por el socio habilitado al mismo por una causal prevista en el contrato conforme lo dispuesto por el art. 89 LGS .y constituye una especial facultad reconocida por el contrato social y derivada de su posición como socio, *siempre que la misma se ejerza en condiciones “colaborativas no abusivas respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato” y el plan de empresa en funcionamiento al momento de comunicar la voluntad de retirarse, dando a la sociedad la oportunidad razonable de acomodarse conforme al patrimonio neto , las reservas y provisiones oportunamente aprobadas, y la realidad de la empresa al momento de ejercer la opción.*

⁷ ANAYA, op. cit., p 220.

⁸ ANAYA, op. cit., p 222.

Es válida su reglamentación en favor de los socios, con el límite del art. 1011 CCCUN, el supuesto del art. 92LGS en cuanto a efectos, y protección de la empresa, los terceros (stakeholders) y demás socios y el art. 100 LGS.

Tiene plena vigencia y aplicabilidad el art. 70 LGS y los arts. referidos a balances y estados contables. Debe informarse adecuadamente la constitución de reservas para un eventual ejercicio del derecho de retiro ejercitado en los términos contractuales.

Alternativas

a. Patrimonio Neto Positivo: se abona la participación con ganancias o reservas. (sustracción de ganancias a distribuir). (Méndez, considera que ⁹ toda reserva pertenece a los socios o accionistas, y no a terceros, ni está formada con aportes de estos, sino con utilidades líquidas y realizadas de la empresa-) Constituyen un derecho eventual que se determina cuando las reservas se distribuyen por su desafectación o se liquida la participación del socio o la sociedad se liquida y disuelve (cuota de liquidación). La Res. Técnica FACPCE 9, cap. V B l reza “las ganancias reservadas son aquellas ganancias retenidas en el ente por explícita voluntad social o por disposiciones legales, estatutarias u otras, cuya composición debe informarse adecuadamente”

b. PN Negativo: En principio correspondería al socio plantear saneamiento y reintegro en su proporcionalidad o aplicar las normas legales de reducción y/o disolución, según correspondiere.

c. En todo caso podrá contemplarse el reembolso de la participación (partes, cuotas o acciones) conforme a distintos supuestos valuación, de cancelación, plazos, moneda, de tal forma que exista una compatibilización adecuada de los distintos intereses y derechos.

d. No necesariamente deberá reducirse el capital en tanto el reembolso podrá realizarse a partir de reservas (en el caso Dodge vs. Ford existían reservas suficientes si en lugar de plantear el conflicto por los dividendos hubiera elegido la vía del retiro voluntario, de haber estado previsto. Todo ello sin perjuicio de que Ford hubiera optado por el rescate).

⁹ VERÓN, Alberto Víctor, *Tratado de los conflictos societarios*, La Ley, Bs. As., 2006, p 223,