

## CAPÍTULO V

### EJERCICIO PRÁCTICO DEL DERECHO DE RECESO

1.	Antecedentes en la situación económica nacional .....	79
2.	Planteamiento de la acción .....	80
	<i>a)</i> Juicio de receso .....	81
	<i>b)</i> Juicio de nulidad de balance .....	81
3.	Solución en los hechos .....	82
4.	Revocabilidad .....	83
	<i>a)</i> Concepto .....	83
	<i>b)</i> Revocación y nueva deliberación ...	83
	<i>c)</i> Jurisprudencia .....	86

## CAPÍTULO V

### EJERCICIO PRÁCTICO DEL DERECHO DE RECESO

#### 1. ANTECEDENTES EN LA SITUACIÓN ECONÓMICA NACIONAL

En determinados ciclos económicos de la Argentina han proliferado los planteos de la situación estudiada.

Paralelamente se agudizó, como es lógico, la revocabilidad de la medida que legitima el receso, como solución frente a su planteamiento.

En efecto, la revocabilidad de la medida se dio con mayor frecuencia en la década de 1930-1940.

Producida la quiebra del Banco Español y de varias entidades bancarias y parabancarias, tales como las distintas cajas de crédito, cajas de seguros mutuos y cajas mutuales, que modificaron apresuradamente su objeto, capital y estatutos para adaptarse a las circunstancias económicas del momento, dado pues ese fenómeno, muchas de esas entidades se vieron afectadas por los planteamientos de ejercicio de la recesión por parte de los socios.

Al ser importante la cantidad de socios que solicitaron el derecho de receso, colocando en una situación

económicamente difícil a las mismas empresas, se realizaron nuevas asambleas en las cuales se revocó la medida tomada.

Evidentemente, esta facultad de la asamblea fue un acto de defensa en los casos en que la sociedad hubiera podido verse privada de una parte muy importante de su capital, con lo cual se tendía a solucionar la situación.

Ello resulta claro en planteos como el que ilustran las causas “Betti y otros c/Caja Internacional Mutua de Pensiones” y “Troya c/Banco Internacional del Río de la Plata”, o “Banco Alemán Transatlántico c/Haras ‘Las Hortigas’”, etcétera.

Creado el Banco Central en 1935 y regularizada la situación bancaria, vemos disminuir el ejercicio de este derecho en general, y en lo que hace a empresas financieras, en particular.

A lo que se debe añadir que tratándose de una época donde cada centavo mantenía constantemente su valor, la perspectiva de un juicio ordinario no desalentaba, puesto que la inflación no sólo era inexistente sino que el país vivía una fuerte recesión económica.

## 2. PLANTEAMIENTO DE LA ACCIÓN

En primer lugar, intimado mediante telegrama colacionado el receso, por el socio disidente, supongamos que recibe una oferta conforme al porcentaje que le corresponde según el último balance aprobado, si es que recibe alguna oferta.

Es evidente que si el último balance ha sido confeccionado por quienes tienen el control de la empresa, los

mismos deben haber considerado la posibilidad del planteamiento de la acción, máxime que son las mismas autoridades societarias quienes tomaron la medida que origina el receso.

En estos casos, generalmente la oferta realizada por quienes tienen el control de la empresa suele ser bastante inferior al valor real.

En tal supuesto, el socio disconforme deberá iniciar prácticamente dos juicios ordinarios distintos.

*a) Juicio de receso.* Acreditada su voluntad de separación de la empresa en la forma indicada, deberá iniciar la demanda ordinaria, acreditando todos los extremos invocados.

Nombrar luego distintos peritos: tasador, sobre el valor de los bienes inmuebles; perito ingeniero, sobre las posibilidades de producción de la empresa de conformidad a su maquinaria; perito tasador, sobre el valor llave y el nombre comercial; peritos contadores, con respecto a los balances y el flujo de caja (*cash flow*), etcétera.

Obviamente esta cantidad de peritos son nombrados por cada parte, sin considerar los que paralelamente debe nombrar el juzgado de oficio, con lo cual pueden llegar a intervenir más de diez profesionales, con el incremento de costas que es dable imaginar, sin considerar los honorarios de los letrados intervinientes.

A todo ello debe tenerse en cuenta que se trata de un juicio ordinario con pericias muy complejas y costosas, las que originan un desembolso de dinero prácticamente constante durante toda la tramitación del juicio.

*b) Juicio de nulidad de balance.* Si bien el disidente puede plantear la nulidad del último balance y nada

obsta para que se realice uno posterior, no debe olvidarse que este balance fue aprobado, al menos formalmente, por la correspondiente asamblea de accionistas.

Por lo que la acción a seguir sería la de nulidad de asamblea y balances.

Pero entonces se plantea la pregunta básica:

¿Puede el socio que ha manifestado su voluntad de retiro de la sociedad plantear la nulidad de asamblea de una sociedad de la que ha dejado de ser parte?

Conforme se cuestionó ya antes en los autos “Healy c/Compañía de Muebles y Depósitos del Puerto de la Plata”, antes citados.

### 3. SOLUCIÓN EN LOS HECHOS

En estos supuestos casi siempre se trata de más de dos socios los que se encuentran disconformes, por lo que suelen formar dos grupos aparentemente distintos.

Siempre y cuando se reúnan los requisitos del art. 236 de la Ley de sociedades (socios que representen como mínimo el 5 % del capital social).

*Grupo A.* No recesa y plantea: nulidad de Asamblea y Balance; remoción del directorio (presupuesto necesario del pedido de intervención), y juicio de intervención judicial (sin olvidar que debe agotarse la vía administrativa).

*Grupo B.* Plantea el juicio de receso, con el consiguiente nombramiento de peritos, etcétera.

Así las cosas se producen dos alternativas:

1) o se llega a un arreglo extrajudicial con ambos grupos debido al alto costo y largo trámite de los juicios y el consiguiente peligro para la sociedad, o

2) la sociedad, mediante la convocatoria a nueva asamblea, revoca la medida, con lo que deja sin efecto los presupuestos necesarios de la acción.

Éstas son las circunstancias por las que, en las últimas décadas, fueron casi nulos los pronunciamientos judiciales sobre el derecho de receso, hecho reconocido por Halperin al expresar: “se trata de una norma que actúa por presencia y la posibilidad de su efectivización”<sup>1</sup>.

#### 4. REVOCABILIDAD

a) *Concepto.* En tal sentido nos dice Garo<sup>2</sup>: “para que ese derecho se haga efectivo es menester que la resolución tenga estado definitivo, vale decir, se haya inscripto, publicado y cuente con la aprobación del P.E., porque hasta entonces no puede oponerse ni a los accionistas ni a los terceros”, agregando que en ese ínterin el accionista sigue en posesión de su carácter de tal y que “recién se lo podrá considerar como un extraño, como un acreedor, cuando la sociedad haya cumplido todas las formalidades como para ejecutar la decisión de la asamblea”.

b) *Revocación y nueva deliberación.* De Gregorio<sup>3</sup>, tomando como base la posibilidad de la revocabilidad de la medida, nos dice que “estamos ante el caso de una declaración unilateral de voluntad”, pero cita el caso de

<sup>1</sup> Halperin, Isaac, *Manual de sociedades anónimas*, citado.

<sup>2</sup> Garo, Francisco J., *Sociedades anónimas*, citado.

<sup>3</sup> De Gregorio, Alfredo O., *De las sociedades y de las asociaciones comerciales*, 1950.

que “si la sociedad, visto el gran número de las separaciones, delibera la disolución, esta nueva deliberación tendría eficacia también frente a aquellos que hayan declarado la separación, si la precedente deliberación no ha sido todavía publicada”, sosteniendo que la sociedad “si no se decide a realizar las publicaciones a que está obligada, podrá, antes de que haya pasado en cosa juzgada la sentencia que reconozca el derecho al que se separa, revocar la deliberación”.

Entendemos que éste debe ser el criterio correcto.

Camara <sup>4</sup> nos dice “que puede usarse de este derecho, aun cuando la deliberación social que constituye su base fuere impugnada de nulidad”, estableciendo que “sin embargo, queda enervado si la asamblea rectifica y restablece el estatuto social”.

Evidentemente, esta restitución debe ser realizada antes de la publicación.

Fernández <sup>5</sup> expresa que “Dado que este derecho lo ejercita el socio para no poder ser alcanzado por la decisión de la asamblea, si queda sin efecto sea por una decisión contraria del mismo órgano social, sea porque la reforma del acto constitutivo o de los estatutos no es autorizada por el Poder Ejecutivo, el derecho de receso carece ya de razón de ser y, no habiéndose aún devuelto al socio la parte de capital que le corresponde, queda automáticamente sin efecto, porque la sociedad continúa como antes de la reforma y los accionistas no pueden retirarse de la

<sup>4</sup> Cámara, Héctor, *Sociedades anónimas*, citado.

<sup>5</sup> Fernández, Raymundo L., *Código de Comercio comentado*, t. I, vol. 2.

misma desaparecida la causa que dio nacimiento a tal derecho, éste debe también extinguirse”.

Señala acertadamente, como siempre, que en la práctica, una vez sancionada una reforma que autoriza el derecho de receso, se espera hasta conocer el número de accionistas que hacen uso del mismo y “si éste es crecido y hace peligrar la estabilidad de la sociedad, convocan de nuevo a la asamblea para dejarla sin efecto”.

De Gregorio <sup>6</sup>, refiriéndose al art. 158 del antiguo Código italiano que habla de “accionistas que disienten de las deliberaciones”, anota que “quizá será más exacto hablar de accionistas que no hayan participado, aprobándola, en la deliberación; en efecto, el fundamento lógico de la norma es que se sustraigan al imperio de una cierta modificación estatutaria aquellos que no han contribuido a formarla; y en esta situación se encuentran también los que han intervenido en la asamblea que se hayan abstenido del voto”.

Evidentemente, no toma en cuenta, en este caso, a los ausentes, ya que se refiere a los que no han intervenido.

El mencionado art. 158 establece el plazo de 24 horas y de un mes desde la publicación en el “diario de los anuncios judiciales” para los que no han intervenido.

Por su parte Fernández <sup>7</sup> expresa que si bien la ley no ha determinado la forma en que los disidentes deben expresar su disconformidad, “pueden valerse de cualquier medio: gestión personal, carta, telegrama, etc., cuidando de usar los que faciliten la prueba de su actitud; para los ausentes a la asamblea, que gozan del plazo de un mes,

<sup>6</sup> De Gregorio, ob. citada.

<sup>7</sup> Fernández, ob. citada.

la gestión personal y la carta, de preferencia certificada, serán suficientes”.

En tal sentido nos señala Fernández que el término de 24 horas “es realmente angustioso, máxime que debe computarse desde la hora de clausura y no desde las 24 del día en que ésta tiene lugar”<sup>8</sup> y “corre aun en día feriado, pues no se trata de un término procesal y por aplicación del Código Civil, art. 28, deben computarse los feriados inclusive”.

c) *Jurisprudencia.* Entre los fallos jurisprudenciales en relación a los temas tratados precedentemente, tenemos el dictado por la Cámara Comercial en los autos “Vercelli c/Caras y Caretas”, que establece que la manifestación de voluntad del accionista que desea separarse de la sociedad haciendo uso del derecho de receso, debe quedar sin efecto cuando la asamblea rectifica sus sanciones y restablece el imperio del estatuto en la parte derogada, antes de que las reformas del acto constitutivo se hayan incorporado al contrato social.

Este fallo fue fundamentado por los doctores Casares y Castillo, quienes citan a Vivante, el cual expresa: “si el asociado notifica su resolución de separarse, ésta sólo tendrá efecto en el caso de que la publicación fuera efectivamente realizada. Si la mayoría de los asociados, persuadidos de los obstáculos que se oponen a la ejecución de la deliberación, resuelve revocarla, reuniéndose en una nueva asamblea extraordinaria antes que se haya publicado, el socio que notificó su receso ya no puede ejercitarlo”.

<sup>8</sup> Fernández, Raymundo L., *Código de Procedimiento Civil y Comercial, concordado y comentado*, Bs. As., Amorrortu, 1948.

Con este fallo se sienta un importante precedente, ya que se destruye totalmente el supuesto planteado por los detractores del derecho de receso, los que argumentaban que podía dar lugar al exceso de pérdida del capital, ya que se atacaba el principio de la intangibilidad del mismo.

Es aquí que vemos que en el caso de que los inconvenientes fueran insalvables para la sociedad, tiene siempre su facultad de rever la medida.

En los autos “Betti y otros c/Caja Internacional Mutua de Pensiones”, la Cámara Comercial de la Capital Federal, en fallo del 3 de julio de 1925 dictaminó que el derecho del socio, de acuerdo al Código, de plantear el receso dentro de los 30 días de publicada la resolución si ha estado ausente en la asamblea que tomó tal determinación, debe contarse recién a partir de los 30 días de publicada ésta.

En los autos “Troya c/Banco Internacional del Río de la Plata”, la Cámara Comercial de la Capital, con fecha 8 de agosto de 1930, en su sentencia dijo que no es revocable la manifestación de voluntad del socio que acepta el cambio de objeto de la sociedad anónima.

Por lo demás, la manifestación fehaciente y comprobada de conformidad con la reforma de los estatutos de una sociedad anónima, aunque sea hecha por el socio fuera de la asamblea, importa la pérdida del derecho de receso acordado por el art. 354 del Código de Comercio.

En los autos “La Reforma (Cía. de Seguros) c/Martínez”, la Cámara Comercial de la Capital, en fallo del 27 de diciembre de 1932, expresa que el plazo debe correr a partir de la publicación y dictamina que la reposición del capital resuelta por la asamblea de una sociedad anónima, no obliga a los accionistas ausentes, si no se ha

efectuado la publicación que dispone el art. 354 del Código de Comercio.

Evidentemente, con el criterio anterior, en idéntico caso “La Reforma c/Varela”, la Cámara Comercial de la Capital, en fallo del 15 de noviembre de 1932, estableció que la reposición del capital resuelta por la asamblea de accionistas de una sociedad anónima no puede ser exigida al accionista ausente, si no se dio a aquella resolución la publicidad establecida en el art. 354 del Código de Comercio.

Vemos que es concordante el criterio de ser realizada la publicidad como factor determinante.

En el fallo dictado por la Cámara Comercial de la Capital el 8 de abril de 1932 en autos “Lozano Millán y otros c/Banco Internacional del Río de La Plata”, se dijo que no es revocable la manifestación de voluntad del socio que acepta el cambio de objeto de la sociedad anónima y, asimismo, que el accionista que quiere retractar su conformidad con el cambio de objeto de la sociedad anónima, no puede aducir haber sido víctima de un error debido a un engaño de la sociedad demandada, si la falta de prueba desautoriza el móvil alegado.

En los autos “Banco Alemán Transatlántico c/Haras ‘Las Ortigas S.A.’”, la Cámara Comercial de la Capital señaló que aunque la demanda de receso se haya presentado antes de transcurrir un mes desde la fecha de la asamblea que adoptó la resolución que ha originado la disconformidad del accionista que no concurrió a la asamblea, procede declarar que se encuentra caduca dicha acción si la demanda fue notificada después de haber transcurrido el mes, puesto que, dentro del plazo perentorio fijado por ley, el accionista debió comunicar a la sociedad su voluntad de separarse de ella,