

EL DERECHO DE RECESO EN LA SOCIEDAD QUE SE INCORPORA A UN GRUPO ECONÓMICO

EDUARDO ANTINORI

RESUMEN

Cuando una Sociedad se incorpora a un Grupo Económico, podemos estar en presencia de una Fusión por Absorción. En tal caso, el Grupo haría las veces de sociedad absorbente y la sociedad de absorbida.

En tales casos, se produce una transferencia de todo el patrimonio de la sociedad al Grupo Económico. Si ello es así, y la decisión no es impugnabile por ningún motivo, pues tanto la forma como el fondo se ajustan a derecho, entonces al socio en minoría y en desacuerdo con la decisión, no se lo puede obligar a convivir con esa situación.

Decimos que no puede obligarse al socio en disidencia a convivir con semejante situación, en razón de que la persona jurídica ab-

sorbida indefectiblemente abandonará su posición autónoma e independiente y pasará a formar parte de un esquema general (grupo). Esto traerá la lógica consecuencia, que su accionar deberá ajustarse a intereses superiores, y por ello, hasta puede darse la situación de que la misma tenga que realizar actos que vayan en su desmedro y beneficien al grupo.

Por tal motivo, es prudente autorizarle a hacer uso del derecho de receso, por la causal de que la sociedad de la que es socio, se ha fusionado con otra, mediante la figura jurídica de fusión por absorción.

I.- INTRODUCCIÓN

Cuando un sociedad comercial se incorpora a un Grupo Económico, se produce en la misma un cambio sustancial. No tanto en su aspecto formal, pues seguramente la misma seguirá funcionando bajo el mismo ropaje jurídico, hasta incluso puede en algunos casos, que las personas físicas que componen su órgano de dirección no cambien.

No obstante ello, insistimos que en la misma se producirá una importante modificación, más aún si la misma pasa a ser dependiente de otra dominante en el Grupo. En estos casos, la persona jurídica indefectiblemente abandonará su posición autónoma e independiente y pasará a formar parte de un esquema general (grupo). Esto traerá la lógica consecuencia, que su accionar deberá ajustarse a intereses superiores, y por ello, hasta puede darse la situación de que la misma tenga que realizar actos que vayan en su desmedro y beneficien al grupo.

Aclaremos, que utilizamos al Grupo en sentido figurativo, pues la entidad absorbente sería una sociedad regular, que haría las veces de madre.

A partir de lo expuesto, es que reconocida doctrina habla de una contraposición entre interés de la sociedad e interés del grupo.

Paso siguiente, deberemos acordar que nuestra legislación no ha legislado minuciosamente a los Grupos Económicos De ahí que cuando se produce este fenómeno jurídico, y en aras de resolver las situaciones que se producen en la práctica, debe recurrirse a la aplicación de diversos institutos previstos en la Ley 19550, y por supuesto del

resto del ordenamiento jurídico.

También es necesario saber, como se puede tutelar el derecho al socio, que esté en desacuerdo con la decisión tomada por la (mayoría) sociedad de incorporarse a un Grupo.

Si la decisión societaria no es impugnable por no poseer vicio alguno (fondo o forma), entonces el mismo no podrá quedar obligado a seguir en la sociedad, de ahí que propugnamos que le asiste hacer uso del derecho de receso.

II.- EFECTOS DE LA INCORPORACIÓN DE UNA SOCIEDAD A UN GRUPO ECONÓMICO

Sujeta la sociedad a un vínculo de dependencia o de agrupamiento, la apariencia del funcionamiento orgánico formal de la sociedad dependiente no se modifica, pero sí su substancia. La empresa dominante elige como administradores a personas de cuya fidelidad se asegura previamente. Su función es encuadrada en el esquema general del conjunto y, entonces, cumplir una actuación armónica con el mismo será más importante que atender los deberes y responsabilidades propias de un administrador social *vis à vis* la sociedad en que ocupa el cargo. Para el director de una sociedad controlada o agrupada el deber de fidelidad lo vincula a sus superiores jerárquicos dentro del grupo y no a la sociedad misma o a sus socios. Casi siempre, incluso, los administradores de la sociedad dependiente, en lugar de decidir por sí mismos las políticas y las medidas de la gestión social, son meros ejecutores de las decisiones de quien ejerce el poder en el grupo, por encima de toda delimitación entre los sujetos de Derecho involucrados¹.

La claridad del autor citado en el párrafo que antecede, nos libra de mayores comentarios sobre el tema. Pues como ya adelantáramos, en lo que hace al ropaje jurídico societario, es decir, si nos situamos en una posición externa a la sociedad claramente advertiremos que no hay modificación alguna. El tipo social no ha cambiado, la tenencia

¹ MANÓVIL, Rafael M. "Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado" – pág. 589. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1998.

accionaria tampoco, e inclusive tampoco el órgano administrador, motivo por el cual la incorporación al Grupo solamente sería un negocio más que realiza la sociedad.

A contrario de lo expuesto, si nos ubicamos en la esfera interna de la sociedad, el socio que no ha votado por la incorporación al grupo, sea por expresa negativa o por ausencia, deberá continuar la relación societaria en una sociedad (valga la redundancia) que tal vez, en algunos momentos adopte decisiones que no le sea totalmente favorable, a corto, mediano o largo plazo. Pues la misma, ya no se valdrá por sí y para sí mismo, sino que será un diente en un engranaje, de tal manera que por ser parte de un todo, la persona jurídica pierde auto-determinación.

Lo característico de lo expresado, es que la toma de decisiones normalmente no se encuentra situada en el seno de la sociedad misma, sino que provienen de quien dirige al Grupo. Y lo natural, es que en caso de existir una sociedad dominante ésta imponga las personas físicas que integran el órgano de administración de la dependiente. En vano es entonces preguntarse ¿qué intereses harán prevalecer los administradores de la sociedad subsidiaria? Evidentemente, siempre se privilegiarían los del Grupo.

Mayor aún pueden darse estas particularidades, en situaciones en que existan socios comunes entre la Sociedad dominante y la subsidiaria, cuyo poder decisorio se direcciona en pos de la primera por sobre la segunda.

III.- DERECHO DE RECESO

En el punto anterior, hemos intentado hacer un somero análisis de la situación en que puede encontrarse una sociedad que se incorpora a un Grupo Económico. De acuerdo con ello, se advierte que el socio disconforme con la decisión tomada en primera medida debería aceptar (soportar) la misma, en razón de que en materia asamblearia, las mayorías mandan.

Si coincidimos en la idea, de que sería objetable forzar al socio en desacuerdo con la decisión de incorporar la sociedad al Grupo, de continuar siendo parte de la misma, ello nos impone un deber de bus-

car una alternativa jurídica para su salida.

El instituto del “derecho de receso”, es nuestro elegido para analizar si es idóneo para los fines perseguidos.

Lo primero a tener presente, es que el derecho de receso se encuentra legislado en el artículo 245 de la Ley 19550. Éste se encuentra ubicado, en la Sección V. De la Sociedad Anónima, del Capítulo II de dicha ley. Es decir, el legislador lo previó especialmente para un determinado tipo social, las Sociedades Anónimas.

No es objeto del presente trabajo, hacer un pormenorizado análisis del “derecho de receso”, así que solamente diremos que el uso del mismo se encuentra acotado a determinados requisitos, que se encuentran detallados en el mismo artículo y al que remitimos en honor a la brevedad.

Nos pareció atinado para el presente trabajo, transcribir las siguientes consideraciones sobre este instituto escritas por el Dr. Martorell quien parafraseando al Dr. Ariel Angel Dasso, expresó: “...dos momentos dialécticos convergentes, dos intereses legítimos coexistentes (el de la sociedad, ocasional; el del socio, permanente), han llevado al nacimiento del derecho de receso: el interés o la necesidad de modificar el contrato, por parte de la sociedad, y el antagonico, del socio, de conservar el contrato originario”².

El derecho de receso puede definirse como la facultad de todo socio o accionista de separarse de la sociedad, con reembolso del valor de su participación social, cuando el órgano de gobierno resuelve reformar el estatuto de la sociedad, alterando las bases que aquellos tuvieron en cuenta al constituir o incorporarse a la misma, o modifica sustancialmente el ejercicio de sus derechos³.

De la lectura del mencionado artículo 245, claramente se advertirá que en parte alguna se autoriza a ejercer el mismo para el supuesto en que una sociedad decida su incorporación a un Grupo Económico. Entonces, es aquí donde comienzan los problemas que nos obliga a profundizar el estudio del tema.

² MARTORELL, Ernesto “Sociedades Anónimas” – pág. 265. Ed. Depalma. Bs. As. 1994.

³ NISSEN, Ricardo “Ley de Sociedades Comerciales Comentada, Anotada y Concordada”, tº 4 – pág. 18. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma. Bs. As. 1998.

Lo que no debe perderse de vista, es que la facultad que posee el socio de receder, puede ser ejercida (autorización legal o estatutaria previa) cuando se han modificado los criterios fundamentales de la sociedad, normalmente existente al momento de su creación.

Sostenemos que cuando una sociedad decide incorporarse a un Grupo Económico, la modificación de las bases fundamentales tenidas presente por los socios al momento de su creación, han sido enormemente trastocadas por lo que procede el receso de los accionistas disconformes.

Adherimos a la doctrina que sostiene, que la incorporación de una sociedad a un Grupo Económico, en muchas situaciones es equiparable a los casos en que se produce una *fusión por incorporación*, extremo éste expresamente contemplado en la norma de referencia.

A esta altura debemos reiterar que no podremos realizar análisis alguno, si tomamos a los institutos societarios en su forma pura. Queremos decir, sin emprender la tarea de adaptar institutos a una situación (hoy) no regulada minuciosamente por la Ley 19550.

Consecuencia de lo expuesto sea tal vez, que en anteriores Congresos de Derecho Societario han existido numerosas ponencias propiciando que la Ley de Sociedades regule situaciones que existen no solo en nuestro país sino en el resto de los países⁴.

IV.- EL DERECHO DE RECESO Y LA FUSIÓN POR ABSORCIÓN

Volviendo al tema, una de las características de la economía moderna consiste en la concentración de empresas. Esta, asume múltiples formas y puede manifestarse en el campo jurídico bajo diversas modalidades, tales como: vinculaciones, participaciones recíprocas, sociedades controladas, fusión, etc.

Una de las formas que reviste la fusión, es la "Fusión por Absorción", que es el caso en que una sociedad incorpora a otra u otras sociedades, que se disuelven pero no se liquidan. Otra característica de

⁴ A título de ejemplo, véase VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa – Baglietto, S y Agranati, J "Propuesta de lege ferenda para contemplar en forma expresa la existencia de Grupos de Sociedades", tº II – pág. 409. Bs. As. 1998.

este instituto es que la sociedad incorporante asume la titularidad de los derechos y obligaciones de la sociedad incorporada o absorbida.

La Ley admite el ejercicio del derecho de recesso para los accionistas de la sociedad incorporada, tratándose de una fusión por absorción, vedándole dicha posibilidad a los socios de la sociedad absorbente. Este criterio fue sostenido por la Ley 19550, en tanto que la Ley 22.903 ratificó el mismo.

Debe tenerse en cuenta:

Cuando el Grupo se forma en supuestos tales como: adquisición de participaciones sociales por mayorías, o cuando se conforma un bloque de accionistas, o cuando algunos accionistas adquieren participaciones en otras sociedades que a la postre ejercerá un rol dominante, etc., es de difícil constatación que estamos en presencia de la mentada fusión, y más aún, es prácticamente imposible definir el momento preciso en que ésta se produce. De ahí que para estos casos, nuestra propuesta puede resultar de ilusoria aplicación;

Distinto es el caso en que la formación del Grupo, se forma a instancia de un acuerdo contractual. En cuyo caso, la decisión societaria (admitaseme la expresión) es más palpable.

Sostenemos que la formación de un Grupo en diversos casos puede asimilarse a una fusión por absorción, en primera medida, porque ésta es una de las múltiples formas en que la concentración puede realizarse. Nótese además, que lo relevante, es que lo que se produce es que se unificó el centro de poder, es decir, la toma de decisiones.

A su vez, los socios de la sociedad absorbida serán socios de la sociedad absorbente, con el natural efecto de que esto tendrá su repercusión en la necesaria transferencia de la propiedad que se operará entre las sociedades, y que luego tendrá una directa influencia en la porción de poder que lógicamente cambiará en la toma de decisiones.

Nótese que se produce una transferencia del patrimonio de las sociedades intervinientes en la fusión.

V.- CONCLUSIÓN

Cuando una Sociedad se incorpora a un Grupo Económico, podemos estar en presencia de una Fusión por Absorción. En tal caso, el

Grupo haría las veces de sociedad absorbente y la sociedad de absorbida.

En tales casos, se produce una transferencia de todo el patrimonio de la sociedad al Grupo Económico. Si ello es así, y la decisión no es impugnabile por ningún motivo, pues tanto la forma como el fondo se ajustan a derecho, entonces al socio en minoría y en desacuerdo con la decisión, no se lo puede obligar a convivir con esa situación.

Decimos que no puede obligarse al socio en disidencia a convivir con semejante situación, en razón de que la persona jurídica absorbida indefectiblemente abandonará su posición autónoma e independiente y pasará a formar parte de un esquema general (grupo). Esto traerá la lógica consecuencia, que su accionar deberá ajustarse a intereses superiores, y por ello, hasta puede darse la situación de que la misma tenga que realizar actos que vayan en su desmedro y beneficien al grupo.

Por tal motivo, es prudente autorizarle a hacer uso del derecho de receso, por la causal de que la sociedad de la que es socio, se ha fusionado con otra, mediante la figura jurídica de fusión por absorción.