

Errepar, DSE, nro. 306, tomo XXV, Mayo 2013.

“Las sociedades al cincuenta por ciento: empate, paralización y liquidación. Instrumentos y acciones legales de prevención o superación”.

Por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (PATER) Y EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).

Abstract:

-En las sociedades al cincuenta por ciento, generalmente de dos socios y creadas igualitariamente por causas culturales, existe un enorme riesgo de decisiones empatadas que, a falta de otros remedios en la ley de sociedades, dan lugar a la paralización social y a la consecuente intervención judicial y disolución forzada, con liquidación ineficiente de la empresa y destrucción de valor económico y social.

-En el presente trabajo los autores brindan una serie de cláusulas e instrumentos societarios y contractuales de prevención y superación del “impasse” y, para el caso de no haberse éstos implementado, proponen el inicio de acciones judiciales concretas tendientes a permitir la continuación de las actividades de la sociedad empatada y/o para sancionar al socio que impuso el bloqueo en forma abusiva.

Texto:

1.-LAS SOCIEDADES IGUALITARIAS AL CINCUENTA POR CIENTO.

Existe en nuestro medio la práctica que, cuando dos personas encaran en común un nuevo negocio y constituyen una sociedad comercial, se asignan el cincuenta por ciento del capital y de los votos cada uno.

Se trata, en rigor, de una regla cultural que busca lograr el equilibrio y una igualdad de trato y, al mismo tiempo, evitar la subordinación de uno a otro.

Sin embargo, la afirmación de que “las sociedades al 50% son más justas” es un mito ya que no siempre es así si se consideran los verdaderos aportes de cada parte para el negocio común.

En efecto, más allá del capital formal que se consigna en el estatuto (generalmente un aporte efectivo mínimo), los socios efectúan otros aportes que son los fundamentales para la sustentabilidad del negocio (trabajo, tecnología, clientes, proveedores, acceso a mercado, uso de local, maquinaria, etc.) que generalmente no son debidamente instrumentados entre ellos¹ y, menos aún, valorados al precio de mercado a los fines de la distribución de las proporciones de capital y votos.

Se ve entonces que, en muchos casos, las sociedades cincuenta y cincuenta se fundan en un hecho cultural o en la indebida apreciación de los aportes diferenciales de cada uno o en la liberalidad de un socio respecto del otro, pero no en razones de estricta justicia.

¹ Ver de los autores “Sindicación de acciones y convenios privados entre los socios. Valor legal y necesaria implementación”, Errepar, DSE, nro. 304, tomo XXV, Marzo 2013.

En otros casos, la igualdad de capital y votos obedece a razones familiares, como cuando dos hermanos heredan un negocio o lo reciben anticipadamente de manos del fundador².

También es habitual que cuando los cónyuges constituyen una sociedad se atribuyan capital y votos en forma igualitaria, siguiendo las pautas de división por mitades de los bienes gananciales, propia de la sociedad conyugal.

Otros casos de sociedades al cincuenta por ciento se dan cuando hay un previo condominio igualitario sobre un inmueble que se aporta a una sociedad para su mejor explotación o ulterior venta.

En otros supuestos, la paridad cincuenta y cincuenta resulta de un contrato de joint venture entre dos sociedades, o grupos societarios, que se instrumenta como un "joint venture societario"³.

Finalmente, cabe señalar que los problemas de las sociedades cincuenta y cincuenta también se presentan cuando no son dos socios sino dos grupos de socios que votan cada uno en forma unificada y, en algunos casos, también cuando a pesar de tener los socios distintas proporciones las cláusulas estatutarias de protección de las minorías producen efectos similares respecto de ciertas decisiones que requieren de su necesaria aprobación para ser válidas.

2.-LAS CONSECUENCIAS DEL BLOQUEO DE LAS DECISIONES.

Mientras todo va bien el sistema de igualdad es el mejor porque toda decisión es consensuada y, por ende, no hay perdedores que busquen frustrarla o incumplirla.

Cuando empiezan las desavenencias el tema se complica porque ninguna decisión tiene mayoría suficiente y, por ende, la sociedad cae en situaciones de "empate" de votos a favor y en contra que llevan a un "bloqueo" o "impasse" de las decisiones y a la consecuente paralización de las actividades sociales.

Téngase en cuenta, además, que en muchos casos no se trata de conflictos fundados en que un socio viola la ley y el otro quiere cumplirla, sino que son conflictos sobre los procedimientos a seguir, o sobre quienes cumplirán determinados roles, o simplemente emocionales pero respecto de dos posiciones que son ambas legales en sí mismas.

Es lo que en teoría de la negociación se denomina conflicto "permitido-permitido" y donde el sistema judicial aparece, en principio, inhábil para solucionarlo mediante la fría aplicación de la ley⁴.

Ahora bien, el empate puede estar focalizado en el órgano de administración de la sociedad: directorio o gerencia, o ubicado en el órgano de gobierno: la asamblea o reunión de socios que debe aprobar el balance y nombrar administradores.

Si el empate está en la administración social, porque los dos socios son administradores, el problema es grave, ya que se complica la gestión del día a día.

² Es uno de los mayores desafíos cuando se trata de estructurar a una empresa familiar. Ver la obra colectiva del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (www.iadef.org) "Negociación, Mediación y Arbitraje en la Empresa Familiar", Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2012 y bibliografía allí citada.

³ Ver Favier Dubois (h), E.M. "Joint Venture bajo forma de sociedad anónima" en Favier Dubois (h), E.M. (Director) "Negocios Parasocietarios", Bs.As., 1994, Edit.Ad Hoc, pág.273. En tales casos son frecuentemente utilizadas muchas de las cláusulas mencionadas en este trabajo.

⁴ Entelman, Remo F. "Teoría de Conflictos", Ed. Gedisa, Barcelona, 2009, pag. 23 y 58.

De todos modos habrá que ver si el empate es solo formal, porque aunque haya dos administradores, si es uno solo quien detenta el liderazgo sobre el personal, clientes y proveedores, éste lo puede seguir ejerciendo “de hecho” (firma conjunta) o “de derecho” (firma indistinta), a pesar de las discrepancias del otro.

Pero puede ocurrir que el empate sea real y paralice las decisiones por tratarse de liderazgo compartido, o de una división de tareas en áreas que deben funcionar coordinadas, o de un régimen bancario que exija la firma conjunta de los cheques y demás órdenes de pago, o del hecho de que uno administra y el otro tiene la “clave fiscal”⁵.

En cambio, si el empate está en el órgano de gobierno, porque uno de los socios en conflicto es ajeno a la administración, en principio se trata de un problema “anual” que no afecta de inmediato el día a día, pero que luego de un tiempo paraliza el funcionamiento “externo” de la sociedad al no poder aprobarse balances ni renovarse los mandatos de los administradores.

Téngase en cuenta que sin balance aprobado y sin nuevas autoridades, la situación de la sociedad se complica frente al Fisco, impidiendo las declaraciones de impuestos y la utilización de la clave fiscal para las altas y bajas laborales y previsionales.

Algo similar ocurre respecto de Reparticiones Públicas donde la empresa deba actuar (Aduana, licitaciones, etc.) y de las entidades financieras donde deba operar en cuenta corriente o a crédito.

3.-EL EMPATE Y SUS SOLUCIONES EN EL CÓDIGO CIVIL.

El empate es un problema grave cuando el poder de decisión lo tienen dos sujetos por partes iguales que no se ponen de acuerdo y se trata de una relación dinámica en la que es indispensable tomar decisiones para funcionar.

El código civil brinda algunas respuestas al problema.

Así, en el caso de los condóminos, el código civil establece, respecto de la administración de la cosa común, que habiendo empate, y no optando por la “suerte” o un “arbitro”, el juez decidirá sumariamente con audiencia de todos (art. 2706).

En cuanto a la división del condominio, el código remite a las reglas de división de la herencia (art. 2698)

En el punto, el Proyecto de Código Civil y Comercial prevé que en caso de decisiones sobre la administración, si la asamblea resulta empatada, se resuelve por “sorteo” (art. 1994), y que la división del condominio siga las reglas de liquidación de sucesiones (art. 1996).

En la liquidación de la sociedad conyugal el Código Civil actual se remite a las sucesiones (arts. 1311 y 1313) y en las sucesiones, el código exige unanimidad para la partición privada entre herederos presentes y capaces (art.3462),

Por su parte, el Proyecto, en materia de sucesiones, a las que también remite la liquidación de la sociedad conyugal (art. 500), establece la adjudicación, cuando

⁵ Código personalizado sin el cuál no es posible acceder y hacer gestiones laborales, previsionales y tributarias (altas, bajas, declaraciones de impuestos, moratorias, transferencias, etc.) en el sistema informático de la Administración de Ingresos Públicos (AFIP)

no hay acuerdo, por "licitación" (art. 2372), y cuando no hay conformidad para adjudicarse lotes de igual valor, el "sorteo" (art.2378).

Debe también tenerse presente que en materia de preferencias para la adjudicación, el Proyecto da prioridad al heredero que haya "participado" en la cosa a adjudicar (art. 2380), en criterio similar al empleado en la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal que atiende al "uso u ocupación" (art. 499).

En las sociedades civiles, el art. 1677 del Código da una suerte de derecho de veto de un socio respecto de los actos de los co-administradores, pero el art. 1788 remite en la división de la sociedad a la división de las herencias, y en materia sucesoria el art. 2475 bis dispone que no pueden venderse los bienes si pueden dividirse y adjudicarse "en especie" y que tampoco la división puede hacerse si convierte en antieconómico el aprovechamiento de las partes, conforme al art. 2316.

Finalmente, cabe recordar aquí que es causal de disolución de la sociedad civil "cuando por un motivo que tenga su origen en los socios..."no pudiese continuar el negocio para que fue formada (art. 1774).

4.-EL EMPATE EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES.

La ley 19.550 nada prevé expresamente sobre el punto, exigiéndose que toda decisión social adoptada por asamblea o reunión de socios tenga "mayoría", cualesquiera fuera el quorum exigido por el tipo social y decisión de que se trate, destacándose que en primera convocatoria asamblearia siempre se exige quorum mayoritario (arts. 160, 243, 244 y conc. ley 19.550).

También en materia de decisiones de la administración, se exige como presupuesto un "quorum" mayoritario que, de no reunirse por la actitud de bloqueo de una de las partes, impide adoptar una decisión válida (art. 260 L.S.).

Incluso en la sociedad de responsabilidad limitada se presenta una situación muy particular dado que ciertas decisiones, como las que reforman el contrato, en las sociedades donde un solo socio representa la mayoría, como puede ocurrir en sociedad de dos socios, se necesita el voto del otro (art. 160, tercer párrafo), lo que traba mucho el accionar de estas sociedades y ha sido objeto de interpretaciones subsanatorias⁶.

No obstante, como tales reformas no deberían paralizar al devenir social, la situación no es de tanta gravedad, salvo en algún caso extremo.

Un mecanismo para que en una sociedad igualitaria un socio pudiera imponer su decisión podría estar dado por negarle el derecho de voto al otro invocando "interés contrario" para la decisión de que se trate (art.248 L.S.), o incompatibilidad para votar derivada de la propia ley, como ocurre en el caso de la aprobación de la gestión, responsabilidad o remoción, respecto de los administradores (art.241 L.S.).

De todos modos tales mecanismos suelen utilizarse en forma recíproca, con lo cual cada socio remueve al otro por mala administración y la sociedad queda acéfala y sin posibilidad de consenso para nombrar nuevos administradores.

⁶ Ver el debate en el trabajo de los autores: "Resoluciones sociales en la SRL los problemas del modo de deliberar, quorum, mayorías y el voto del minoritario", Errepar, DSE nro. 264, tomo XXI, noviembre 2009, pag. 1217.

De todo ello resulta que, en la letra de la ley de sociedades, no hay soluciones previstas para superar el empate.

5.-LA SITUACIÓN EN OTRAS LEGISLACIONES:

En algunas legislaciones, el empate puede llevar a ser causal de disolución si implica la paralización de las decisiones sociales, como es el caso de España.

En efecto, el art. 363, ap. 1, letra d) de la Ley de Sociedades de Capital⁷, dispone que la sociedad deberá disolverse: “Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento”.

En otras legislaciones, existen otras alternativas frente a la imposibilidad de tomar decisiones.

Es así que en Uruguay el art. 184 de la ley 16.060 admite la intervención judicial de la sociedad como medida “autosatisfactiva”, esto es, tendiente a corregir una situación pero sin necesidad de juicio posterior⁸.

Al respecto, dice la ley “También es admisible (la intervención judicial) cuando por cualquier causa no actúen los órganos sociales o cuando actuando, no sea posible adoptar resoluciones válidas, afectándose el desarrollo de la actividad social”.

En el caso de Brasil la solución es mucho más interesante ya que el art. 129 de la ley 6404 del 15 de diciembre de 1976, dispone que “En caso de empate, si el estatuto no establece procedimiento de arbitraje y no contuviera norma diferente, la asamblea será convocada con intervalo mínimo de dos meses para votar la deliberación; si permanece el empate y los accionistas no concordaren en ofrecer la decisión a un tercero, competirá al Poder Judicial decidir, en el interés de la compañía”.

Vale decir que el juez es el que dirime el empate teniendo en cuenta al “interés social”.

Tales ejemplos han fundado en nuestro país un movimiento de opinión tendiente a proponer una reforma legal que brinde una salida a estas sociedades empatadas en un cincuenta por ciento que no sea su liquidación judicial y la consecuente destrucción de valor, sea siguiendo las soluciones del derecho comparado referidas⁹ o sea por vía de una suerte de venta compulsiva de una parte a otra, con mecanismos de licitación, judicialmente articulado¹⁰.

Finalmente, cabe destacar que el Proyecto de Código Civil y Comercial contiene una norma para gestionar situaciones como el empate o bloqueo paralizantes, pero solo respecto del órgano de administración, permitiendo el obrar individual a pesar de la existencia de órganos plurales en materia de actos conservatorios.

⁷ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

⁸ Herrera Alonso, Nicolás: La intervención judicial autosatisfactiva en el derecho comercial uruguayo. Análisis de sus aspectos más debatidos en referencia a un reciente caso judicial En: *IX Congreso de Derecho Societario* (San Miguel de Tucumán, 2004)

⁹ Ver la ponencia de Galimberti, María Blanca, de San Martín, María Ines y Nissen, Ricardo A. “Necesidad de encontrar soluciones que favorezcan la continuación del giro empresario para el caso de empate en el resultado de la votación de acuerdos asamblearios”.

¹⁰ Martínez Iriarte, Cleto Las SRL "cerradas" y el conflicto entre los socios el problema de la toma de decisiones En: *X Congreso de Derecho Societario* (Córdoba, 2007)

Es así que en el art. 161 del nuevo código proyectado, en norma aplicable a todas las “personas jurídicas” incluyendo a las sociedades comerciales, se dispone que “Si como consecuencia de la oposición u omisiones sistemáticas en el desempeño de las funciones del administrador o de los administradores si los hubiera, la persona jurídica no puede adoptar decisiones válidas, se debe proceder de la siguiente forma” y establece la posibilidad del presidente o algún coadministrador de ejecutar actos conservatorios (inc.1º), los que deben comunicarse a la asamblea en diez días (inc.2º), la que puede conceder facultades extraordinarias al presidente o minoría para actos urgentes o necesarios, o remover al administrador (inc.3º).

6.-LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN.

Más allá de una eventual reforma legislativa, sostenemos que con el derecho vigente es posible establecer cláusulas contractuales, estatutarias o parasocietarias, o mecanismos jurídicos para prevenir la situación de empate.

Así, pueden establecerse, ora la innecesareidad del voto del otro cincuenta por ciento para determinadas decisiones, ora remedios para desempatar, y ora soluciones para que la persistencia del empate no lleve faltamente a la liquidación de la sociedad sino que permita su continuación.

Preliminarmente cabe señalar que una elemental prevención consistiría en no dar el cincuenta por ciento de votos a cada socio sino dejar una pequeña diferencia a favor de uno que podría ser compensada con mayores dividendos al primero.

Sin embargo, la cultura de la igualdad antes referida hace muy difícil tal solución.

Aparecen entonces algunos mecanismos estatutarios y contractuales a los que se puede acudir como son los siguientes:

6.1.-FIDEICOMISO SOCIETARIO DE DESEMPATE.

Quizás la mejor solución preventiva para evitar el empate y el bloqueo e impasse de una sociedad de dos socios (o de dos grupos consolidados) sea el denominado fideicomiso de “desempate”¹¹.

El mismo consiste en un fideicomiso societario¹² donde cada uno de los dos socios entrega una mínima cantidad de acciones o cuotas a un fiduciario (un uno por ciento de modo de quedar: 49%, 49% y 2%) para que éste las administre, concorra a las reuniones de socios o asambleas y, en ellas siga con su voto a las decisiones coincidentes de los otros dos socios dando unanimidad.

Ahora bien, en caso de divergencia y empate de los votos de los dos socios, el fiduciario desempata siguiendo concretas instrucciones de cómo votar para desempatar.

Ellas pueden consistir en votar alternativamente adhiriendo a la moción de un socio por vez, votar conforme al interés social, votar previo requerimiento de un

¹¹ Paolantonio, Martín Esteban “Fideicomiso sobre acciones” en Favier Dubois (h), E.M. (Director), “Negocios Parasocietarios”, Ed. Ad Hoc, Bs.As. 1999, 2ª ed., pag. 282.

¹² Ver Favier Dubois (h), E.M. “Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima”, La Ley tomo 2010-F, pag.842.

dictamen, votar lo que implique cumplir un plan de empresa contenido en las instrucciones, etc.¹³.

6.2.-CLÁUSULAS PARA LA DESIGNACION UNILATERAL DE ADMINISTRADORES.

El tema se presenta en materia de designación de administradores, donde es posible que las decisiones se tomen de una vez y para siempre al constituirse al sociedad, o se dividan entre los dos socios dándole a cada uno el poder de resolver por sí mismo, sin necesidad del otro.

Las soluciones son las siguientes:

A.-EN LA S.R.L.: GERENTES PERMANENTES E IRREVOCABLES.

En la S.R.L. y por aplicación del art.157 última parte de la ley 19.550 es posible nombrar gerentes por todo el término de duración de la sociedad, los que no pueden ser removidos salvo justa causa si se incluye una cláusula de que son condición expresa de la constitución.

Con tal fundamento, cada socio podrá en el acto constitutivo nombrarse como gerente irrevocable y permanente a sí mismo o a un tercero de su confianza y, por ende, no habrá decisiones pendientes que puedan paralizarse por falta de acuerdo.

Adviértase que no se ven inconvenientes para que cada gerente así designado tenga también designado de antemano a un suplente sujeto a igual condición para el caso de renuncia, remoción o fallecimiento.

B.-EN LA S.A.: CLASES DE ACCIONES CON DERECHO A NOMBRAR DIRECTORES.

En la sociedad anónima, el mecanismo consiste en crear clases de acciones, por ejemplo A y B, y dar a cada socio una clase de acción y a cada clase el derecho a nombrar un director titular y un director suplente (art. 207, segunda parte).

Cuando llega el momento de renovar los mandatos, no quedan paralizados por la falta de acuerdo ya que cada socio nombra a los directores de su clase (art. 262 L.S.).

6.3.-CLAUSULAS DE DESEMPATE O DESBLOQUEO.

Se trata de cláusulas estatutarias que procuran que se supere el empate pero manteniendo el elenco de socios y la operatoria normal de la sociedad.

Es el caso de las cláusulas denominadas de “desbloqueo” donde cabe distinguir si se refieren al quorum o a la decisión en sí misma.

6.3.1. EL DESBLOQUEO DEL QUORUM.

Como se ha señalado, en algunos casos el bloqueo se presenta porque el o los administradores en conflicto no concurren a las reuniones de administradores y, en consecuencia, las mismas no tienen el quorum estatutario o legal (es el caso

¹³ Ver de los autores “Los fideicomisos en la empresa familiar”, en ERREPAR, DSE, nro. 288, Tomo XXIII, noviembre 2011, pag. 1191

del art. 260 que exige para que el directorio se reúna válidamente la presencia de directores que representen la mayoría absoluta de sus integrantes).

No obstante ello, consideramos válida una cláusula estatutaria que permita al directorio reunirse sin quorum como condición de que ello sea para tratar exclusivamente el orden del día consistente en la convocatoria a asamblea para considerar los estados contables anuales si el plazo para hacerlo previsto por el art. 234 in fine de la ley 19.550 se encuentra vencido.

6.3.2. EL DESBLOQUEO DE LA DECISION.

A tal efecto deben distinguirse dos situaciones:

1.-El “reconocimiento del bloqueo”. Resulta necesario que el estatuto prevea cuando se estará ante una situación de “bloqueo” que autorice al mecanismo de superación proyectado.

En tal sentido se puede consignar que un primer empate de lugar a un cuarto intermedio de treinta días para negociar y que si luego de éste se mantiene el empate se considera bloqueo, o que deba pasar un cierto tiempo sin solucionarse el empate y/o cierta cantidad de decisiones que no pueden adoptarse.

2.-El tipo de decisión en que puede ser empleado. Otra cuestión importante es ver en qué decisiones se aplicará el desbloqueo porque no sería justo que se tratara de actos no esenciales para el funcionamiento normal de la sociedad.

En consecuencia, parecería que debería referirse a los actos de asamblea ordinaria imprescindibles para el funcionamiento, como son, entre otros, la aprobación de los estados contables y el aumento de capital indispensable para evitar la insolvencia.

3.- Algunos mecanismos posibles son los siguientes:

- A. Conceder al presidente, sea o no accionista, el poder de desempatar en la asamblea. El mismo poder puede darse al vicepresidente en ausencia del primero. Esto puede complementarse con una presidencia rotativa anual.
- B. Someter la cuestión a un sorteo en el momento o luego de dos o más empates consecutivos. El sorteo requiere dos mociones contradictorias pero con contenido cada una, no una mera moción de aprobar y otra de rechazar. De tal suerte, frente a una aprobación y rechazo del 50% de un balance, la parte que voto en contra debería elaborar un balance alternativo para ser considerado base del sorteo.
- C. Establecer un régimen de alternancia en materia de empates, de modo que cada socio o grupo de socios desempatará en forma sucesiva y alternada, expresando por qué grupo comenzará la serie de desempates.
- D. Sometimiento del desempate a un tercero. Este tercero puede recibir el poder de decidir directamente mediante un voto “ad nutum” (sin expresión de causa), o requiriendo un dictamen fundado del tercero que avale el sentido de su voto de desempate. Se suelen utilizar al respecto opiniones de consultoras o de auditorías de primera línea, o la del auditor de la sociedad¹⁴.

¹⁴ Una cláusula posible sería la siguiente: “Las dos partes harán sus mejores esfuerzos para evitar la ocurrencia de un Bloqueo y para resolver cualquier Bloqueo que pudiera ocurrir. Se entenderá por bloqueo la imposibilidad de adoptar decisiones referentes a las siguientes materias en la asamblea anual de que se trate

- E. Establecimiento de un período de negociación obligatoria entre partes, por ejemplo por treinta días, luego una mediación obligatoria por un plazo similar y, finalmente, un arbitraje del punto en cuestión que, sea institucional o sea personal, debe dirimirse en un plazo perentorio.

6.4.-CLAUSULAS DE SALIDA O SEPARACION DE SOCIOS.

En estos casos no se trata de un mecanismo que supere el bloqueo en una decisión concreta sino de un mecanismo que, mediante el cambio o separación de socios, supera las divergencias y permite a la sociedad seguir funcionando.

Los mecanismos usuales en la materia son dos, que se hacen combinados, en forma subsidiaria o en forma sucesiva.

A.-COMPRA VENTA FORZOSA DE LAS ACCIONES DE UN SOCIO AL OTRO.

Se establece la hipótesis de “impasse” y, una vez configurada, el socio “proponente” tiene el derecho a comprar sus acciones al otro socio por un precio no inferior al que resulte de pautas contractuales. En tal caso el otro socio tiene a su vez la opción de ser el quien compre debiendo ofrecer un precio superior a la oferta recibida, dando lugar a una puja y adjudicándose al mejor postor¹⁵.

Este mecanismo contractual debe prever notificaciones fehacientes, el plazo máximo y garantías para el pago del precio, pautas para la determinación del precio, y una opción recíproca inicial y estatutaria de compra venta de la totalidad de las acciones de cada socio¹⁶.

(consignar las materias), por no alcanzarse la mayoría legal con fundamento en el voto afirmativo de una parte y negativo del otro, o en el voto positivo de ambas partes pero por mociones distintas relativas a la misma cuestión. En caso de Bloqueo, la parte que hizo la moción bloqueada (parte proponente) podrá solicitar por escrito un procedimiento de negociación privada y directa por treinta días. De no lograrse superar la situación, la parte proponente podrá someter la decisión no aprobada a una evaluación técnica, la que será efectuada por el Estudio de Auditoría Externa “(nombre)” Su decisión será obligatoria y se hará constar en actas. El costo que implique la contratación de este servicio adicional será soportado por la sociedad”

¹⁵ Cláusula de adquisición forzosa sugerida por el Esc. Dr. Oscar Daniel Cesaretti “EMPATE: Dado un supuesto de empate en la toma de decisiones sociales conforme se lo define en el artículo anterior y vencido el plazo de 15 días hábiles a fin de que las partes resolvieren la situación; y no logrado tal objeto; cada socio deberá en el término de cinco días hábiles administrativos cursar a la sede social una oferta de compra irrevocable por la participación del restante socio con firma certificada notarialmente y asentimiento conyugal si correspondiere y poder suficiente para gravar en garantía las acciones de su propiedad en caso de oferta irrevocable con pago diferido. El criterio de adjudicación será: a) pago al contado el del mayor precio de adquisición; b) pago diferido- que no podrá exceder de 1 año calendario- y menor valor que la oferta de contado se estará a la oferta de contado; c) para el caso que la oferta de pago diferido supere en un 25% al pago al contado se estará al pago diferido; d) en caso de ser ambas ofertas de pago diferido se estará a la oferta de mayor % de pago al contado aunque el precio sea menor; e) En todos los casos la garantía a favor del socio vendedor será prenda sobre las participaciones objeto de enajenación y restricciones para actos de disposición social; El socio que ofreciere el mayor valor conforme los criterios anteriormente expuestos adquiere ipso facto la restante participación, siendo documento suficiente la presente cláusula contractual que surtirá efecto de notificación en los términos del artículo 215 LS, previo depósito de las sumas comprometidas en la cuenta indicada en la oferta. f) La oferta irrevocable que no cumpliera con los requisitos enunciados implicará la pérdida de la chance del incumplidor de adquirir las acciones del restante socio”.

¹⁶ Cláusula de adquisición forzosa sugerida por el Esc. Dr. Norberto Rafael Benseñor: “Mediando empate en la toma de decisiones sociales en asamblea, la asamblea pasará a cuarto intermedio a fin de continuar dentro de los próximos treinta días. Si la fecha en la que debe reanudarse la asamblea fuere feriado o inhábil, la misma deberá celebrarse el día hábil inmediatamente anterior y a la misma hora en que fuera convocada la primera. En la reanudación de la asamblea se pondrá nuevamente a consideración el o los puntos del orden del día sobre los cuales hubo empate e imposibilidad de adoptar una decisión. Si en esta oportunidad tampoco se pudiera adoptar una decisión por iguales razones, todos los accionistas, advertidos de la imposibilidad aludida, clausurarán la asamblea y procederán a la apertura de un procedimiento de compra de acciones, que se registrará por las siguientes disposiciones: I. La imposibilidad de adoptar resoluciones produce como efecto la necesidad jurídica de vender la totalidad de la participación accionaria propia o

B.-COMPRA VENTA DEL CIEN POR CIENTO A UN TERCERO

De no ser posible el mecanismo anterior, o si ningún socio tiene voluntad o los fondos para adquirir su parte al otro, se puede establecer una cláusula “de arrastre” por la cuál ambos socios deberán vender sus acciones, iguales al 100% del paquete accionario, a un tercero que haga una oferta por ellas, teniendo siempre derecho de preferencia para igualar tal oferta.

C.-ESCISION NO PROPORCIONAL PACTADA.

Además de los dos casos referidos, consideramos válida la posibilidad, cuando se trata de empresas que pueden ser divididas en diversas unidades de negocios y los socios no son meros inversionistas sino empresarios, de insertar una cláusula en los estatutos que prevea, en caso de impasse, la escisión no proporcional o asimétrica de la sociedad¹⁷.

Esto implicará la obligación de los socios de, verificada la hipótesis contractual de impasse, iniciar el procedimiento de escisión asimétrica, o sea, de separación patrimonial de la empresa pero creando dos sociedades de las cuales cada uno será socio sin el otro, sin perjuicio de tener que reconstituir la pluralidad incorporando a un tercero, el que deberá ser minoritario en cumplimiento de las normas fiscales¹⁸.

7.-LA GESTION DEL CONFLICTO DERIVADO DEL EMPATE.

En caso de haberse desatado el conflicto entre los socios de una sociedad cincuenta y cincuenta, donde no existen cláusulas de prevención como las

adquirir la totalidad de la participación accionaria de los demás, en forma irrevocable. II. Dentro de los diez días hábiles de clausurada la asamblea cada accionista deberá notificar al Directorio y en la sede social una oferta irrevocable de compra de la totalidad de la participación accionaria de los demás. Si la misma contemplara pagos diferidos, la oferta deberá indicar el monto y los vencimientos de los montos diferidos los cuales no podrán exceder del término de un año, los intereses aplicables y la constitución de derecho real de prenda sobre las acciones adquiridas en garantía del pago del saldo de precio. En la oferta cada proponente indicará una cuenta bancaria de su titularidad y el CBU respectivo, donde se le depositarán los importes respectivos en el supuesto caso en que por las ofertas resultara vendedor de sus acciones. III. La oferta deberá efectuarse por escrito, mediante firmas certificadas notarialmente y que contengan la expresión del asentimiento conyugal del artículo 1277 del Código Civil para el supuesto caso en que por imperio de la contra oferta que se reciba el proponente deba enajenar sus acciones. IV. Se considerará adquirente del paquete accionario quien haya ofrecido un precio superior. En caso de mediar por una parte una oferta de contado y por la otra una con pago diferido, será preferida la del pago diferido siempre y cuando contemplen un precio superior al 25% y un pago de contado no inferior al 40% del mismo. Si ambas fueren de precio diferido será preferida la que a igualdad de precio ofrezca el mayor pago de contado o que ofreciendo menor pago al contado supere en un 25% al precio total. V. Concluida la presentación de ofertas el Directorio declarará quien es el accionista adquirente de la participación de los demás, a quien se lo considerará titular de las acciones respectivas a partir del momento en que deposite el importe del precio respectivo en la cuenta bancaria aludida en las ofertas respectivas. VI. El Directorio requerirá ante notario público la transcripción de las ofertas, actas y depósitos efectuados, la cual será suficiente documentación acreditativa de la adquisición de las acciones y legitimará la inscripción de la transferencia en el Registro de Acciones previsto en el artículo 215 de la ley 19.550. Si de acuerdo con la oferta hubiere pagos diferidos garantidos con derecho real de prenda, el adquirente procederá a constituir simultáneamente la garantía real comprometida la cual se pondrá a disposición del vendedor acreedor para su aceptación. La garantía acordada por el saldo de precio incluye la obligación de no ejercer actos de disposición societarios sin previa cancelación del saldo. VII. El accionista que no cumpliere con el procedimiento establecido en ésta cláusula, sin perjuicio de las acciones de cumplimiento y de daños y perjuicios que se puedan interponer, incurrirá por su omisión en una cláusula penal de (monto x) a favor del o de los accionistas que hubieren cumplido el procedimiento”

¹⁷ Ver Skierski, Enrique M. “La escisión no proporcional como mecanismo de solución de conflictos en empresas familiares” en Favier Dubois (h), E.M. (Director) “Negociación, mediación y arbitraje en la empresa familiar”, ed. Ad Hoc, Bs.As., 2012, pag. 745 y stes.

¹⁸ Idem nota anterior.

referidas que puedan ser aplicadas, la gestión del conflicto para llevarlo a una solución consistirá en intentar acordar entre los socios alguno de los procedimientos de salida o separación de socios referidos en el cap.6.4.-

A tales fines deberá analizarse el conflicto societario con una visión integral¹⁹, aplicarse las técnicas de negociación y mediación correspondientes, y emplearse los instrumentos jurídicos indispensables para ir progresando en acuerdos parciales²⁰ que lleven a un acuerdo final que sea sustentable²¹.

8.-LAS SOLUCIONES JUDICIALES CLASICAS.

Frente al vacío de la ley de sociedades para superar el empate y para impedir la paralización de las actividades sociales por falta de decisiones válidas, se han ido acuñando soluciones jurisprudenciales que, a pesar de estar fundadas en razonables interpretaciones de la ley, generan daños a la sociedad y conducen a la liquidación de la empresa con gran destrucción de valor, pérdida de empleos y eventual insuficiencia patrimonial.

Ellas son principalmente dos y dependen del tiempo:

8.1.-LA INTERVENCION JUDICIAL DE LA ADMINISTRACION SOCIAL.

La primer solución jurisprudencial frente a la paralización del órgano de administración por empate que lleva a un bloqueo de decisiones, todo lo que implica un peligro grave para la sociedad y a veces una eventual “acefalía”, ha sido la intervención judicial prevista por el art. 113 y siguientes de la ley de sociedades²².

Pero tal intervención, si bien supe formalmente la necesidad de dirección unitaria de los negocios, genera importantes inconvenientes al ente en cuanto a su funcionamiento normal.

Es que la aparición de un tercero, aunque sea imparcial y sea idóneo, generará un impacto de incertidumbre en el personal, en los clientes y en los proveedores que difícilmente permita que el negocio continúe razonablemente.

A ello hay que sumar que toda intervención judicial supone una “regularización” extrema de la sociedad, a nivel contable, laboral, previsional y fiscal, que pocas sociedades podrán pasar con éxito en un medio como el local, contaminado por la “informalidad” y la existencia de activos y operaciones “extracontables”²³.

8.2.-LA DISOLUCIÓN SOCIAL CON LIQUIDACION FORZADA DE LA EMPRESA.

Ahora bien, si la imposibilidad de decisiones continúa y se traslada al órgano de gobierno, se habrá plasmado una causal de disolución reconocida por la

¹⁹ Favier Dubois (h), E.M. “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, La Ley, tomo 2010-E, pag.675.

²⁰ Favier Dubois (h), E.M. “El conflicto societario-familiar: características, prevención y etapas para la construcción de la solución”, en la obra colectiva Favier Dubois (h), E.M. (Director) “Negociación, Mediación y Arbitraje en la Empresa Familiar”, Editorial Ad Hoc, Bs.As., 2012, pag. 701 y stes.

²¹ Ver Fernandez, Matías y Recio Juan “El convenio de solución del conflicto. Contenidos y requisitos de sustentabilidad” en Favier Dubois (h), E.M. (Director) “Negociación, mediación y arbitraje en la empresa familiar”, ed. Ad Hoc, Bs.As., 2012, pag. 715 y stes.

²² Ver C.N.Com. en autos “Malvica c/Prigmar”, 14-3-2012

²³ Ver Favier Dubois (h), E.M. “El administrador en la intervención judicial de sociedades”, en Doctrina Societaria y Concursal, Edit. Errepar, T II, pág. 192, julio de 1989.

jurisprudencia y asimilada a la “imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social” (art. 94 inc.4º de la ley 19.550)²⁴.

Es que sin decisiones mal podría cumplirse el objeto.

El tema se agrava porque tal disolución tampoco pone fin a los problemas si los socios no logran acordar nada respecto de las decisiones que, por mayoría, la ley exige que sigan tomando durante el periodo de la liquidación.-

Tal es el caso de las decisiones sobre la aprobación del balance e inventario de la liquidación (art.103), las instrucciones al liquidador (art.105, segunda parte), la aprobación de las distribuciones parciales (art.107) y la aprobación del balance final y proyecto de distribución (art.109), todo lo que, a falta de acuerdo de los socios, se hará de la peor forma posible, sin la posibilidad de acordar adjudicaciones de bienes en especie, ni distribución de clientela, ni asunción de personal en los nuevos negocios de los socios.

Por ello, es muy probable que el activo así liquidado no alcance para pagar el pasivo y, por ende, que una sociedad, a pesar de ser eficiente y empresarialmente exitosa, deba encaminarse a la cesación de pagos como fruto de la materialización de contingencias (indemnizaciones laborales) y ruptura de contratos (cláusulas penales y daños) que la liquidación forzada produce.

Además, esta solución no discrimina respecto del abuso de derecho que un socio hubiera ejercitado en perjuicio de las decisiones sociales.

9.-LA NECESIDAD DE CONTEMPLAR LA CONTINUACIÓN DE LA EMPRESA Y/O LA REPRESIÓN DE CONDUCTAS ABUSIVAS.

La importancia de la empresa en el mundo de hoy resulta indiscutida desde varios planos.

En primer lugar, el de la producción de bienes y servicios indispensables para la sociedad humana.

En segundo término, el de generadora de empleo y salarios, que a su vez permiten el consumo de tales bienes y servicios.

En tercer término, en cuanto tomadora y dadora de crédito, elemento que permite el funcionamiento de la macro-economía.

Y, finalmente, en atención a su proyección social e impacto sobre su entorno, que se materializa en la “responsabilidad social de la empresa”.

Es por eso que en el derecho argentino se ha señalado el principio de conservación de la empresa como “principio inspirador común en la reforma legislativa mercantil en curso”, lo que fue reconocido por la doctrina, en especial, respecto de la ley de sociedades y de la ley de concursos, con distintas manifestaciones regulatorias concretas²⁵.

Paralelamente, el sistema jurídico sanciona a las conductas societarias abusivas, sean de mayorías, de minorías o, como en el caso, de socios al cincuenta por ciento, en tanto constituyen una manifestación moderna del “abuso del derecho” en el concepto del art. 1071, segundo párrafo, del código civil, donde se lo

²⁴ Ver C.N.Com., Sala A, “Viti, Blanca c/Melega, Alfredo”, 13-06-2003, IJ-XXXI-555; Sala C, “Pardo, Cecilia c/Ini, Eduardo”, 14-10-2009, IJ-XXXVII-627; Sala D, “Urtubey, Jorge E. y otro c/Anschutz, Jorge A. y otro”, 08-04-2008, IJ-XXVIII-783, entre otros.

²⁵ Alegría, Héctor “La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno” en la obra colectiva “Tratado de la Empresa”, Bs.As., 2009, Ed. Abeledo Perrot, tomo 1, pag.8.-

describe como la conducta que contraría a aquella que se tuvo en cuenta al reconocer el derecho, o la que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas conductas.

Es por eso que, para calificada doctrina que compartimos, cuando el empate se funda en una postura infundada y contraria al interés social existe una situación de “abuso de derecho” por “abuso de paridad”²⁶.

A la luz de tales principios, se advierte que las soluciones jurisprudenciales clásicas, reseñadas en el capítulo precedente, no atienden a los mismos ya que además de frustrar la continuación de la empresa, al condenarla a la liquidación, en muchos casos implican también la convalidación de conductas abusivas de los socios al cincuenta por ciento, cuando su oposición o bloqueo no responde a su verdadera participación en el capital, a un interés legítimo o es contrario al interés social.

10.-NUEVAS ACCIONES JUDICIALES FUNDADAS EN TALES PRINCIPIOS.

Frente al panorama descrito, ofrecemos en este trabajo propuestas propias y ajenas relativas a otras posibles acciones judiciales tendientes a lograr, a pesar del empate, la conservación de la empresa y, en su caso, a evitar el abuso societario, las que aspiramos a que en un futuro cercano sean intentadas por los profesionales especializados y acogidas por los tribunales.

10.1.-LA ACCION DE SIMULACION SOBRE EL PORCENTAJE SOCIETARIO DEL OTRO SOCIO.

Se trata de una acción judicial tendiente a demostrar que el formal derecho de voto al cincuenta por ciento del socio que bloquea no es verdadero, sobre la base de una sentencia declarativa sobre la desigualdad de los verdaderos aportes efectuados en su momento por cada socio a la sociedad, de los que surge un porcentaje menor de consecuente participación política y el carácter simulado del 50% atribuido al otro socio, quien mediante el bloqueo abusa de una situación aparente.

10.2.-LA ACCION DE IMPUGNACIÓN JUDICIAL POR NULIDAD DEL VOTO DEL OTRO SOCIO EN LA ASAMBLEA EMPATADA.

Como ya se señaló, cuando el empate se funda en una postura infundada y contraria al interés social existe una situación de “abuso de derecho” por “abuso de paridad”²⁷.

En tal caso, Eduardo Marsala²⁸, sostiene que corresponde la acción de impugnación por nulidad, no de la asamblea sino del voto que motivó el empate, con el efecto de que al declararse nulo el voto, la asamblea pasa a tener mayoría con el voto del otro socio, en solución a la que adherimos.

²⁶ Ver Reyes Villamizar, Francisco “SAS, La sociedad por acciones simplificada”, Ed. Legis, 2009, Bogotá, donde cita un caso de la Corte de Casación Francesa, pag.70 y nota 56.

²⁷ Ver Reyes Villamizar, Francisco “SAS, La sociedad por acciones simplificada”, Ed. Legis, 2009, Bogotá, donde cita un caso de la Corte de Casación Francesa, pag.70 y nota 56.

²⁸ Marsala, Eduardo Aníbal Asambleas con voto empatado En: *IX Congreso de Derecho Societario* (San Miguel de Tucumán, 2004)

10.3.-LA ACCION DE EXCLUSION DEL OTRO SOCIO POR INCUMPLIMIENTO DE SU DEBER DE ATENDER EL INTERES SOCIAL, AUN EN CASO DE SOCIEDAD ANONIMA.

Cuando el bloqueo es abusivo y contrario al interés social, el socio que lo ejerce está incumpliendo gravemente sus obligaciones sociales de contribuir al desarrollo del objeto social, lo que autoriza a la acción de exclusión en las sociedad de dos socios (arts. 91, 92 y 93 ley 19.550), la que puede incluso intentarse en una sociedad anónima si funciona en forma personalista ²⁹.

10.4.-LA ACCION DE DISOLUCION PARA UNA ESCISION NO PROPORCIONAL DE LA EMPRESA CUANDO HAY FACTIBILIDAD MATERIAL.

Frente al empate, una acción de un socio podría ser la de que se declare la disolución pero sin liquidación, con escisión patrimonial no proporcional o asimétrica³⁰ de modo de evitar las consecuencias de la primera y siempre que hubiera factibilidad material para la separación patrimonial.

10.5.-LA ACCION DE DISOLUCION CON DECLARACION DE INDIVISION FORZOSA DEL FONDO DE COMERCIO EN LA LIQUIDACION JUDICIAL Y DE SU ADJUDICACION A UN SOCIO POR LICITACION.

También aquí se trata de una acción de disolución, pero se solicita un pronunciamiento judicial que declare la indivisión forzosa del fondo de comercio y su adjudicación a uno de los socios por el procedimiento de liquidación.

El fundamento es el principio de conservación de la empresa, y lo establecido para la liquidación de la sociedad civil, que remite a las normas del derecho sucesorio citadas en el cap.3 y art. 2316 del código civil.

11.-CONCLUSIONES.

-Las sociedades cincuenta y cincuenta no siempre se fundamentan en razones de estricta justicia sino en requerimientos culturales, o en la indebida apreciación de los aportes diferenciales de cada uno, y dan lugar al grave problema del empate cuando resulta indispensable adoptar decisiones, para el cuál la ley de sociedades no tiene solución alguna.

-El empate da lugar al bloqueo y el bloqueo lleva a la paralización de la sociedad, siendo tal paralización inmediata cuando se refiere al órgano de administración y mediata cuando se produce en el órgano de gobierno pero, en ambos casos, conduce primero a la intervención judicial de la sociedad y luego a su disolución y liquidación, con enorme destrucción de valor.

-Si bien resulta necesaria una reforma legislativa en la materia, con el derecho vigente es posible establecer cláusulas contractuales, estatutarias o para-societarias, o mecanismos jurídicos para prevenir las situaciones de empate, "impasse" y parálisis societaria, como son los siguientes: a) el fideicomiso societario de desempate; b) la elección de gerentes en la SRL por todo el contrato:

²⁹ Ver de los autores "La exclusión de socios en la sociedad anónima", Errepar, DSE, nro.282, Tomo XXIII, mayo 2011, pag.504

³⁰ Ver Cap. 6.4.C y Skiarski, Enrique M. "La escisión no proporcional como mecanismo de solución de conflictos en empresas familiares", op.cít. pag. 745 y stes.

c) la elección de directores en la S.A. por clases de acciones; d) cláusulas de inexigibilidad de quorum para ciertas decisiones; e) cláusulas de desempate para ciertas decisiones; f) la compraventa forzosa de un socio al otro; g) la compraventa forzosa de ambos socios a un tercero; h) la escisión no proporcional;

-El conflicto en la sociedad de dos socios, una vez desatado, debe ser gestionado intentando consensuar algunas de las situaciones de salida o superación que debieron haber sido pactadas al constituirse la sociedad, aplicando las técnicas de la negociación, la mediación y el arbitraje.

- Las soluciones clásicas jurisprudenciales para la paralización social por bloqueo, consistentes en la intervención judicial y en la disolución con liquidación, no atienden debidamente ni al principio de conservación de la empresa ni a la necesidad de reprimir los abusos de derecho en materia societaria cuando el voto del socio contradice al interés social.

-Corresponde articular nuevas soluciones jurisprudenciales que, fundadas en la ley vigente, atiendan tales principios, como son: a) la acción de simulación sobre el porcentaje del otro socio cuando no guarda proporción con sus verdaderos aportes; b) la impugnación del voto del otro socio por nulidad al violar el interés social; c) la exclusión del socio que vota contra el interés social; d) la acción de disolución pero con escisión no proporcional de la empresa, y e) la acción de disolución pero con indivisión forzosa de la empresa y adjudicación a uno de los socios por licitación entre ellos.

FINIS CORONAT OPUS.