

DERECHOS DEL SOCIO RESTANTE LUEGO DEL RECESO

JENIFER ALFARO BORGES

RESUMEN

Se plantea una situación práctica: en una sociedad de dos socios, uno comunica al restante que ejerce el derecho de retirarse y el socio que recibe dicha comunicación quiere proceder de igual manera. El restante socio: a) no puede ejercer el derecho a retirarse de la sociedad porque es el único restante; b) tratándose de una rescisión que afecta la pluralidad de socios -en una sociedad de tipo personal-, de acuerdo a la ley 16060, recibida tal comunicación, el socio restantes puede optar entre disolver la sociedad, pudiendo en este caso asumir directamente “el activo y pasivo sociales continuando personalmente la actividad de la sociedad.”, o continuarla hasta incorporar nuevos socios.

Decidida la disolución por el socio restante, podemos preguntarnos si repercute en el ejercicio del derecho de receso comunicado y estamos ante la disolución en la cual ambos socios adquieren un dere-

cho al remanente, o si el primero en retirarse tiene derecho al pago de su participación en el patrimonio al momento de la causal de rescisión y sólo al segundo le queda conformarse con el remanente, o si el socio recedente recibe su participación en un patrimonio valuado según los egresos consecuencia de la liquidación.

PLANTEO DEL TEMA

En el funcionamiento de una sociedad comercial se suelen verificar situaciones límites en las cuales la norma no nos indica una solución directa. Eso se plantea en la situación práctica planteada para esta ponencia: en una sociedad de dos socios, un socio comunica al restante que ejerce el derecho de retirarse (el análisis se aplica a cualquier supuesto de rescisión parcial) de la sociedad y el socio que recibe dicha comunicación coincidentemente quiere también retirarse. El restante socio: a) no puede ejercer el derecho a retirarse de la sociedad porque es el único restante; b) tratándose de una rescisión que afecta la pluralidad de socios, de acuerdo a la ley de sociedades comerciales uruguaya, recibida tal comunicación, el socio restantes puede optar entre disolver la sociedad, pudiendo en este caso asumir directamente “el activo y pasivo sociales continuando personalmente la actividad de la sociedad.”, o continuarla hasta incorporar nuevos socios (plazo máximo de un año) En el caso de insistir con su retiro de la sociedad, el socio restante deberá decidir la disolución.

Decidida la disolución por el socio restante, podemos preguntarnos si ello repercute en el ejercicio del derecho de receso¹ comuni-

¹ DERECHO DE RECESO: Olivera (En “Reforma de estatutos de sociedades anónimas y derecho de receso”, Editorial Acalí, pág. 52) este derecho es “... el que concede la ley a los accionistas de una sociedad anónima para retirarse de la sociedad y obtener el reembolso del valor de sus acciones, y está condicionado a una anterior conducta de la sociedad, consistente en resolver y modificar disposiciones estatutarias de especial relevancia y trascendencia, o sea, una modificación fundamental del sistema estatutario que tuvo presente cuando ingresó a la sociedad.” Ferro Astray (En “sobre el derecho de receso y su inconveniencia en los casos de aumento de capital sobre el derecho de receso y su inconveniencia en los casos de aumento de capital”, en La Justicia Uruguaya, tomo 71, Doctrina): “... la facultad legalmente acordada al accionista, ante determinados casos de reforma de los estatutos sociales, de separarse de la sociedad obteniendo el pago de sus acciones a la fecha de la separación” Cabanellas (en “Derecho societario. Parte general”, pág. 166 y sigs.): el retiro del socio que “...se ejerce bajo

cado y estamos ante la disolución de la sociedad en la cual ambos socios adquieren un derecho al remanente, o si el primero en retirarse tiene derecho al pago de su participación en el patrimonio al momento de la causal de rescisión y sólo al segundo le queda conformarse con el remanente de la liquidación.

OPCIÓN 1: RESUELTA LA LIQUIDACIÓN EL RECESO YA NO OPERA

Esta solución tiene a su favor el responder a la aplicación del principio de igualdad, pero cabe recordar que fue por la autonomía de la voluntad derivada de ese principio que éste se sometió al régimen normativo cuya justicia hoy cuestiona.

En este enfoque, la resolución del socio restante en respuesta a la comunicación de su consocio de su retiro, que dispone la disolución de la sociedad, afecta la decisión del socio recedente en cuanto lo mantiene vinculado a la sociedad liquidada. Le socio recedente no podría exigir el pago de su participación en tanto no existe ya un receso sino un proceso de liquidación del cual resultará el remanente a repartir entre los socios.

Es la solución natural desde una óptica contractualista según la cual no es admisible la subsistencia de un contrato rescindido por una de las partes. La continuidad de la sociedad, que responde al principio

condiciones expresamente regladas por la ley y por otorgar al socio ciertos derechos mínimos, como consecuencias de su ejercicio, de carácter inalienable. (...) el derecho a retirarse de una sociedad que corresponde a los socios que no han aprobado determinada resolución de la sociedad." Zunino (En "Sociedades comerciales. Disolución y liquidación", tomo 1, pág. 216): "la facultad de renunciar, con reembolso del valor de sus acciones, que asiste a los accionistas disidentes o ausentes ante determinadas resoluciones de las mayorías." Escuti (citado por Cabanellas) "un derecho intangible que tienen los accionistas ausentes o disidentes cuando la asamblea de la sociedad ha decidido una modificación estatutaria, de fundamental importancia." Dasso (en "El derecho de separación o receso del accionista", pág 75): "el derecho potestativo del accionista, sujeto a condición resolutoria, para requerir en plazo perentorio, la extinción del vínculo con la sociedad, en caso de decisión asamblearia o de hipótesis, expresamente previstas en la ley, o de previsión estatutaria, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones." Según Mascheroni (En "Sociedades anónimas." 4ª edición, Editorial universidad. Pág 175) es la "... facultad o el derecho de los socios disidentes y ausentes para separarse de la sociedad cuando ésta, por medio de sus órganos competentes, adopta una resolución de tal naturaleza que al alterar profundamente sus situaciones les confiere derecho a exigir el reembolso de sus participaciones sociales."

del contrato plurilateral de organización², es llevada al extremo cuando es afectada la pluralidad de socios: en el régimen de nuestra ley, la sociedad de un socio es admisible, con carácter transitorio en el caso de las sociedades personales (por el plazo de un año y mientras se incorporan nuevos socios) y como regla general si estamos ante una sociedad anónima.

Esta posición implica considerar que existe una unidad de acto conformada por ambas decisiones: la del socio que en principio ejerció el derecho de receso y el que en consecuencia resolvió disolver.

PUNTOS CONEXOS A RESOLVER

Existen algunos puntos íntimamente relacionados con la postura antes planteada. Es así que cabe analizar hasta que momento, a partir de recibida la comunicación del ejercicio del derecho de receso, el socio restante puede resolver la disolución de la sociedad.

El art. a analizar es el 156 de la Ley 16.060 que dispone que ante la rescisión que afecte la pluralidad de socios, "... el restante podrá optar por disolverla sociedad o continuar la misma mediante la incorporación de nuevos socios dentro del plazo de un año." Cabe preguntarse si el plazo de un año se concede únicamente para incorporar nuevos socios o si también está establecido para adoptar la resolución entorno a la opción, específicamente, comunicando que disuelve la sociedad.

A su vez, si nos inclinamos por un criterio restringido y concluimos que ese plazo fue fijado para la incorporación de socios, la consecuencia es la existencia de una facultad ("*podrá*") de optar sin plazo que limite su ejercicio. Facultad que mientras no es ejercida, según el inciso segundo in fine del mismo art., genera la responsabilidad ilimitada del socio por las obligaciones de la sociedad, pero que

2

Por encima de todos los conceptos mencionados, cabe decir que el derecho de receso responde al principio del contrato plurilateral de organización, uno de los principios sobre los cuales (y sin explicitarlos), según Wonsiak (En "Manual de sociedades comerciales", tomo I, A.E.U., pág. 17), el legislador uruguayo ha organizado un "sistema normativo y le da coherencia". Como señala dicha autora que sólo con dicha concepción puede entenderse que la sociedad subsista luego de la finalización del vínculo con el socio saliente.

no estaría concedida en principio por un término determinado digo en principio porque sí está enlazada con un plazo natural dado por el año en el cual se admite que subsista con un solo socio. Todo ello partiendo de que el plazo de un año comienza a correr al momento de egreso del socio recedente.

Si entendemos que el cómputo del término de un año comienza cuando el socio restante opta por continuar mientras se incorpora un nuevo socio, ese plazo no constituye un límite al ejercicio de la opción. Esta interpretación contribuye a la postura inicial de que el plazo corre sólo para la incorporación. Es decir: ocurrida la rescisión parcial el socio tiene la facultad de optar entre disolver o continuar hasta tanto incorpore a otro socio. Para optar el plazo no es el de un año, sino que esta facultad no tiene un plazo determinado por esa disposición. Desde que se inclina por la segunda opción, le corre un plazo de 1 año para restablecer la pluralidad.

Ello no puede llevarnos al absurdo de decir que no existe plazo para ejercer la opción, en tanto por esa vía tendremos una sociedad con un solo socio que puede perdurar por al menos, lapsos mayores a los que el legislador quiso habilitar (1 año).

Deberíamos buscar en otra disposición, por la vía de la analogía o como consecuencia de otra previsión interconectada con el art. en análisis, a fin de determinar el plazo, acorde al principio de razonabilidad, que rige para ejercer la opción.

Podemos entonces recurrir al auxilio de lo dispuesto por el art. 154 inciso 4 y 7, para los casos de rescisión en general o para el caso especial del receso. En el primer supuesto establece que el pago de la participación no puede realizarse en un plazo mayor al año de “resuelto o producida la rescisión”. Ya para el receso, la exigibilidad del reembolso comienza luego de transcurridos 90 días desde que el recedente conoce el hecho en que funda su derecho de receso (arts. 154 inciso 7, 151 inciso 2 y 150 inciso final).

Un razonamiento a seguir sería: el socio restante puede comunicar al recedente que opta por la disolución dentro del plazo para hacer efectivo el pago de la participación.

Aquí llegamos a **otra gran interrogante**: ¿podríamos diferenciar dos momentos en el transcurso del plazo para optar, siendo la pri-

mera etapa en la cual comunicada la opción de disolver el socio recedente es arrastrado por el proceso de disolución y liquidación según veíamos en la opción 1, y luego del cual la opción permanece abierta al socio restantes pero ya sin que afecte al recedente? Esto equivale a decir, más que nada en relación con lo que venimos de expresar en los dos párrafos anteriores, que durante el plazo en el cual el socio recedente no puede reclamar compulsivamente el pago de su participación, la decisión del socio restante de disolver la sociedad afecta al recedente que pasa a verse involucrado en la disolución y liquidación; ya luego de vencido ese término el socio restantes puede disolver y liquidar, pero deberá pagar al recedente su participación en un patrimonio con una empresa en marcha y sin tener en cuenta los egresos de la liquidación.

Incluso no podemos descartar el exigir una respuesta inmediata a la comunicación del ejercicio del derecho de receso que exteriorice la decisión de disolver, al menos exigirlo para que esta decisión afecte al recedente.

OPCIÓN 2: EL DERECHO DE RECESO NO SE VE AFECTADO POR LA RESOLUCIÓN DE LIQUIDACIÓN

Sin duda no podemos perder de vista que estamos frente a un socio que diligentemente, sobretodo teniendo en cuenta que mayormente tenemos plazos perentorios para ejercerlo, comunica en tiempo su voluntad de rescindir el contrato social a su respecto, frente a otro que lo dejó vencer. Pero además estamos ante un socio restante que continúa en la sociedad y cuenta con un tiempo (mayor o menor según la posición adoptada) para conocer desde adentro la marcha de los negocios sociales, viendo la conveniencia que con el transcurso del tiempo tiene continuar o liquidar. En todo ese proceso de estudio por el restante, estaríamos atando al recedente, colocando en una inmejorable posición para negociar el valor a pagar por la participación del recedente³.

³ La amenaza está subyacente: si no acepta el valor impuesto por el socio restante, deberá conformarse con el remanente de la liquidación y esperar a que el proceso de liquidación se concluya.

Si pensamos que se trata de un derecho de vital importancia en el régimen de nuestra ley⁴, establecido en protección de las minorías en un sistema en el que la unanimidad de la modificación de los contratos deja paso a un régimen de mayorías, bien vale la pena considerar una opción en la que el derecho de receso como instituto en sí mismo no se vea condicionado a ninguna decisión del socio restante. No podemos olvidar que de la opción 1 antes expuesta, se extrae que la decisión de liquidación de la sociedad ejercida por el socio restante, prácticamente deja sin efecto el derecho de receso ejercido.

CONSECUENCIA DE LA OPCIÓN 2. VARIANTE A

En aplicación del art. 154 de la ley 16.060, “Salvo pacto en contrario, el valor de la participación del socio saliente se fijará conforme al patrimonio social, a la fecha del hecho o del acuerdo que haya provocado la rescisión parcial ...” No contando con alguna previsión en el contrato social que establezca el criterio de valuación, cabe analizar como se procede a tal fin.

Por tanto, operada la rescisión, corresponde el pago del valor de la participación. Para fijar el quantum adeudado al socio recedente es necesario determinar el valor del patrimonio sin considerar la decisión de disolver la sociedad adoptada por el restante.

La consecuencia directa de la opción 2 es que el socio recedente como señala Cabanellas⁵ (con cita a cámara) al referirse al receso por transformación, está en que “perfeccionado el derecho de receso ... el socio pierde su carácter de tal para convertirse en acreedor de la sociedad por el importe de su parte social, cuotas o acciones ...”

Es posible tomar para ello el valor del patrimonio según la información brindada por los balances, aún con alguna actualización a la fecha del hecho que motivó la rescisión. Contamos ya al menos con un reciente pronunciamiento judicial al respecto en tanto el Juzgado

⁴ Al punto de ser calificado de “irrenunciable” y no susceptible de restricción (art. 151 inc. 1º de la LSC)

⁵ Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo, en “Derecho societario. Parte general”, pág. 166 y sigs.

letrado de primera instancia en lo civil de 8º turno en sentencia 67 del 24 de setiembre de 2003, vio sometido a su decisión un conflicto sobre la valuación de la participación social, concretamente acciones de dos sociedades anónimas, de un socio saliente. A grandes rasgos cabe decir que, apartándose de los dictámenes periciales elaborados en el proceso, la Juez entendió que en aplicación del referido art. sólo tenía cabida una valuación con las características que se ajustan al método estático antes descripto.

Con ello, ocurrirá que mientras el socio recedente recibirá su participación según el valor de una empresa en funcionamiento, el segundo deberá conformarse con el remanente de la liquidación (descontados egresos como indemnizaciones a empleados, gastos legales, gastos fiscales, entre otros)

Nótese la diferencia entre el socio recedente, quien recibe el pago de su participación aún antes que los acreedores sociales, y aquel/los socio/s que reciben el sobrante del proceso de liquidación, luego del pago de todas las deudas sociales. En el primer caso la situación de privilegio incluso frente a acreedores es marcada.

CONSECUENCIAS DE LA OPCIÓN 2. VARIANTE B

La otra solución está dada por incluir en la valuación del patrimonio la consideración de los egresos que a consecuencia de la disolución resuelta la sociedad deberá afrontar. Esta propuesta tiene a su favor la protección de los acreedores que conservarán un patrimonio íntegro que garantiza sus créditos.

Es que si reflexionamos notamos que por la vía del pago de la participación del socio recedente le son modificadas al acreedor las bases según las cuales concedió el crédito: dejando de lado toda consideración relacionada con la persona del socio saliente y que bien pudo realizarse por el acreedor, sin duda con el receso el patrimonio se ve afectado normalmente en forma negativa.

Esta opción implica que en la valuación de la participación del socio saliente se consideren los egresos del proceso de liquidación que sigue a la disolución de la sociedad consecuencia de que el restante

socio también quiera “retirarse”. Sólo así ambos socios recibirán su participación “en el mismo patrimonio”.

La solución que postulo no es totalmente extraña a lo ya manejado en Derecho comparado como una opción⁶. Así Cabanellas⁷ analizando como se determina la parte del recedente en el patrimonio neto de la sociedad, expresa que una solución posible es aplicar las reglas de la liquidación de sociedades ya que el recesso implica de alguna manera una liquidación parcial. Sin perjuicio de ello hace notar que el inconveniente es que las de la liquidación son reglas para dirimir conflictos entre socios y en el recesso los intereses en juego son los del socio recedente y la sociedad.

Operada la disolución de una sociedad comercial por decisión del socio restante, procede la liquidación, proceso durante el cual continúa la personalidad jurídica pero limitada a la conclusión de los negocios sociales pendientes, la realización de actos propios de la realización del activo y la extinción del pasivo. En definitiva, únicamente verificado la cancelación de todo el pasivo (o encontrándose éste garantizado) se puede exigir la “distribución parcial de los bienes”.

Claro está que al momento de la comunicación del socio del ejercicio de su derecho de recesso, puede no contarse con una proyección cabal de los “costos” de una liquidación de la sociedad, para lo cual es de fundamental aplicación el art. 155 de la Ley 16.060.

DEBILIDAD DE LA OPCIÓN 2. VARIANTE B

La aplicación de la variante B de la opción 2, es decir, la que implica partir de que el ejercicio del derecho de recesso privilegia al recedente frente al restante socio, pasando a detentar un crédito contra la sociedad en un monto equivalente a su participación en el patrimonio de esta, pero siendo dicho patrimonio valuado teniendo en cuenta su afectación por la decisión de disolución, presenta un obstáculo: el momento de valuación del patrimonio social es aquel en que se verifi-

⁶ Cabe advertir que bien puede ser una interpretación subjetiva de lo expresado por este autor.
⁷ Cabanellas, De Las Cuevas, Guillermo. En “Derecho societario. Parte general”, pág. 192.

có la causal rescisoria. En ese momento, no existía una resolución de disolver la sociedad, se trataba de una empresa en marcha.

MI OPINIÓN

Sin duda únicamente las soluciones dadas por la opción 1 y la variante B de la opción 2, responden al principio de igualdad y al valor justicia (no deja al socio al que se le comunica el retiro del restante en una situación de tan injustificada desventaja, además de proteger a los acreedores sociales a quienes se deberá satisfacer o garantizar antes de repartir un patrimonio social que, no podemos olvidarlo, constituye su garantía (art. 2372 del Código Civil) Ambos caminos llevan a un mismo fin: el socio que comunica el receso recibe su participación en el remanente de la liquidación.

Sin embargo la objeción encontrada a la última, me inclina por la opción 1, sin olvidar que este es el punto de partida para un estudio más profundo del tema.