

CAPÍTULO IV

PRESUPUESTO DE LA ACCIÓN

1.	Disidencia y abstención en la votación en asamblea	71
2.	Formas y plazos para ejercitar el receso en la ley de sociedades	71
3.	Derecho comparado. Proyectos de re- forma	73
4.	Transformación y quiebra de la sociedad	75
5.	Reembolso con el producido de ganancias líquidas y realizadas	76
6.	Reembolso que implica reducción del ca- pital social	77

CAPÍTULO IV

PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN

1. DISIDENCIA Y ABSTENCIÓN EN LA VOTACIÓN EN ASAMBLEA

Es evidente que quienes pueden ejercitar el derecho de receso son los socios disidentes. Los que hubieran concurrido a la sesión absteniéndose de votar, se hallan en las mismas condiciones que quienes concurrieron con su voto a la deliberación, porque la abstención, en este caso, implica un asentimiento a la resolución de la mayoría. No ocurriendo lo mismo, obviamente, con los ausentes.

2. FORMAS Y PLAZOS PARA EJERCITAR EL RECESO EN LA LEY DE SOCIEDADES

Respecto de formas y plazos, el art. 354 modificado establecía: “Los socios disidentes, en cuanto a las resoluciones de los números 3, 5 y 6 y la del número 2, si la prórroga no está autorizada por los estatutos, tienen derecho a separarse de la Sociedad, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones, en proporción al capital social,

conforme al último balance aprobado. De este derecho sólo podrán usar los disidentes presentes en la asamblea, dentro de las 24 horas de la clausura de ella, y los ausentes dentro de un mes de publicada la resolución respectiva”.

En el período comprendido desde el acto de la asamblea hasta la publicación, la situación de los socios que hacen uso del derecho de receso es exactamente igual y por ende tienen derecho para concurrir a las asambleas con voz y voto para ejercitar todos los derechos que la ley les acuerda. Recíprocamente, la asamblea de accionistas puede, durante este período, rever su anterior resolución y dejarla sin efecto.

Una vez publicada el acta de la asamblea que modificó los estatutos, el derecho que antes tenía el accionista —que era un derecho social—, se convierte en un derecho creditorio contra la sociedad. Ninguna obligación pesará en adelante sobre el socio ni éste tendrá tampoco ningún derecho social.

Respecto del término fijado por las leyes para peticionar el derecho de receso, nos dice Rivarola¹ que este plazo mínimo debería también fijarse teniendo en cuenta el monto total de las reclamaciones y su relación con el capital social, propiciando que cuanto mayor sea el importe de los reembolsos reclamados, mayor sea también, proporcionalmente, el plazo para satisfacerlos, sosteniendo que en cuanto a los intereses de terceros, la fijación del mismo plazo daría lugar a la posibilidad de publicar, mientras corre, las reclamaciones de los accionistas que necesariamente deberían ser hechas dentro de los

¹ Rivarola, Mario A., *Tratado de Derecho Comercial argentino*, citado.

treinta días para que, dentro de otro término igual, los terceros pudieran oponerse al reembolso a los accionistas hasta tanto no estén satisfechos o garantizados sus créditos.

Por nuestra parte no consideramos adecuado que el plazo de la petición deba extenderse en cuanto al monto del capital que se recesa e, inclusive, no vemos la norma jurídica que justifique la opinión que nos da Rivarola, tan ajena a la igualdad ante la ley.

3. DERECHO COMPARADO. PROYECTOS DE REFORMA

La ley española establece que “quienes no hayan votado en favor del acuerdo”, no precisan por lo tanto que se haya hecho constar el disentimiento en acta; basta con haber sostenido no estar de acuerdo.

En cuanto al plazo, en la mencionada legislación éste sería de tres meses a contar de la inscripción en el Registro Mercantil. Mientras no se inscribe el acuerdo, la sociedad quedará expuesta a las consecuencias del derecho de separación.

Es interesante la acotación que hace Portela Ramírez en su trabajo sobre *Derecho de receso*², al establecer que debe considerarse ausentes a quienes no inscribieron sus acciones, toda vez que el carácter de accionista en la oportunidad de la asamblea puede demostrarse por muchos otros medios fidedignos.

Esto es de gran importancia práctica porque han sido relativamente frecuentes los casos de accionistas a los

² Portela Ramírez, *Derecho de receso*, tesis, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1948.

cuales por determinados motivos se les impidió el acceso a la asamblea, no obstante revestir la calidad de socios, para posteriormente considerárselos ausentes.

Entendemos, y así lo propiciamos en el Proyecto de Ley del empresariado y de las sociedades mercantiles, que debe fijarse un plazo no menor de tres días para los que se hubieren opuesto y no menor de noventa para los ausentes, pues si están ausentes se encuentran generalmente a gran distancia del lugar donde se celebra la asamblea o ni siquiera se han enterado de su convocatoria.

En este sentido, el art. 377 del proyecto Aztiria-Malagarriga ya establecía una diferencia de plazo, toda vez que establecía tres días para los presentes y un mes para los ausentes, aclarando que era a partir de la clausura de la asamblea o a partir de que la misma es publicada.

La legislación brasileña contempla el caso de los accionistas que sustituyan a los socios que solicitaran y obtuvieran el derecho de receso, estableciendo que son los accionistas o socios que sustituyeron a aquellos cuyas acciones hubieran sido reembolsadas, quienes quedarán subrogados en sus derechos y obligaciones y pagarán por las acciones el monto correspondiente al valor del reembolso.

Evidentemente, esta disposición de la ley brasileña, en su art. 105, inc. 3º, da lugar a diversas interpretaciones.

En primer lugar, no conceptúa que el reembolso tenga que ser efectuado aparentemente por la sociedad, sino por los accionistas que ocupan el lugar de los socios que ejercen el derecho de receso, siendo esta instrumentación diferente a nuestro concepto.

También la ley brasileña establece que el derecho de separación debe ser comunicado por carta notarial dentro de los tres días siguientes a la junta general, si concurrió

a ella; o a los diez días siguientes a la inscripción de la modificación en el Registro Mercantil, en caso contrario.

México establece en el art. 220 de la Ley general de sociedades que “el retiro parcial o total de aportaciones de un socio deberá notificarse a la sociedad de manera fehaciente, y no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el fin del ejercicio siguiente, si se hiciese después”.

Es evidente que la legislación mexicana contempla el caso de considerar durante mayor tiempo al socio recedente como no abandonando su calidad de socio.

Al respecto, sostiene Castillo³ que una vez publicada el acta de la asamblea que modificó los estatutos, recién entonces el derecho que antes tenía el accionista, que era un derecho social, se convierte en un derecho creditorio contra la sociedad, y de ahí en más, no pesará ninguna obligación sobre el socio recedente, convertido ya en acreedor de la sociedad.

4. TRANSFORMACIÓN Y QUIEBRA DE LA SOCIEDAD

El art. 78 de la Ley de sociedades establece que el derecho de receso en el caso de transformación, no podrá ser ejercido hasta que los acreedores afectados no hayan aceptado la transformación.

Concordantemente con este principio, la Ley de concursos establece en su art. 153 que “producida la quiebra de la sociedad, cesa la facultad de los socios

³ Castillo, Ramón S., *Curso de Derecho Comercial*, citada,

de ejercitar o hacer efectivo su derecho de receso”; así como también que “si el receso se ejercita estando la sociedad en cesación de pagos, los recedentes deben reintegrar al concurso todo lo que han percibido por ese motivo”.

El principio de “mantener la integridad del patrimonio en resguardo de los acreedores” de la Ley de concursos, es concordante con la disposición del art. 78 de la ley 19.550.

5. REEMBOLSO CON EL PRODUCIDO DE GANANCIAS LÍQUIDAS Y REALIZADAS

Héctor García Cuerva, en su trabajo *Reducción de capital y la protección de los acreedores sociales*⁴, nos dice que “El receso importa el reembolso del valor de las acciones —conforme al último balance aprobado— al accionista disconforme o ausente en las decisiones asamblearias especiales a que se hace referencia en el art. 245 del decreto ley 19.550/72. El ejercicio de dicho derecho puede importar o no la reducción del capital social”, ya que “importa la reducción del capital social en la medida en que dicho reembolso no se efectúe con utilidades líquidas y realizadas”.

Desde ya queremos reiterar que en la gran mayoría de los casos que se han planteado en la práctica, la efectivización del valor de la parte recedente a las adquisiciones correspondientes al socio disidente siempre se han realizado con el producido de las ganancias líquidas y realizadas.

⁴ García Cuerva, Héctor, *Reducción de capital y la protección de los acreedores sociales*, en “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Bs. As., Depalma, diciembre 1974.

6. REEMBOLSO QUE IMPLICA REDUCCION DEL CAPITAL SOCIAL

En su trabajo, García Cuerva cita a Giancarlo Fre, quien en *Società per azioni* opina que en el caso de reducción de capital se trata de una reducción necesaria “pero no por esto se puede prescindir de la convocación de la asamblea para la correspondiente deliberación”.

El citado autor, acertadamente señala que nuestra ley sólo contempla uno de los casos, el que consiste en la disminución del número de acciones; esto es, el art. 220, inc. 1º, para cancelarlas previo acuerdo de reducción.

Así también, establece el art. 223 que el estatuto puede autorizar la amortización total o parcial de acciones integradas con ganancias realizadas pero con los siguientes recaudos: resolución previa en la asamblea que fije el justo precio y la igualdad de los accionistas.

Desde ya reiteramos nuestra opinión acorde con la experiencia jurisprudencial de que en la mayoría de los casos se ha efectuado con las utilidades líquidas y realizadas.

Concordantemente con las disposiciones del art. 223, es evidente que no procede la oposición del resto de los accionistas al sorteo, conforme lo señala acertadamente el autor en su trabajo mencionado, donde cita también la alta autoridad de Garrigues, quien nos expresa: “antes de llevarse a cabo el sorteo todas las acciones se encuentran en situación de paridad en el tratamiento, existiendo la misma probabilidad de permanecer como socio, cada uno de los titulares de aquéllas”.