

DEBE REGULARSE LA POSIBILIDAD DEL RETIRO DEL SOCIO COMO ALTERNATIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA

HERNÁN JUAN FRANCISCO RACCIATTI

RESUMEN DE LA PONENCIA

En una futura reforma legislativa se propone que se considere la creación de un sistema que prevea, para las sociedades anónimas cerradas, la posibilidad de que ante el supuesto de que quienes tienen el control de la sociedad realicen en forma reiterada actos contrarios a la ley, el estatuto y el reglamento y perjudiciales para uno o algunos de los socios, se otorgue a éstos, como medida de excepción, el derecho de retirarse de la sociedad correspondiendo la adquisición por la sociedad de su participación societaria.

Debe regularse la posibilidad del retiro del socio como alternativa de resolución de conflictos en la sociedad anónima cerrada.

PONENCIA DE LEGE FERENDA

En una futura reforma legislativa se propone que se considere la creación de un sistema que prevea, para las sociedades anónimas cerradas, la posibilidad de que ante el supuesto de que quienes tienen el control de la sociedad realicen en forma reiterada actos contrarios a la ley, el estatuto y el reglamento y perjudiciales para uno o algunos de los socios, se otorgue a éstos, como medida de excepción, el derecho de retirarse de la sociedad correspondiendo la adquisición por la sociedad de su participación societaria.

I- LOS CONFLICTOS INTRASOCIETARIOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA

Entendemos que una de las particularidades de nuestro derecho societario, probablemente acentuado a partir de la reforma introducida por la ley 22.903, es la polivalencia y flexibilidad de la sociedad anónima en cuanto su aptitud como forma jurídica de organización que puede adoptar tanto la gran empresa como la pequeña o mediana¹.

Y también, ya que expresamente así está considerado en la ley 19.550, es abarcativa a través de, prácticamente casi un único régimen, tanto de las sociedades anónimas abiertas como de las cerradas.

El artículo 214 de la ley 19.550 sienta el principio de la libre transmisibilidad de las acciones el cual debe ser considerado característica esencial y rasgo tipificante de la sociedad anónima², más allá

¹ En relación a la polivalencia de la sociedad anónima, merecen destacarse las palabras de Odriozola quien indica que "...el régimen de nuestra ley posibilita diferentes modelos de sociedades anónimas, cuyo mantenimiento es plausible; que la crisis de la noción de sociedad anónima respecto de su tipo clásico y su permanente evolución nos lleva a la búsqueda de una ajustado equilibrio en el reconocimiento y extensión de los derechos de los accionistas con adecuada y profunda valoración del interés social, atendiendo al dimensionamiento de la sociedad..."; vid., ODRIOZOLA Carlos S., "Los diferentes modelos de sociedades anónimas y los derechos de los accionistas", ponencia al Congreso Argentino de Derecho Comercial, celebrado en la ciudad de Buenos Aires, septiembre de 1990. Referencias vinculadas a este tema pueden verse, también, en NISSEN Ricardo, "Ley de Sociedades Comerciales", Tomo 2, pags. 159/160, edit. Abaco, 1994; BAKMAS Iván, "El principio mayoritario y la unanimidad en las decisiones asamblearias", en La Ley, boletín del 12 de mayo de 1997, pag. 4; ZUNINO Jorge, "Sociedades Comerciales. Disolución y liquidación", Tomo 1, pags. 77 a 82, edit. Astrea, 1984.

² Conf. NISSEN Ricardo, ob cit. Tomo 3, pag. 236/237; MARTORELL Ernesto E., "Sociedades anónimas", pag. 160, edit. Depalma, 1988; en igual sentido se expresa Mascheroni al

de que la propia norma citada admite la limitación de dicha transmisibilidad en la medida que no conlleve impedir *rectius* prohibir su transferencia.

Sin embargo, parece algo claro en la realidad social que este principio de libre transmisibilidad reviste más el carácter de una especie de afirmación de principios que norma regulatoria de situaciones reales, desde que es evidente la inexistencia de un mercado para las participaciones sociales minoritarias de sociedades cerradas que se componga de un mayor número de interesados que aquellos que ya son socios de la misma³.

Y tal situación contribuye a acentuar y aumentar la escalada del conflicto societario que puede presentarse entre accionistas minoritarios y una mayoría que, arbitrariamente, abuse perjudicialmente respecto los primeros o haga prevalecer sus propios intereses en relación al interés social, ya que al no existir mercado que posibilite la salida rápida de la misma percibiendo el correspondiente valor de su participación, se presentará la existencia, e imposible convivencia, de grupos en pugna en posición de notoria hostilidad recíproca con importante influencia negativa en la vida de la sociedad⁴.

Además, no debe olvidarse que en la sociedad cerrada el socio no es un "inversor", sino que, por el contrario, su carácter de tal viene, por lo general, anexo a una actividad en la sociedad que constituye muchas veces su medio y forma de vida, su trabajo, lo cual sumado

afirmar que "...en la libre circulación y negociabilidad se encuentra el sentido y razón de ser de la sociedad anónima..."; MASCHERONI-Fernando, "Sociedades anónimas", pag. 79, Edit. Universidad, 1993.

³ Como lo expresa Zunino, "...la posibilidad técnica de transferir los títulos participativos no significa que en la realidad práctica puedan ellos ser transferidos..."; ZUNINO Jorge O., ob cit., Tomo 1, pag. 80. En realidad, un pequeño mercado podría existir en sociedades cerradas que ocupan una porción del mercado, en relación a empresas de gran envergadura que pretenden quedarse con el espacio ocupado por ese competidor o radicarse en el país con una base de apoyo ya existente; pero, generalmente, se trata de compras de paquetes de control o de totalidad de las acciones.

⁴ Vinculado al tema de los conflictos siempre latentes entre mayorías y minorías en las sociedades comerciales, puede verse RACCIATTI (h) Hernán, "Abuso de derecho por las minorías en el marco societario", en R.D.C. y O., año 1991, Nros. 139/141, pag. 227, y la numerosa doctrina allí citada. Refiriéndose a los conflictos intrasocietarios Yves Guyon reflexiona que, muchas veces, la defensa de una sociedad como la de un estado no supone solamente repeler al enemigo venido del exterior, sino también luchar contra la subversión interna; citado por, COZIAN Maurice y VIANDIER Alan, "Droit des sociétés", neuvième édition, pags. 327 y 328, éditions litec, Paris, 1996.

a la iliquidez de su participación incrementa, como dijimos, la posibilidad y crudeza del conflicto⁵. El hecho de que recaiga, en forma usual, en las mismas personas tanto el carácter de socio como el de administrador de la sociedad, es otra particularidad de la sociedad cerrada que se presenta como germen de conflicto cuando existen desavenencias entre grupos de socios y los minoritarios son excluidos de la administración.

Compartimos, entonces, la idea de que la potencialidad del conflicto intrasocietario y de abuso en relación a accionistas minoritarios es mayor en la sociedad cerrada que en la abierta⁶. Contribuye a ello, como lo dijimos, la directa relación entre propiedad del capital y la administración social y la imposibilidad de resolver la situación con la venta de las acciones en el mercado, lo que permitiría al socio disconforme u oprimido rescatar en forma inmediata su inversión.

No se nos escapa que nuestro ordenamiento societario tiene importantes normas para restablecer el orden jurídico interno cuando las reglas que gobiernan el mismo son violadas por un grupo de socios en perjuicio de otro, pero también se hace necesario tener presente que muchas veces cuando los socios perjudicados por el comportamiento contrario a derecho las ponen en marcha, no buscan la recomposición del orden quebrado sino crear el clima necesario que lleve a la compra de sus acciones por su valor real.

Aún más, en ocasiones la continuidad de la co-existencia de los dos grupos de socios puede resultar intolerable e inconveniente, y los propios socios fracasar en su intención o disposición para terminar la situación conflictiva en forma voluntaria⁷.

⁵ Conf., ALFARO AGUILA-REAL Jesús, "Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", en Revista de Derecho Mercantil, Nro. 222, octubre-diciembre de 1996, pags. 1112/1113, y cita 58 al pie de la última página indicada. El fenómeno es destacado en el derecho norteamericano por Tara J. Wortman, quien expresa que "...close corporations must have mechanisms to deal with deadlock that could dangerously curtail the ability to run the business, especially since investment in the close corporation is often the sole source of income for close corporation shareholders..."; WORTMAN Tara J., "Unlocking lock-in: limited liability companies and the key to underutilization of close corporation statutes", en New York University Law Review, Vol. 70, December 1995, number 6, pag. 1369/1370.

⁶ Ibidem, pag. 1370.

⁷ Vid. al respecto, ANNUNZIATA Filippo, "Opa residual obligatoria, derecho de separación y técnicas de resolución de conflictos en la sociedad anónima", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, año XIII, julio-septiembre de 1994, Nro. 55, pag. 690/691. También vale la pena

Todo ello es lo que nos lleva a pensar en la necesidad de la existencia de alguna vía de solución de conflicto que, como alternativa a las existentes, apunte al reestablecimiento del orden interno y a dar satisfacción a los socios disconformes a través de la salida organizada de la sociedad por parte de alguno de los dos grupos de socios enfrentados.

II- LA INSUFICIENCIA DEL DERECHO DE RECESO

Es sabido que el derecho de receso está previsto como un derecho individual del socio en referencia a una resolución asamblearia que introduce una modificación sustancial al estatuto social, por el cual se autoriza al accionista disconforme a retirarse de la sociedad percibiendo el reembolso del valor de sus acciones. De tal manera, no se frustra la voluntad mayoritaria pero actúa, a su vez, como límite a los poderes de aquélla en orden a una reforma estatutaria que, se entiende, modifica las bases esenciales respecto las cuales se había prestado el consentimiento⁸.

Bajo esta perspectiva, el derecho de receso se vincula con situa-

transcribir la opinión de Jesús Alfaro Aguila-Real sobre el punto, cuando expresa que "...en el ámbito de las sociedades cerradas, la función del derecho deviene trascendental sólo cuando la base de las relaciones personales que garantiza el cumplimiento o la disposición de los socios a modificar o terminar la relación voluntariamente falla. Es decir, cuando los socios - como ocurre cuando el conflicto es persistente y profundo- no prevén seguir manteniendo relaciones y, por lo tanto, los incentivos para comportarse oportunamente (para llevarse el "mayor trozo de la tarta" aunque sea a costa de reducir el tamaño de la misma) se elevan notablemente. Antes de llegar a este punto, los socios disponen, normalmente, de mecanismos extrajurídicos que proporcionan los incentivos y los métodos de resolución de los conflictos más adecuados para minimizar las pérdidas comunes..."; ALFARO AGUILA-REAL Jesús, ob cit., pag. 1080, nota 3 al pie de página.

⁸ Vid. conf., NISSEN Ricardo, "Ley de Sociedades Comerciales", Tomo 4, pags. 19 y 20, edit. Abaco, 1995, quien aclara que "...el derecho de receso constituye uno de los más claros ejemplos del carácter contractual del contrato de sociedad, y un remedio contra el poder ilimitado de las asambleas, a las cuales no se les impide alterar las bases del contrato social, en la medida que se permita al socio disconforme el derecho de retirarse de la misma, con reembolso del valor de su parte..."; también, RICHARD Efraín H. y MUIÑO Orlando M., "Derecho Societario", pags. 495/496, edit. Astrea, 1997; conf. GAGLIARDO Mariano, "Sociedades anónimas", pag. 433, edit. Abeledo Perrot, 1990. Explica por su parte Zunino que "...el derecho de receso como institución legal pretende lograr una situación de equilibrio, permitiendo el retiro del socio con reembolso de su participación social, ante aquellos acuerdos de las mayorías que siendo eficaces y válidos con arreglo a derecho, alteren sustancialmente la estructura económica o jurídica de la sociedad..."; ZUNINO Jorge O., ob cit., Tomo I, pag. 217.

ciones que son regulares en cuanto su respeto al ordenamiento jurídico pero implican reformas estatutarias que la propia ley ha considerado sustanciales otorgando al socio, por dicho motivo, su derecho a retirarse.

Entonces, no puede vincularse el derecho de receso con situaciones patológicas de perjuicio o abuso a minorías que llevan a situaciones de crisis en las relaciones intrasocietarias⁹, y donde el socio que está soportando la misma debería tener tanto derecho a retirarse como aquél al cual se le modificaron las condiciones esenciales con las cuales había estado de acuerdo al momento de constituir la sociedad.

Si se considera que no se puede exigir al socio continuar en una sociedad donde la mayoría altera en forma substancial, pero regularmente, los presupuestos básicos del contrato social, no se advierte que pueda exigírsele su permanencia en aquélla cuando la mayoría se comporta en forma irregular y opresiva hacia ellos.

En la medida que se considere que el derecho de receso atiende, en los fundamentos de su configuración, a la tutela de los socios minoritarios¹⁰, la posibilidad de separación del socio no debería agotarse ante supuestos de acuerdos mayoritarios que modifican los estatutos sociales sino extenderse a aquellas situaciones de enfrentamiento entre mayoría y socios minoritarios que obligan a éstos, en forma recurrente, a acudir a la justicia para restablecer el orden jurídico quebrado por la actuación de los mayoritarios¹¹.

Somos de la idea que es mucho menos costoso y más eficaz para la resolución definitiva del conflicto, conceder a los socios disconformes y oprimidos por reiteradas conductas antijurídicas el derecho

⁹ Ver. ANNUNZIATA Filippo, ob cit., pag. 709.

¹⁰ Conf. RODRIGUEZ ARTIGAS Fernando, "El cambio de objeto social. En particular, el derecho de separación del socio", en Derecho de Sociedades Anónimas, Tomo 3, Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones. Volumen 1, pag. 172, edit. Civitas, Madrid, 1994; VICENT CHULIA Francisco, "Compendio critico de Derecho Mercantil", Tomo 1, Volumen 2, pag. 756, edit. Bosch, Barcelona, 1991; FERRARA jr. Francesco y CORSI Francesco, "Gli imprenditori e la società", pags. 596/97, Giuffrè Editore, Milano 1992; HALPERIN Isaac, "Sociedades anónimas", pag. 626, edit. Depalma, 1975; NISSEN Ricardo, ob cit., tomo 4, pag. 19. La propia exposición de motivos de la ley 19.550 expresa que el instituo "...actúa por presencia en la ley, que le dá una eficacia preventiva, porque evita decisiones de mayorías escasas, en abuso de fuertes minorías, ante el temor de deber afrontar el receso de capitales importantes con las consecuencias que acarrea para el desarrollo de la sociedad y su crédito..".

¹¹ Vid. conf. ALFARO AGUILA-REAL Jesús, ob cit., pag. 1133.

de retirarse de la sociedad que limitar sus posibilidades a la utilización de una serie de acciones tendientes a recomponer una situación conflictiva que, probablemente, sea irreparable y que, por ello mismo, tienda a reiterarse en el tiempo.

III- ANTE QUÉ SUPUESTOS DEBIERA AUTORIZARSE EL RETIRO DEL SOCIO

Sabemos que no es tarea sencilla indicar en qué supuestos de conflicto se debería permitir el retiro del socio perjudicado.

También sabemos que limitándolo a los supuestos de actos contrarios a la ley, el estatuto o el reglamento que causen perjuicio a alguno o algunos de los socios, no estamos contemplando todas las situaciones posibles de opresión o perjuicio a una minoría¹².

Es que, los medios y supuestos que pueden presentarse para que un accionista o grupo minoritario de estos se vea perjudicado son innumerables.

Por ello, para no caer en tabulaciones que autoricen el retiro, las cuales, como se sabe, siempre serán incompletas, optamos por orientar la posibilidad de ejercer el derecho cuando se trate de reiteración de actos contrario a la ley, el estatuto y el reglamento que sean, a su vez, perjudiciales para alguno o algunos socios.

Obviamente, los socios perjudicados ante tales supuestos tendrán tanto la alternativa de utilizar los métodos tendientes a “recomponer” la situación atacando el acto violatorio de las normas y perju-

¹² Piénsese en el claro ejemplo de la minoría que no integra el órgano de administración, y por ende no recibe remuneraciones, en una sociedad que no distribuye usualmente dividendos -lo cual es muy fácil de justificar por imposibilidad de acceso al crédito-, y donde su participación accionaria en relación al patrimonio de la sociedad le está indicando una importante riqueza que no le produce, al menos en la actualidad, rentas de ninguna especie. No se justificaría acaso que, de prolongarse dicha situación en el tiempo, se permitiera al accionista retirarse de la sociedad?

En el derecho inglés la sección 459 de la Companies Act de 1985 prevee la posibilidad de que los jueces ordenen la compra por los restantes socios o por la sociedad en supuestos donde la conducta sea: “unfairly prejudicial”, y el grupo de casos en los cuales se ha considerado aplicable tal sección es, entre otros, en supuestos de separación de la administración cuando existían expectativas de permanecer en el mismo, violación en las normas de emisión de nuevas acciones, excesivas remuneraciones de administradores y no distribución de dividendos. Vid., al respecto, HOLLINGTON Robin, “Minority shareholders rights”, second edition, Sweet & Maxwell, pags. 46 a 92, London, 1994; también, ANNUNZIATA Filippo, *ob cit.*, pags. 697 a 702.

dicial, como optar por “eliminar” el conflicto a través de la salida de la sociedad. Insistimos en la idea de que ningún sentido tendrá restablecer el orden y equilibrio interno entre los socios cuando la antinomia “mayoría-minoría” tiene visos de permanencia y durabilidad, ya que ello obligaría a una continua lucha entre las partes con consecuencias que podrían llegar hasta el punto de impedir la normal continuidad de la actividad social.

Una vez más nos preguntamos qué sentido puede tener exigir que socios minoritarios perjudicados por resoluciones assemblearias irregulares que se repiten año a año, vg. constituyendo ilegítimamente reservas sólo para no repartir dividendos o aprobando sumas excesivas como remuneración de administradores o vedándole toda información sobre los negocios sociales, deban atacar en forma reiterada tales comportamientos antijurídicos, tratando de restablecer un orden que una y otra vez vuelve a ser quebrantado?

De allí que traigamos a este congreso la presente ponencia con el objeto de debatir los pro y contras de lo expuesto, en la búsqueda de alternativas para solucionar conflictos societarios en sociedades anónimas cerradas.