

ESTABLECIENDO FORMULAS QUE PERMITAN EL RETIRO EN CONDICIONES ECONOMICAS RAZONABLES, DE LOS SOCIOS MINORITARIOS “ABUSADOS”, SE REDUCIRIAN NOTABLEMENTE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS

Ricardo Ludovico Gulminelli

Resumen

1) Es recomendable establecer en la *parte general* de la ley, fórmulas que permitieran que los socios “abusados” se pudieran retirar de la sociedad, con “justo” reembolso del valor de su parte social, calculado en base a la realidad económica.

2) El juez determinaría el plazo de pago del valor de reembolso, que salvo criterio judicial fundado en contra, debería ser de cinco o más años para no afectar el giro social, estableciendo fórmulas para la conservación del poder adquisitivo del crédito. Se podría establecer para el caso de controversia sobre el valor, un mecanismo similar al contemplado en la normativa del art. 154 L.S..

3) Las causales se deberían configurar en base a pautas objetivas predeterminadas, de libre apreciación judicial que simplificaran la configuración de las causas admisibles, estableciendo presunciones a favor del socio que se quisiera retirar.

Ponencia

En 1995, en el Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario de Mar del Plata, pusimos de manifiesto que los conflictos societarios se generaban habitualmente cuando fallecía algún socio, o bien cuando se divorciaban y que era conveniente propiciar el retiro de los socios abusados en condiciones equilibradas. Esta inquietud, ya la habíamos exteriorizado en 1994, cuando a pedido de un organismo oficial, estuvimos trabajando en colaboración con la Dra.

Lilia Gómez de Bacqué y con el Dr. Eugenio Tschelakow, con instrucciones precisas de realizar una revisión crítica de la ley de sociedades. Luego en el IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Secretario y de la Empresa realizado entre el 22 y 25 de septiembre de 2004 en San Miguel de Tucumán, propusimos la solución que contiene esta ponencia en forma específica. Por la importancia que tiene esta temática, he creído la conveniencia de replantear el problema para obtener de los ilustres juristas presentes en el Congreso una opinión autorizada, con miras a la reforma de la ley de sociedades.

En la ponencia presentada en 1995 en el Congreso de Mar del Plata, me referí a situaciones, en las cuales creo que la bondad de la solución postulada se hace más evidente. Hice alusión al caso de divorcio, o al de fallecimiento de un socio, respecto a los cuales postulé que sería sanatorio permitirle al cónyuge, o al heredero que se pudiera oponer a ingresar como socio a la sociedad, permitiéndole exigir el reembolso del valor de la participación que le hubiera correspondido en la sociedad. Para no afectar el giro social, se propuso que se estableciera el pago del valor de reembolso en plazos medianamente prolongados, como podría ser por ejemplo cinco años, contando el término a partir de la manifestación de la voluntad del sucesor de no ingresar como socio. Se complementaba esta propuesta, indicando que se debían estipular cláusulas que compensaran equitativamente al socio por la dilación en el cobro. Anualmente, como mínimo, se debía abonar el veinte por ciento del valor total a reembolsar. Con respecto a la valuación de la parte societaria a los efectos del reembolso, se recomendaba aplicar el art. 245 en lo que resultara compatible.

El tratamiento de una ponencia más amplia, similar a la que ahora suscribo, en el Congreso de Tucumán del 2004, generó un interesante debate y creo que se hizo evidente la necesidad de efectuar una reforma para dar solución al problema planteado buscando fórmulas - no necesariamente la aquí propuesta - para atemperar la situación de la minoría frente al abuso de la mayoría. Las palabras del jurista italiano Carlo Angelici sobre la reforma en el derecho italiano, pronunciadas en el Congreso de Tucumán, aunque en otro contexto, me parece que pusieron en evidencia que el camino señalado no es equivocado.

El Proyecto de Reforma de la Ley de Sociedades actualmente en tratamiento legislativo, que proviene de la resolución MJDH N° 112/02), no dice nada al respecto y en nuestra opinión, omite una reforma sustancial.

En caso de conflicto societario, el socio minoritario “abusado” no se puede retirar. Se ve obligado a “presionar” a la mayoría para que le adquiera su participación societaria y ésta, normalmente pretende pagar por dicha parte un precio irrisorio o no comprarla y lucrar administrando desviadamente a la sociedad en su provecho. Es como si un inversor depositara su dinero en un banco “que no ofreciera demasiadas garantías de seguridad” a un plazo de cincuenta años (los plazos sociales suelen ser prolongados) sin recibir interés alguno. Esta verdadera “captura” del socio, que se da en muchas ocasiones, genera muchas situaciones conflictivas y a la postre, ni siquiera beneficia al interés social.

El poder mayoritario jamás puede ser vencido, por cuanto, aunque se removieran los directores que hubiera elegido, siempre podría designar otros en su reemplazo igualmente subordinados.

Se podría aducir, contradiciendo nuestra posición que es menester privilegiar el interés social y proteger a las empresas. Desde esta óptica, se podría afirmar que si se habilitara el egreso de todos los disconformes, ninguna sociedad podría tener estabilidad y que por otra parte las minorías podrían generar climas de beligerancia para poder irse con reembolso del valor de sus participaciones. Esto puede ser cierto, pero también lo es que en los hechos, todos los días se advierte que por los abusos de las mayorías, los socios minoritarios, frecuentemente están condenados a ser expoliados y que la eficiencia empresaria se ve afectada pro estas situaciones.

El principio de la limitación de la responsabilidad también es vital, por ejemplo, pero esto no significa que no se deba aplicar el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica para oxigenarlo y darle eticidad.

Creo que es básico promover la defensa del interés social y de la empresa. Pero si no se moralizan los ámbitos internos, si no se permite que los que están oprimidos encuentren una lógica solución, jamás se conseguirán los resultados perseguidos. Por el contrario, se debilitará a las sociedades porque nadie querrá invertir en ellas.

Es menester prever legalmente mecanismos que protejan al inversor para el caso de que la mayoría abusara de ellos. Creo que un sistema como el propuesto, actuaría como medicina preventiva porque las mayorías, sabedoras de que los minoritarios podrían egresar con un adecuado reembolso, se verían compelidos a obrar con mayor prudencia. *Para darle más operatividad al instituto, el derecho de retiro, se debería dar cuando el damnificado*

demostrara que se han configurado determinadas situaciones (cuya descripción debería efectuarse en la ley), sin necesidad de probar aspectos subjetivos para calificar las conductas de la mayoría o de los administradores que ésta hubiera designado, que afectarían a sus intereses.

Tres son los intereses fundamentales a considerar frente a este esquema: 1) El interés social. Para cautelararlo, es recomendable establecer plazos razonablemente prolongados, cinco o más años, para proceder al reembolso. El juez establecería el plazo conforme con las circunstancias sin poder reducirlo, a menos que la situación fuera especial, en cuyo caso podría reducirlo dando fundamentos serios y concretos de su decisión. Mediante esta dilación para el pago, la sociedad no vería afectado su giro lo que evidentemente, es primario evitar. 2) El interés individual del socio abusado. El reconocimiento de este derecho, se lograría garantizando que el valor de reembolso permaneciera inmutable. Esto se podría lograr mediante la fijación de un precio en moneda extranjera o estableciendo intereses acumulativos que fueran admisibles y compensatorios de la incidencia de la depreciación monetaria, o directamente admitiendo la indexación, derogando al respecto la normativa de la ley 23.928 y de la ley 25.561. 3) El interés comunitario. En este sentido, estoy persuadido de que los conflictos societarios se reducirían. Las minorías abusadas, en lugar de "extorsionar legalmente" a los directivos elegidos por la mayoría, reclamarían lisa y llanamente el reembolso de sus partes societarias, en las condiciones que la ley establecería. Si bien no creo que mediante esta reforma se consolidara automáticamente la confianza en las inversiones societarias, me parece que con el tiempo, la misma se reforzaría bastante si el régimen que propongo se aplicara exitosamente.

Las causales que legitimarían el retiro, se deberían configurar sin que fuera necesario probar el abuso en sí mismo, o sea el obrar subjetivamente reprochable de los socios mayoritarios o de los funcionarios que éstos hubieran elegido. Recomendamos que el juez se guiara exclusivamente por pautas objetivas en base a las cuales se prescindiera del análisis de las intenciones o del obrar culpable de los eventuales abusadores. En síntesis, si un juez constatará por ejemplo, que la sociedad, sin que mediara justificación alguna jamás hubiera distribuido dividendos o advertiera se encontrara en significativa mora en cuanto a la convocatoria de asamblea ordinaria para el tratamiento de los estados contables, o se hubieran dado otras

circunstancias que fueran indicativas de abuso, estaría en condiciones de autorizar el retiro del socio reclamante en las condiciones indicadas, estableciendo según las particularidades del caso en particular, un plazo de cinco años o uno mayor y, en casos excepcionales, fundándolo detalladamente, uno menor.

Sería factible tomar como base una fórmula parecida a la que se propone en el proyecto de reforma a la ley de sociedades originado en la resolución MJ y DH nro. 112/02, que para hacer lugar a la intervención judicial, agrega como causal: ***“Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave o nieguen a los socios el ejercicio de sus derechos, así como cuando se susciten conflictos entre socios que comprometan el normal funcionamiento de la sociedad...”***. De esta manera, se evitaría un conflicto societario que, como sabemos, no se caracteriza por su brevedad ni por su inocuidad.

Esta reforma, creo sinceramente que es fundamental y necesaria porque la ingeniería societaria que se necesita para proteger a las minorías, en general, no se puede aplicar al momento de la constitución de la sociedad por parte de los pequeños inversores, sea por desconocimiento, sea por debilidad..

Tengo la convicción de que una reforma como la que propiciamos, reduciría enormemente los abusos y haría al sistema más confiable. Las acciones judiciales que en la actualidad se promueven, que aparecen reiteradamente en los sumarios jurisprudenciales, ya no tendrían en muchos casos razón de ser. ***Serían reemplazadas por otros procesos menos complicados y más definitivos, tendientes simplemente a obtener el reconocimiento del derecho de egreso de la sociedad y subsidiariamente el adecuado reembolso del valor de la participación social. Por la trascendencia macroeconómica y macrojurídica de esta reforma, sugerimos incorporarla en la parte general.***

Desde luego, una modificación como la que proponemos, se debería redactar cuidadosamente. Especialmente, respecto a la norma que configurara cuáles serían las causales habilitantes del retiro del socio. Más concretamente, las situaciones en las cuales se consideraría que el socio fuera “gravemente abusado” y en las que por tanto, tendría derecho a retirarse. ***En nuestra opinión, la valuación de la parte a reembolsar debería ser ajustada a la realidad negocial y la única ventaja que se debería conceder a la sociedad, debería***

ser la de pagar en un plazo de cinco años, o en uno superior si habida cuenta de las circunstancias el juez lo considerara necesario. Se podría establecer para el caso de controversia sobre el valor, un mecanismo similar al contemplado en la normativa del art. 154 L.S..

Lo dicho, importa aseverar que es la sociedad la que se vería obligada a reembolsar, debiendo reducir su capital sólo si fuera necesario, ya que podría pagar con reservas libres, por ejemplo.

Desde luego, frente a estas situaciones, sería muy factible que los socios mayoritarios se anticiparan y que ofrecieran comprar la parte del socio abusado en similar forma de financiación y valor. Es nuestra convicción que una disposición como la que se recomienda, sería beneficiosa en varios planos. El crédito correspondiente al socio que se retirara, podría ser incluso instrumentado en obligaciones negociables que le permitieran transmitirlos a terceros, haciendo líquido su crédito. Obviamente, esta propuesta debería ser armonizada con una reforma del art. 245 L.S..

Es posible que en los primeros tiempos de la sanción de una reforma semejante, se promovieran muchas acciones judiciales pidiendo reembolso de participaciones. Esto sería así, probablemente, porque existen actualmente muchos conflictos en ciernes que muchas veces no se exteriorizan, en parte por los obstáculos que la ley hoy impone. Pero si se permitiera un escape para los socios oprimidos, seguramente los mismos tratarían de regularizar su situación y de salir de la sociedad equilibradamente. Una vez normalizada la situación, seguramente la disminución de los conflictos, al menos los altamente nocivos que hoy conocemos, sería ostensible. Las acciones que se generarían en su reemplazo, contribuirían a mantener la paz societaria y también la comunitaria.