

LA DESAPARICIÓN DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL ACCIONISTA MINORITARIO EN LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Manuel Pablo Olaechea*

El derecho de separación del accionista minoritario es uno de los instrumentos que contiene nuestra actual Ley General de Sociedades para proteger a dicho tipo de accionista. Sin embargo, dicho derecho debe encontrarse bien regulado a fin de evitar cualquier tipo de abuso futuro que pueda llevar a la liquidación o, incluso, a la quiebra de la sociedad, perjudicando ya no sólo al accionista minoritario, sino también al mayoritario y a la sociedad en su conjunto.

En el presente artículo, el autor realiza una breve explicación sobre cómo se encuentra regulado el derecho de separación en nuestra ley, comparándola con la anterior, concluyendo con una interesante crítica a quienes participaron en la elaboración de dicho cuerpo legal.

El derecho asociativo moderno ha creado en muchos países el instituto de la separación o receso, según el cual ningún accionista minoritario está obligado a aceptar determinados acuerdos fundamentales adoptados por la mayoría, para modificar condiciones que fueron básicas para el accionista minoritario al tiempo de decidir su participación en la constitución de la Sociedad, o invertir en ella. Este derecho constituye una derogación del principio rector de la sociedad anónima sobre la sumisión al voto de la mayoría, y es complementario del derecho de impugnación de los acuerdos de las juntas generales.

La impugnación y la separación, por ser acciones de excepción, han sido legisladas cuidadosamente a fin de procurar un equilibrio entre los derechos de las mayorías y los de las minorías. Es útil consignar aquí que la tendencia de muchos legisladores a adoptar una equivocada actitud de sensibilidad social, ha llegado al extremo de incorporar en una sociedad de capitales y no de personas, disposiciones limitativas a la mayoría propias de sociedades de personas, cuyo resultado es negativo. Para proteger a las minorías, existen otras formas de sociedades de personas, en las que las minorías pueden participar en la gestión y gozar de otro tipo de protección. A ellas deben recurrir quienes deseen intervenir con pequeñas inversiones en una sociedad, y tener voz y voto en su manejo.

No hay que olvidar que la sociedad anónima, principal elemento de la economía libre, es un instrumento creador de trabajo y riqueza, y no el campo legislativo más apropiado para recurrir a medidas pseudo populistas. La protección exagerada del pequeño inversionista termina por redundar en su propio daño,

* Abogado.

privándolo de participar en las sociedades anónimas por ser considerado como un obstáculo para la marcha social. Así sucede siempre con las equivocadas medidas que aparentemente tienen por objeto favorecer al deudor, y que en la práctica lo privan de acceso al crédito. Hace años, por ejemplo, un gobernante prohibió la ejecución judicial por deudas en el caso de falta de pago por ventas a plazos de automóviles de servicio público y máquinas de coser. La ley expresaba triunfante que eran instrumentos de trabajo. Resultado, desaparecieron esas ventas y en adelante los choferes y costureras estaban obligadas a efectuar las compras al contado.

Dentro de las ideas brevemente expuestas, los casos que contempla el artículo 200 de la Nueva Ley General de Sociedades para el ejercicio de la acción de separación, son:

- (a) El cambio de objeto social: Esto es lógico, porque el objeto social tiene que ser necesariamente concreto. Si fuera ilimitado, el accionista no podría actuar por cuenta propia ni intervenir en el manejo de la sociedad sin incurrir en un claro conflicto de intereses. Por ejemplo, cuando una persona participa en una sociedad cuyo objeto es la venta de joyas, es evidente que no puede dedicarse personalmente y por cuenta propia a esa misma actividad. Si el objeto social fuese general, el accionista estaría impedido de toda actividad en la vida. Esto es uno de los fundamentos del principio doctrinal que exige que el objeto social sea claro y expresamente limitado.
- (b) El traslado del domicilio al extranjero: Esta decisión implica la pérdida de información y control al accionista sobre la actividad de la sociedad, y justifica su apartamiento por no estar de acuerdo con el cambio.
- (c) La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes: Quien participa en la formación de una sociedad anónima, o quien adquiere acciones de una sociedad en marcha, supone con justicia que se adhiere al Estatuto vigente al tiempo de la constitución social o de la adquisición de sus acciones. En ambos casos ha sopesado, antes de integrarse, cuáles son las limitaciones que pueden existir a la transmisibilidad de las acciones y las ha encontrado conformes. Una decisión de la mayoría que cree nuevas limitaciones o modifique las existentes, puede inmovilizar sus acciones, afectando su posición económica y liquidez, y constituir un peligro, lo que justifica que no la acepte.
- (d) El artículo 338 consagra la transformación de la sociedad de una clase a otra. Esto puede entrañar un aumento de la responsabilidad del accionista y otro tipo de relación con sus socios, especialmente si se va de la anónima a la colectiva. Es natural que tenga la opción a separarse.
- (e) Fusión: El artículo 356 agrega que la fusión también da el derecho de separación. También es comprensible porque la fusión introduce accionistas y capitales nuevos y extraños que alteran la relación y las razones que tuvo el accionista minoritario para participar en la formación de la sociedad, o para adquirir sus acciones.
- (f) Escisión: El artículo 385 de la Ley General de Sociedades otorga el derecho de separación a los socios o accionistas de las sociedades que se escinden. El capital comprometido en el negocio puede quedar afectado y la solvencia social reducida, por lo que en esas condiciones el accionista minoritario pierde interés para continuar en una o ambas de las sociedades escindidas. Por eso, la Ley le franquea también el derecho.
- (g) Finalmente, el artículo 200 permite el ejercicio del derecho de separación en los demás casos que señale la Ley o el estatuto. La modificación al pacto suprimiendo un derecho de separación acordado, requiere el consentimiento de todos los accionistas y no tan sólo de una mayoría, como sucede en otras modificaciones del Estatuto respecto de las cuales el voto de la mayoría es concluyente.

Como se ha expresado, la impugnación de los acuerdos de una Junta General y la separación de un accionista sólo es posible en casos tasados y limitados, en vista a que el ejercicio incondicional y abusivo de ese derecho destruiría el principio básico de la sumisión al voto de la mayoría. En España, los tratadistas Garrigues y Uría llegan al extremo de sostener que aún en los casos contemplados por la ley, no procede la separación cuando la sociedad prueba que el acuerdo adoptado ha sido tomado en beneficio del interés general de la sociedad y sin el propósito de perjudicar a los minoritarios.

La tesis de los autores citados también se sustenta, obviamente, en el hecho de que en la mayoría de los casos la separación del minoritario se debe a que las actividades sociales no marchan bien y se encuentran en dificultades. Excepción hecha de los casos en que se actúa de mala fe, la sociedad se ve obligada a adoptar los acuerdos que generan el derecho de separación, con el propósito de buscar una actividad

más lucrativa, o un territorio más propicio, o una mayor fortaleza social mediante una fusión, o la escisión de actividades cuya rentabilidad no es similar. Este esfuerzo, muchas veces heroico, no puede ser castigado, permitiendo al accionista minoritario recuperar su capital como si nada hubiese sucedido, en medio de las dificultades de la sociedad. El ejercicio ilícito de ese derecho puede llevar al extremo de producir la ruina social, con daño para los accionistas mayoritarios y minoritarios.

Si el accionista minoritario intervino en la formación en la sociedad o adquirió acciones o participaciones de una sociedad, fue porque consideraba el negocio bueno y estaba dispuesto a correr el riesgo que su actividad, como es connatural en toda empresa humana, podía tener resultados negativos. Comprendiéndolo así, las leyes sobre sociedades que contemplan el derecho de separación han establecido plazos breves para el ejercicio del derecho de separación, y términos y condiciones benévolos, sin intereses, para la separación del minoritario, a fin de no afectar la supervivencia de la sociedad, ni agravar su situación de crisis. Por eso, los plazos para el pago que señala la ley se subordinan al compromiso de no afectar la estabilidad de la empresa. El artículo 210 de la Ley General de Sociedades, derogada, da la facultad al juez de imponer al socio minoritario la obligación de recibir el pago en especie cuando expresa que si "la sociedad no estuviere en posibilidades de realizarlos en dinero, se efectuará en la forma que determine el juez".

Esa es la norma en nuestra derogada Ley General de Sociedades que al respecto seguía el modelo de la ley española. Si las acciones se cotizan en Bolsa, es obvio que el pago debe hacerse conforme a la cotización; si no se cotizan, el valor que resulte del patrimonio líquido según el último balance aprobado. Si bien el mandato legal era correcto cuando se trata de acciones que se cotizan en Bolsa, la fórmula era defectuosa respecto de las no cotizadas, cuyo valor al tiempo del acuerdo es prácticamente un enigma. ¿Cuál es el valor real de las acciones de una empresa en esa circunstancia? Cualquier respuesta es aventurada, y la defectuosa forma del texto legal comentado permite al socio que se separa beneficiarse dolosamente, al ejercer un derecho de separación de una empresa cuya gestión es desfavorable y puede estar próxima a la liquidación. El concepto de patrimonio líquido es ilusorio, y está muy alejado del valor real de una empresa en dificultades.

Quien interviene en una sociedad, participa como socio a través de sus acciones o participaciones en la

propiedad de los bienes que constituyen el activo social. Si bien es indudable que puede exigir que se le pague ese valor cuando las acciones se cotizan en Bolsa, pues es un valor conocido, la situación es totalmente diferente cuando se trata de acciones o participaciones no cotizadas y en las que el valor en libros, sin tomar en cuenta la situación económica del negocio, no refleja la realidad. En este caso, la separación debe ser fijada por las tasaciones directas e indirectas, señalando como valor final la semi-suma de ambas. Los resultados negativos del balance se reflejarían más en la fijación del valor.

El derecho de separación no se ha creado, pues, para dar oportunidad a algunos socios para convertir lo que ha sido una mala inversión, libremente efectuada, en un negocio brillante. Repetimos, al ingresar a la sociedad asumieran el riesgo del negocio y ya no son propietarios de bienes nuevos, cuyo valor pueda ser apreciado independientemente del fin al que están aplicados como si fuesen adquiridos nuevos y solicitados por el comprador en una tienda. Los bienes de una sociedad son objetos usados y aplicados a un fin. Si este fin no marcha, su valor es prácticamente nulo, y el socio, moral y jurídicamente, no puede eludir ese hecho.

Paradójicamente, la nueva Ley General de Sociedades, Ley 26887, dictada en 1998, en lugar de modificar el artículo 210 de la Ley derogada sobre los lineamientos que quedan hechos, para el efecto de hacer más equitativa la cantidad que recibe el accionista que se separa, ha legislado en sentido contrario, disponiendo que el pago debe efectuarse a los dos meses contados a partir del ejercicio del derecho de separación, con pago de intereses compensatorios calculados sobre la tasa más alta permitida por ley para los créditos entre personas ajenas al sistema financiero y, finalmente, devengando de modo adicional intereses moratorios.

La reforma es incomprensible y ha convertido el derecho de separación en ilusorio, si es que no lo ha suprimido. Mejor no se puede legislar para ello. Ninguna sociedad estará dispuesta, en el caso de estar en dificultades, a adoptar alguno de los acuerdos que facultan al accionista minoritario para realizar un pingüe negocio con la desgracia social, y ejercer un derecho de separación abusivo e injustificado. La conclusión indeclinable es que el instituto deviene inútil y que la sociedad preferirá marchar a la liquidación o la quiebra, con pérdida total de su patrimonio, pues como dice Voltaire, "los acreedores y los accionistas, en esos casos, ven con desesperación cómo lo que queda del quebrado, se lo lleva la justicia".

No sólo los accionistas sufrirán las consecuencias del nuevo texto, los acreedores también serán burlados, pues cobrarán después del accionista que se separa, quien inclusive puede estar coludido con los otros accionistas para frustrar a los acreedores.

No cabe pensar que los autores de la nueva Ley General de Sociedades, después de meditarlo, optaron por introducir las modificaciones a que se ha hecho referencia, cuando una simple reflexión descartaba esa fórmula. Lo sucedido, por el contrario, debe atribuirse a la forma precipitada como se tramitó la aprobación de esa Ley, y a la colaboración usual de abogados espontáneos, quienes aprovecharon el proceso de modificación de la Ley General de Sociedades -hoy especie de zoológico jurídico que incluye todas las formas asociativas- para introducir en su texto cambios destinados a ser invocados dolosamente en procesos judiciales a su cargo.

Evidentemente, esa acción fue un gesto o intento torpe e ignorante, puesto que los jueces no aceptarían la invocación retroactiva de la nueva ley. Obviamente, el nuevo texto fue un inútil torpedo bajo la línea de flotación a la Ley y a sus autores. Entendemos que en la vida real se invocó efectivamente la nueva ley a un proceso existente y como era lógico, esa pretensión retroactiva fue rechazada por el juez.

Sería interesante que los redactores de la Ley General de Sociedades identifiquen y hagan pública esa espontánea cooperación legislativa, como forma de desterrar la reprobable práctica de intervenir en la redacción de códigos y leyes en proceso de revisión, para servir intereses particulares, como ha sucedido frecuentemente en el curso de nuestra historia legislativa.

Por la supervivencia de las sociedades, el absurdo texto del artículo 200 de la Ley General de Sociedades vigente debe ser modificado y sustituido por el artículo 210 de la antigua ley derogada, con dos cambios. Primero, que el derecho de separación no sea exigible si se prueba que el acuerdo ha sido adoptado en interés de todos los accionistas y de la sociedad y no de un grupo. En segundo término, que el valor de las acciones o participaciones a reembolsar sea el resultado de la semi-suma de la tasación directa e indirecta del activo, pagadera en plazos que no afecten la estabilidad de la sociedad, y que en caso de falta de liquidez, pueda ser cancelada a criterio judicial en especie, mediante la aplicación de bienes no esenciales para el fin social. Un artículo así modificado, constituirá el texto correcto a ser aplicado desde su promulgación.

Por último, cabe aprovechar de esta ejemplar experiencia y como práctica, establecer que todo cambio sugerido al texto original de una ley en revisión por personas ajenas a la Comisión, debe ser presentado por escrito, con la correspondiente exposición de motivos y que luego, al promulgarse la ley, esa documentación se haga pública para evitar que su autor pretenda utilizar su gazapo para sus intereses particulares. El caso examinado en los párrafos anteriores constituye un ejemplo claro que los redactores de códigos y leyes deben tener siempre presente y no aceptar propuestas de personas que irresponsablemente las formulan, guiadas por un interés particular y sin importarles las consecuencias generales. También, servir para recordar a los legisladores proceder con prudencia y con la consulta de otras legislaciones y doctrina internacional, pensando que la ley que se va a dictar tendrá consecuencias en el bienestar o el daño generales, y que no puede contener principios y reglas exóticos a las contemplados por la legislación mundial.