

LA REVOCABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES ASAMBLEARIAS

QUE DAN DERECHO DE RECESO

por Alfredo L. Rovira

I. INTRODUCCION

El derecho de receso, instituto discutido tanto por la doctrina nacional como por la extranjera plantea un sinnúmero de cuestiones sumamente interesantes para el estudioso de la materia societaria. Pero, sin duda una de las problemáticas más arduas gira en torno de la posibilidad de admitir que la sociedad, en la que tal derecho se ejerza, pueda revocar la resolución asamblearia que le diera origen enervando así la efectivización de su ejercicio.

La cuestión, que fuera motivo de pronunciamiento por parte de los tribunales capitalinos, (1) debe enfocarse relacionando dos aspectos esenciales para su adecuado enfoque, a saber: a) el valor de la voluntad social expresada como manifestación concreta del interés social y b) la defensa de los intereses individuales de los accionistas dentro del contexto de los principios básicos que orientan la legislación societaria.

II. Principios básicos

Nuestra doctrina ya ha tenido oportunidad de expresar en forma ordenada y concreta cuales son los principios básicos que orientan la filosofía de nuestra ley de sociedades comerciales (LS). Ellos son: a) el interés público; b) la seguridad jurídica; c) el principio de la conservación de la empresa; d) el interés social; e) el interés de los terceros y f) el interés particular de los socios participantes. (2)

Los mismos no deben entenderse receptados en forma indiferente ni indistinta por nuestro legislador. Siguiendo las orientaciones de los máximos exponentes legislativos del derecho comparado se aprecia que nuestra LS ha establecido una escala de valores de forma tal que, en la medida que no se afecten los postulados esenciales que hacen al interés público y la seguridad jurídica, su normativa tiende a preservar en primer lugar el interés social para seguidamente atender en tal orden, al interés de los terceros vinculados de una u otra forma con la estructura social y luego al interés particular de los socios o accionistas.

III. La Asamblea. Su rol en la Sociedad Anónima

El funcionamiento del órgano de gobierno, la asamblea, requiere una normativa precisa que sienta básicamente los postulados arriba descritos y es por ello, además de atenderse a la peculiar estructura de

la sociedad anónima, que es indiscutible el principio general de que la asamblea es el órgano expresión de la voluntad social, como ente, que se consagra por la vía de la supremacía de la voluntad mayoritaria de los accionistas que la componen. Así, se ha dicho que en materia de resoluciones asamblearias es de la esencia la "sumisión a los acuerdos legítimos de la mayoría" ya que la sociedad anónima por su carácter esencialmente capitalista y corporativo rechaza cualquier limitación que pueda derivar de la sola voluntad individual de los socios. (3)

La asamblea tiene la facultad de resolver todas aquellas cuestiones que exceden el marco de la normal administración social y en tal contexto no sólo le incumbe marcar las pautas directrices a las que el órgano de administración deberá someterse sino que también puede alterar reglas que hagan al conjunto de los derechos y obligaciones de los socios. Esta última cuestión no llegó a aceptarse sino después de una marcada evolución del rol que a la asamblea le corresponde desempeñar así como luego de precisar el alcance y valor del estatuto social partiendo de su distinción con el acto fundacional. Ello es así ya que las tesis contractualistas, en sus orígenes, sólo reconocían a la asamblea el carácter de órgano competente para acordar aquellas modificaciones estatutarias expresamente previstas y atribuidas a su competencia siguiendo el criterio de las "bases esenciales" de la sociedad desarrollado por la jurisprudencia francesa.

Este criterio de las "bases esenciales" al decir de Velasco Alonso conduce a la teoría de los derechos individuales de los accionistas que fue aún más desarrollada por la doctrina alemana, a partir del Código de Comercio de 1897, para limitar así el poder onmímico de la asamblea. (4)

En efecto, ello es así por cuanto la premisa básica de todo órgano colegiado cual es el valor de la mayoría como determinante de la formación de la voluntad del órgano no ha sido suficiente para justificar un poder absoluto e incontrolado de las mayorías en la formación de la voluntad social capaz de justificar cualquier desafuero. La expresión mayoritaria no puede conculcar la legalidad formal y material de sus resoluciones ni el interés social.

Surgen así dos derechos reconocidos no sólo en nuestro derecho sino también en el comparado que consagran la legitimidad de impugnar resoluciones asamblearias y de separarse del contrato social en supuestos de disconformidad con la voluntad mayoritaria.

IV. El derecho de receso

Ante lo expuesto aparece el derecho de receso como institución atípica que contradice abiertamente la esencia misma de la sociedad

anónima ya que como se señalara más arriba aún a pesar de las doctrinas contractualistas, cada vez más se percibe y reconoce que el objeto de la sociedad anónima es la realización de los intereses de la empresa objetivamente considerados independientemente de los intereses de los socios y eventualmente hasta con el sacrificio de los mismos.

Sin embargo, se ha advertido y reconocido que el instituto del receso constituye un antídoto de los poderes ilimitados de la asamblea de accionistas que provee una forma de protección a las minorías en aquellos supuestos de disconformidad esencial con la voluntad mayoritaria. (5)

Sin duda la inspiración eminentemente contractualista de la doctrina que propugnara la incorporación de este derecho ha motivado la necesidad de encuadrarlo en forma acorde con los principios superiores que gobiernan a la sociedad comercial.

V. RECESO: Derecho político o patrimonial?

Se ha sostenido que el derecho de separación del socio así como el mecanismo de la exclusión de socios son, en general, instituciones que pretenden salvar la subsistencia de la sociedad amenazada por intereses individuales de un socio. Es decir que si bien se pretende encontrar en él una "salida airosa" para el socio minoritario en desacuerdo con la resolución social también se ha visto en la figura del receso un mecanismo que preserva la continuidad de la empresa.

En resumen el origen del derecho de receso se trasluce al constituirse en obstáculo cierto a todo intento que conduzca a modificar los presupuestos básicos o esenciales que determinaron el ingreso del socio al pacto social abriéndosele al disconforme la posibilidad de retirarse.

Ello explica porqué las legislaciones han aceptado con tanta severidad y restrictéz los supuestos que dan cabida al derecho de receso. También así se entiende que se discutiera con ahínco si es posible admitir casos legalmente no contemplados pero sí voluntariamente regulados en el contrato. (6)

Es que en su esencia el derecho de receso juega como una suerte de complemento de la tradicional función del voto como derecho político propio del "status socii".

No hay discusión doctrinaria en cuanto este derecho es de naturaleza individual y por tanto irrenunciable en abstracto. Pero por virtud del efecto último del mismo, cual es el reembolso del valor de la parte social del interesado, pareciera reconocérsele el carácter de derecho patrimonial, asimilándosele quizás al derecho al dividendo o a la cuota de liquidación? (7)

La cuestión, si bien a primera instancia parece baladí no resulta serlo cuando se medita sobre los efectos últimos de tal conclusión.

A. Velasco Alonso nos señala que en el derecho norteamericano se precisó que el derecho a separarse constituye un derecho accesorio o procesal distinto de los derechos relativos al control y administración de la sociedad (al voto) y diferente de los derechos económicos o patrimoniales (al dividendo y a la cuota de liquidación). (8)

Por definición los derechos a percibir el dividendo y la cuota de liquidación revisten el carácter de derechos concretos que se originan en la calidad de socio pero reconocen a su titular el status de acreedor simple y llano de forma tal que la sociedad por sí y sin el acuerdo de su titular no puede revocar el derecho ya adquirido al declararse el dividendo o aprobarse la distribución final. Es que a partir de ese instante el socio si bien mantiene su calidad de tal, es considerado tercero acreedor.

Como veremos más adelante, distinta es la situación en el receso pues como ya tenemos dicho la "ratio legis" no es generar en esencia un derecho patrimonial sino constituir al minoritario en un vallado para la imposición de la voluntad mayoritaria. Es que indirectamente, se está "calificando" el voto del disconforme quien con su actitud de defensa de su posición relativa en el contrato social puede llegar a alterar ese principio tan remanido de que es la mayoría la que forma la voluntad del ente.

Lo expuesto me lleva a concluir que mal puede asimilarse el derecho de receso a los llamados derechos patrimoniales por excelencia, éste es, el derecho al dividendo y a la cuota de liquidación.

A mayor abundamiento debe recalcar que la finalidad última no es el generar un derecho patrimonial al accionista disidente. Su derecho al reembolso es sólo una consecuencia necesaria de su retiro de la sociedad. Se pretende darle un remedio al accionista que sea imponente para evitar una resolución que altere la esencia del contrato originariamente suscripto. Adviértase que tanto la teoría de la Ley como la del Contrato que se elaboraron para fundamentar el derecho de receso, reconocen como último fundamento del instituto el encontrar "un remedio contra el poder ilimitado de las asambleas para modificar los pactos sociales" (9) o como "solución cuando desaparecen las condiciones que el legislador presupone que determinaron la adquisición de la cualidad de accionista" (10).

VI. El Receso. Efectos. Revocabilidad

Desde la declaración de receder hasta que se produce la liquidación y pago de la cuota tiene lugar un proceso a través del cual se

desenvuelve el instituto.

Tal proceso se inicia ante el replanteo que necesariamente la sociedad debe hacerse respecto de las consecuencias que le acarrearán efectivizar el valor de las partes de los recedentes.

Este análisis debe realizarse desde dos ángulos: a) su incidencia en el futuro de la sociedad; b) su repercusión ante los acreedores sociales. Evidentemente que lo arriba expuesto se conjuga por su repercusión en un factor esencial del contrato social, cual es el capital. El derecho de receso en cierta forma afecta el principio de intangibilidad del capital ya que el reembolso lo disminuye en igual proporción. Es regla que el receso, por lo general implicará una reducción del capital social, salvo que el reembolso se efectivice mediante la utilización de reservas libres o utilidades líquidas y realizadas.

Ello significará que la reducción deberá ser resuelta por una asamblea de accionistas generándose en consecuencia el derecho de oposición de los acreedores. Queda así entendido que hasta tanto ellos no queden desinteresados o garantizados el derecho de receso no puede efectivizarse mediante el correspondiente reembolso.

VII. Ponencia: La resolución asamblearia que da derecho a receder es susceptible de revisión por asamblea posterior.

El enfoque global de la repercusión que para el ente puede tener el ejercicio del derecho de receso lleva a aceptar que es legítimo que una asamblea posterior se retracte de su primitiva resolución a los fines de que la declaración de receder no produzca efecto.

Ello debe ser así admitido pues en vista del grave perjuicio que puede irrogar el receso, tanto para el desenvolvimiento de sus actividades en curso como para enfrentar sus planes futuros, debe prevalecer el interés social sobre el interés particular del accionista recedente lo que deberá conducir a mantener inalteradas las bases esenciales del contrato, produciéndose así una compatibilización de los intereses individuales del accionista recedente que no deberá soportar la voluntad mayoritaria contraria a sus miras al ingresar a la sociedad.

Se ha señalado la dificultad que encierra para el accionista recedente la situación de incertidumbre que acarrearía una postura como la por nosotros expuesta.

En el derecho comparado se ha contemplado tal situación dando un plazo relativamente breve a la sociedad dentro del cual podrá rever la resolución que originara el receso. (11)

- (1) Autos "Riello, Manuel y otros c/ Grimaldi S.A.". ED. T. 88 p. 250.
- (2) Zaldívar, E.; Manóvil, R.M.; Ragazzi, G.E. y Rovira, A.L. "Cuadernos de Derecho Societario". Vol. III, 2da. Edic. pág. 5 y ss.
- (3) Velasco Alonso, A. "El derecho de separación del accionista", pág.22.
- (4) Velasco Alonso, A. ob. cit. pág. 52.
- (5) Adviértase, sin embargo, que no sólo es un freno a las mayorías sino también pretende ser un instrumento tendiente a preservar la continuidad de la sociedad. (Garrigues, J. "Tratado de Derecho Mercantil", pág. 1187 y ss.).
- (6) En el C.C. Italiano de 1942 está contemplado en el art. 2437 sólo para los supuestos de cambio de objeto o de tipo social y por traslado del domicilio al extranjero. El art. 2343 lo prevé para los supuestos de incumplimiento del deber de aportar en especie.

En la Ley española de S.A. de 1951 está regulado en el art. 32 por causa de aportes en especie; art. 85 por cambio de objeto y arts. 135 y 144 por transformación o fusión.

En la ley general de sociedades mercantiles de Méjico del 28/7/1943 está contemplado en el art. 206 para los casos de cambio de objeto, de nacionalidad y de transformación admitiéndolo sólo para los que votaron en contra de la resolución.
- (7) Richard, E.H. "Derechos patrimoniales del accionista", pág.210
- (8) Velasco Alonso, A., ob. cit. pág. 45.
- (9) Vivante, E. "Tratatto de D. Mercantil",T. II. pág. 268.
- (10) Donadio "Il diritto di recesso del socio per modifiché statutaire", pág. 33 y ss.
- (11) En el derecho español, a diferencia del italiano, el derecho de receso debe ejercerse dentro del plazo de 3 meses a contar de la inscripción de la modificación contractual en el Registro Mercantil. Con ello se atenúa de alguna forma el problema ya que hasta el registro queda claro que la resolución que genera el receso no es eficaz. Sin embargo, queda pendiente el posible caso de demora en los trámites registrables por parte de la sociedad. La ley uruguaya 14.578 del año 1976 acuerda a la sociedad la facultad de revocar la resolución en los casos en que esté comprometida la estabilidad o el funcionamiento de la sociedad, facultad que puede ser ejercida dentro del plazo de 30 días siguientes a la última reclamación planteada por los accionistas. También la ley brasileña de sociedades por acciones N° 6404 de 1976 prevé la posibilidad de reconsiderar la resolución convocando a Asamblea dentro de los 10 días siguientes al término del plazo para manifestar la voluntad de receder si entendieren que el reembolso de las acciones pondrá a riesgo la estabilidad financiera de la Empresa. (art. 137).