

Irracionabilidad del Art. 448 de la Ley núm. 479-08, que dispone la separación del socio que no se adhiere a la transformación societaria. Reflexión sobre la sentencia TC/0313/2015 del Tribunal Constitucional.

Por Edward Veras-Vargas

Bien es sabido por todos que, cuando la Ley núm. 479-08 sobre sociedades comerciales y empresas individuales de responsabilidad limitada entró en vigor, la inmensa mayoría de las sociedades comerciales que existían en República Dominicana eran sociedades anónimas (en lo adelante S.A.), que en ese entonces también podían denominarse como “compañías por acciones” (C. por A.), o por su menos usado apelativo de “compañías anónimas” (C.A.).

En vista de los requerimientos establecidos por la referida norma y sus modificaciones, para la constitución de una nueva S.A., o la adecuación a la misma de una S.A. que se haya constituido durante la vigencia de la normativa anterior, hoy derogada (nos referimos a los artículos que iban del 18 al 64 del Código de Comercio); y en atención al establecimiento de un plazo conminatorio –que varias veces fue extendido- para que las sociedades constituidas en virtud de la ley anterior se adecuaran a los nuevos requisitos que rigen las S.A., o bien se transformaran en alguna otra tipología societaria –entre las que ofrece la Ley núm. 479-08- (Ver artículos 515 y 521 de la Ley núm. 479-08, y sus modificaciones); la mayoría de las empresas nacionales no tuvo otra alternativa que transformarse, prefiriendo para ello devenir en una de aquellas formas societarias que también garantizan responsabilidad limitada al aporte para todos los socios, y manteniendo en ostensible desuso –como pasaba durante la vigencia de la antigua legislación- a las sociedades en nombre colectivo, las sociedades en comandita simples y las sociedades en comandita por acciones.

Por tanto, entre el 11 de diciembre de 2008 (cuando se publica la Ley núm. 479-08) y el 8 de febrero de 2011 (cuando es publicada la Ley núm. 31-11, que modifica un gran número de artículos de la primera, y le añade otros tantos), la opción para los pequeños empresarios fue una sola: la sociedad de responsabilidad limitada (en lo adelante S.R.L.). A partir de la modificación introducida por la Ley núm. 31-11, para las empresas medianas y grandes se incorporó, en adición a la S.R.L., la opción de la sociedad anónima simplificada (en lo adelante S.A.S.), a la que me referí en un trabajo publicado en 2012 (Veras-Vargas, Edward: “La sociedad anónima simplificada: control de daños”; publicado en Gaceta Judicial, año 16, núm. 309, agosto 2012, Santo Domingo, Editora Judicial, 2012, pp. 32-46).

Como es lógico suponer, debido a los cambios legislativos de referencia, en los últimos años se ha producido en nuestro país una gran cantidad de

· El autor es abogado y profesor universitario. Socio en “Biaggi & Messina”.

transformaciones societarias. Los efectos de esas transformaciones –como ocurre con la mayoría de los aspectos allí tratados- han sido claramente establecidos por la novedosa normativa múltiples veces aludida. Sin embargo, existe una disposición, contenida en la Ley núm. 479-08, de cuya razonabilidad no estamos del todo convencidos: Se trata del Art. 448, que nos permitimos transcribir a seguidas:

“Artículo 448. La resolución de transformación de una sociedad en otro tipo social sólo obligará a los socios que hayan votado a su favor; los socios o accionistas que hayan votado negativamente o los ausentes quedarán separados de la sociedad siempre que, en el plazo de quince (15) días, contados desde la fecha de la resolución de transformación, no se adhieran por escrito a la misma. Los socios o accionistas que no se hayan adherido obtendrán el reembolso de sus partes sociales o acciones en las condiciones que se indicarán más adelante¹.”

Párrafo.- Si se tratare de acciones cotizadas en un mercado secundario oficial, el valor de reembolso será el precio de cotización media del último trimestre. En cualquier otro caso, y a falta de acuerdo entre la sociedad y los interesados, el valor de las partes sociales se determinará por un experto contable designado de común acuerdo a tales fines, cuyo dictamen tendrá carácter definitivo e irrevocable y no podrá ser impugnado judicialmente. Si no hubiere acuerdo en la designación del experto contable, el mismo será nombrado por auto del juez presidente de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia correspondiente al domicilio social a instancia de cualquiera de las partes”.

De la simple lectura de este canon, se deduce que el mismo dispone, aparentemente, una separación forzosa –prácticamente automática- del socio que no vota a favor de la transformación, o no se adhiere a ella dentro de los quince días de que haya sido decidida. Es particularmente curioso que el legislador lo haya así dispuesto, sin hacer ningún reparo en cuanto al tipo de sociedad que se desea transformar, ni en cuanto a la tipología societaria en la que se quiera transformarla. También parece ordenar la separación –el texto analizado- sin entrar en consideraciones en cuanto a la totalidad de los efectos que ésta tendría para los socios, ni en relación a la forma de implementar dicha separación.

En la práctica societaria, muchos colegas han recomendado aplicar a rajatablas el artículo 448 de la Ley núm. 479-08, convirtiéndolo en una herramienta para separar

¹ El subrayado no es del texto original.

de la sociedad, por la fuerza y sin agotar ningún procedimiento judicial, a socios que hayan expresado desacuerdo con la administración o con otros socios que –en base a sus participaciones mayoritarias- formen la voluntad social.

Independientemente de las buenas intenciones que seguramente tuvieron los redactores del texto legal analizado, cuya utilidad para deshacerse de socios “nominales” o simulados, prestanombres, testaferros, etc.², resulta innegable; estamos convencidos de que –en la mayoría de los casos- la aplicación pura y simple de la separación –de manera forzosa y automática- de los socios que no votan a favor de la transformación, o que no se adhieren a ella en el plazo citado, no parece ni justa ni útil, es decir, no es razonable. Por tanto, en estos casos que desarrollaremos más adelante, la norma parecería devenir en inconstitucional, tanto en cuanto a sus causas como en atención a sus consecuencias. Visto lo anterior, pretendemos sostener este breve trabajo en dos pilares: uno destinado a la irracionalidad de la norma, en cuanto a las causales de aplicación de la separación (I); y otro destinado a la irracionalidad de la norma, en cuanto a la aplicación y los efectos de la separación (II); los que se desarrollan de inmediato.

I. Irracionalidad de la norma, en cuanto a las causales de aplicación de la separación.

Lo primero que llama la atención de la disposición legal analizada, es que la misma contiene una fórmula imperativa: “...; *los socios o accionistas que hayan votado negativamente o los ausentes quedarán separados de la sociedad ...*”. Al preguntarnos los motivos que habrían podido llevar al legislador a adoptar semejante disposición, salta a la vista uno en particular: el nivel de exposición de los socios a los riesgos de la explotación no es igual en todas las sociedades. Así tenemos que, mientras en las sociedades en nombre colectivo todos los socios son responsables por los pasivos sociales más allá del aporte, de manera subsidiaria y solidaria (Art. 59, Ley núm. 479-08), y lo mismo ocurre con los socios comanditados de las sociedades en comandita simple y en comandita por acciones (Arts. 75 y 141 Ley núm. 479-08); por otro lado, todos los socios de las sociedades anónimas, las sociedades anónimas simplificadas y las sociedades de responsabilidad limitada (Arts. 154, 369-1 y 89, respectivamente, de la Ley núm. 479-08) gozan de responsabilidad limitada al aporte, ventaja de la que también disfrutaban los socios comanditarios de las sociedades en comandita simple, y los accionistas de las sociedades en comandita por acciones (Arts. 75 y 141, Ley núm. 479-08).

A partir de esta información, se impone realizar las reflexiones siguientes: ¿Por qué imponer la separación del socio en los casos en que la transformación no altere el

² No olvidemos la deleznable práctica de incluir prestanombres para reunir artificialmente la nómina de al menos siete socios que a la sazón requería nuestra legislación para la constitución de una sociedad anónima.

grado de exposición del socio al riesgo? Más que una alteración cualquiera en el grado de exposición de uno o más socios a los pasivos sociales, lo que justificaría la separación sería el empeoramiento de su nivel de exposición al riesgo, agravando su responsabilidad, como cuando por ejemplo –mediante la transformación- la sociedad pasa de ser anónima a convertirse en una en comandita, hipótesis en que una parte de los socios pasarían de un esquema de responsabilidad limitada al aporte para todos los socios (accionistas de S.A.), a otro en que responderían subsidiaria, solidaria e indivisiblemente, más allá de sus aportes (comanditados en sociedad en comandita). Si fuera a la inversa, obviamente que la situación del socio no se estaría agravando, sino que más bien se estaría optimizando, al menos desde el punto de vista de la exposición al riesgo por las actividades de la sociedad.

Es preciso entonces preguntarse si acaso es justo –o útil- imponer una separación, respecto de socios cuya exposición al riesgo no se agrave, por efectos de la transformación. Del mismo modo, parece conveniente reflexionar acerca de la naturaleza de la separación, es decir, si es razonable que sea una imposición o sanción, o si por el contrario sería preferible considerarla como un derecho.

Si bien los redactores de la Ley núm. 479-08 abrevaron en múltiples fuentes internacionales, es marcada la influencia de la ley francesa de sociedades del 24 de julio de 1966. Sin embargo, no existe plena equivalencia entre el Art. 448 de nuestra norma, aquí analizado, y la normativa que aplica al respecto en Francia. Por ejemplo, los artículos que van del L. 225-243 al L. 225-245, del Código de Comercio francés³ regulan la transformación de las S.A., en los términos que a seguidas citamos, en traducción libre:

“Art. L. 225-243.- Toda sociedad anónima puede transformarse en otra forma de sociedad si, al momento de la transformación, ella tiene al menos dos años de existencia y si ella ha establecido y hecho aprobar por los accionistas el balance de sus dos primeros ejercicios.

Art. L. 225-244.- La decisión de la transformación es tomada visto el informe de los comisarios de cuentas de la sociedad. El informe atesta que los capitales propios son al menos iguales al capital social.

La transformación está condicionada, en caso contrario, a la aprobación de las asambleas de obligacionistas y de la

³ Mediante Ordenanza Legislativa núm. 2000-912, del 18 de septiembre de 2000, el texto de varias leyes francesas, incluyendo la Ley núm. 66-537, del 24 de julio de 1966, quedó incorporado al Código de Comercio francés, adoptando una nueva numeración de sus artículos.

asamblea de portadores de partes beneficiarias o partes de fundador.

La decisión de transformación está sometida a publicidad, cuyas modalidades son fijadas por Decreto del Consejo de Estado.

Art. L. 225-245.- La transformación en sociedad en nombre colectivo necesita el acuerdo de todos los socios. En ese caso, las condiciones previstas en el Art. L. 225-243 y en la parte primera del artículo L. 224-244 no son exigidas.

Las transformación en sociedad en comandita simple o por acciones es decidida en las condiciones previstas para la modificación de los estatutos y con el acuerdo de todos los socios que acepten ser socios comanditados.

La transformación en sociedad de responsabilidad limitada es decidida en las condiciones previstas para la modificación de los estatutos de esta forma de sociedades” (Cfr. Pasqualini, François, “Code des sociétés 2002”, 7eme. Édition, Litec, Paris, 2002, pp. 228-229)⁴.

Es notorio entonces que la ley francesa no dispone la “separación” del accionista que vote en contra de la transformación de la S.A., sino que condiciona la validez de la aprobación de dicha transformación, a la aceptación por parte de los socios cuya condición se agrave, como consecuencia de la misma. Resulta esclarecedor que –según el texto que venimos de citar- para la transformación en una sociedad de responsabilidad limitada, baste con reunir los requisitos para modificar los estatutos de ese tipo de sociedad, es decir, que la decisión sea eficaz aún en contra de la voluntad de algunos socios.

La doctrina francesa ha acuñado entonces el criterio de que el socio que no ha aprobado la transformación, y al cual se le ha agravado su condición –es decir, su grado de responsabilidad por los pasivos sociales- lo que tiene es un derecho a separarse de la sociedad, es decir, que la separación no se le impone. De hecho, la mejor doctrina afirma que este derecho es la consecuencia de que, en principio, no existe una novación en caso de la transformación, aunque esto jamás haya sido consagrado expresamente mediante una decisión jurisprudencial de carácter general (Cfr. Guyon, Yves. “Droit des Affaires”. Tome 1, Droit commercial général et sociétés, 12e édition, Economica, Paris, 2003, p. 623; Limoges, 10 mars 1969:

⁴ Legislativamente, no existe un “código de sociedades” en Francia. Esta casa editorial simplemente ha publicado un compendio sistematizado de la legislación aplicable a las sociedades, y lo llama de esa forma por razones mercadológicas.

J.C.P., 1969, II, 16078: Rev. Trim. Dr. Com., 1970, 160, note Houin). Sólo el Código Monetario y Financiero francés, en su Art. L. 433-4-1, consagra expresamente que cuando una sociedad anónima cotizante se convierte en una en comandita, entonces los socios tienen el derecho a retirarse (Cfr. Idem).

Como pudo verse, en el sistema legal francés, el criterio ha sido más racional y recatado al establecer un derecho de separación, en beneficio del socio cuya exposición al riesgo se agrave por el cambio de la tipología societaria.

La situación que se suscita en España es un poco diferente a la de Francia, pero más próxima a la de nuestra Ley núm. 479-08. Específicamente, los Arts. 225 y 226 de la Ley (Real Decreto Legislativo) núm. 1564/1989, son los textos a ponderar en este breve estudio, y estos leen de la manera siguiente:

Artículo 225. Transformación en sociedad colectiva o comanditaria.- 1. El acuerdo de transformación de una sociedad anónima en una sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones, sólo obligará a los socios que hayan votado a su favor.

2. Los accionistas disidentes y los no asistentes a la junta general quedarán separados de la sociedad siempre que, en el plazo de un mes contado desde la fecha del último anuncio a que se refiere el artículo anterior, no se adhieran por escrito al acuerdo de transformación.

3. Los accionistas que no se hayan adherido obtendrán el reembolso de sus acciones en la forma prevenida en esta Ley para el caso de sustitución del objeto social.

Artículo 226. Transformación en sociedad de responsabilidad limitada.- En los casos de transformación de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada, los accionistas que no hayan votado en favor del acuerdo no quedarán sometidos a lo dispuesto en la sección segunda del capítulo IV de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada durante un plazo de tres meses contados desde la publicación de la transformación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil"⁵.

Resulta entonces ostensible que la disposición analizada (Art. 448 de la Ley núm. 479-08) es de inspiración española, no gala. Por tanto, es prácticamente mandatorio realizar una comparación entre el texto local y el ibérico: a) Ambos

⁵ El resaltado no es del texto original.

textos coinciden en separar al socio que no vota a favor de –o que no se adhiere a la transformación; b) Sin embargo, el texto español sólo parece imponer la separación cuando se agrava la exposición del socio, siempre que el mismo no haya aprobado la transformación, bien sea votando a favor, o adhiriéndose a la misma dentro del plazo legal. Sin embargo, las apariencias engañan. La mejor doctrina española coincide con la francesa, en el sentido de que el socio en estas condiciones lo que tiene es un derecho, y que –por lo tanto- no se le impone forzosamente la separación. Citamos:

*“Los socios que no votan a favor del acuerdo tienen reconocido el **derecho de separación** de la sociedad que se transforma, conforme a lo dispuesto para las SRL.*

*Los socios que, como consecuencia de la transformación asumen una responsabilidad personal por las deudas sociales y **no han votado a favor del acuerdo de transformación**, quedan automáticamente separados de la sociedad si no se adhieren fehacientemente a él dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de su adopción cuando hubieren asistido a la junta de socios, o desde la comunicación de ese acuerdo **cuando no hubieren asistido...**”⁶ (Fernández Otero, Enrique et al.; “Sociedades Mercantiles”, Memento Práctico, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2009, No. 5607.3, p. 1023).*

A partir de lo anterior, debemos aceptar que –aún para la doctrina española, en cuyo país rige un texto bastante parecido al Art. 448 de nuestra Ley núm. 479-08- la separación es un derecho del socio que no está de acuerdo con la transformación, y no una sanción ni una imposición. Es decir, el derecho a obtener la separación pertenece a los socios que se hayan opuesto a la transformación, o los que no hubieren asistido a la asamblea convocada para decidir al respecto, y que no la hubiesen aprobado después. Continúa diciendo, la doctrina española citada, refiriéndose a la transformación de una sociedad en otra que mantiene idénticos los compromisos de los socios (por ejemplo, transformación de S.A. en S.R.L., o viceversa), lo siguiente:

*“Como consecuencia, el acuerdo de transformación adoptado con las mayorías precisas al efecto, vincula a todos los socios, **aún a los disidentes, a los que no asistieron a la junta general y a los que, en su caso, se abstuvieron o votaron en blanco, quedando tan solo para ellos, la posibilidad de proceder a la libre transmisión de sus participaciones en el plazo anteriormente señalado. No***

⁶ El resaltado no es del texto original.

existe en este caso, derecho de separación de socio propiamente dicho, en atención a que no produce alteración de su situación personal...⁷ (*idem*, No. 5613, p. 1025).

Como habíamos visto anteriormente, el tratamiento de la separación como un derecho del socio –y nunca como una sanción- es un punto pacífico en la doctrina francesa:

*“El caso de los asociados es simple. En principio si la transformación pudo ser decidida por la mayoría, es porque ésta no ha atentado a sus derechos esenciales. De cualquier manera, cuando una sociedad anónima que cotiza se transforma en comandita, los accionistas tienen el **derecho de retirarse**”* (*Guyon, Yves. Op. Cit., p. 623*).

La doctrina argentina también se refiere al tema, tratando el derecho al “receso”, cuando explica las consecuencias de la transformación societaria:

*“Al modificarse sustancialmente la estructura de la persona jurídica societaria, **se autoriza el receso de los socios que votaron negativamente o los ausentes, en los casos que no es necesaria la unanimidad**”*⁸ (Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muiño; “Derecho societario. Sociedades comerciales, civil y cooperativa”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, No. 506, p. 831).

Existe una ostensible diferencia entre un derecho –facultad o prerrogativa, que su titular puede decidir ejercer, o no ejercer- y un mandato imperativo de la ley, que se impone a la voluntad de los socios. Por tanto, no es razonable que para proteger a los socios se les imponga la separación, sino más bien reconocerles el derecho a retirarse. Como el Art. 40, numeral 15, de la Constitución Dominicana, establece que la ley sólo puede ordenar aquello que sea “justo y útil” (principio de razonabilidad de la ley), deviene en inconstitucional, por no ser razonable, ni justa ni útil, la normativa que allí donde está llamada a tutelar un derecho, aplica una sanción; que allí donde está llamada a salvaguardar el ejercicio de una opción en beneficio de un socio, para preservar su facultad de no exponerse a niveles de riesgo y responsabilidad que no esté dispuesto a asumir, aplique una separación forzosa.

Pasemos ahora a analizar qué tan razonable es la norma analizada, en cuanto a su forma de aplicación y a sus efectos.

⁷ El resaltado no es del texto original.

⁸ El resaltado no es del texto original.

II. Irracionalidad de la norma en cuanto a la aplicación y los efectos de la separación (II).

Si partimos de una lectura poco reflexiva del texto analizado, podemos llegar a la conclusión de que el legislador ha establecido una separación *ipso facto*, por el simple hecho de votar en contra de –o no adherirse a- la transformación, sin tener que agotar ningún procedimiento judicial.

Este tema ha sido objeto de litigios en nuestros tribunales, y ha dado lugar a la emisión de una sentencia –que constituye un precedente vinculante- por parte de nuestro Tribunal Constitucional. Se trata de un caso en que unos socios fueron separados pura y simplemente de una S.A. –en el curso de su transformación en S.A.S.- por decisión de la asamblea, en supuesta aplicación del Art. 448 de la Ley núm. 479-08, pues aunque votaron a favor de la transformación en una asamblea anterior, “se demoraron demasiado” en leer el proyecto de los nuevos estatutos, y en manifestar sus observaciones al respecto. Sin más, la asamblea se reunió y decidió excluir a dichos socios. Ello dio lugar a que los socios separados interpusieran una acción de amparo, alegando múltiples violaciones a sus derechos fundamentales. El amparo fue acogido por el tribunal apoderado, que lo fue la Presidencia Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago, que consideró que dicha separación violó el debido proceso de ley. La decisión de amparo fue recurrida en revisión constitucional, ante el Tribunal Constitucional, que emitió una decisión de principio sobre la materia. Citamos:

“f. Este tribunal, haciendo un análisis de la decisión recurrida y de los argumentos de las partes, verifica que el juez de amparo hizo una correcta interpretación de los principios constitucionales en el sentido de señalar las violaciones cometidas por el Grupo Banamiel, S.A.S. al separar a los accionantes, Domingo Alejandro Bergés Brito y José Eleodoro Bergés Brito, sin la observación de lo preceptuado por el artículo 69 de la Constitución, que establece el derecho que tienen las personas de beneficiarse del debido proceso.

g. En este sentido, se puede apreciar que si bien es cierto que dichos accionantes debieron dar respuesta en tiempo oportuno con respecto a la lectura de los estatutos de la sociedad, no menos cierto es que dicha parte de la sociedad debió notificarle de manera directa la decisión que se aprestaban a adoptar con respecto a su exclusión, máxime cuando los mismos ya habían participado en la asamblea que

decidió lo relativo al cambio de la razón social (sic) y con lo cual estaban de acuerdo.

h. Si bien la parte recurrente señala que al separar a los socios dieron cumplimiento a la Ley núm. 479-08, del once (11) de diciembre de dos mil ocho (2008), en lo referente a la responsabilidad que los mismos tienen ante una sociedad comercial, en el caso que nos ocupa tal afirmación no aplica, toda vez que los socios estaban presentes y de acuerdo con el cambio de status de la sociedad de la cual eran parte. El artículo 448 de la referida disposición legal, al cual hace referencia la parte recurrente en revisión, precisa:

“La resolución de transformación de una sociedad en otro tipo social sólo obligará a los socios que hayan votado a su favor; los socios o accionistas que hayan votado negativamente o los ausentes quedarán separados de la sociedad siempre que, en el plazo de quince (15) días, contados desde la fecha de la resolución de transformación, no se adhieran por escrito a la misma. Los socios o accionistas que no se hayan adherido obtendrán el reembolso de sus partes sociales o acciones en las condiciones que se indicarán más adelante”.

i. Sin embargo, aun cuando el antes dicho artículo fuera aplicable, tal aplicación tendría que hacerse a la luz de lo establecido por el artículo 69 de la Constitución de la República, que precisa que todo proceso o actuación judicial, disciplinaria y administrativa debe llevarse a efecto con estricto apego al debido proceso.

j. El artículo 69 de la Constitución de la República expresa:

“Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: (...) 10) Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales, disciplinarias y administrativas”.

k. Este tribunal, en casos similares ha mantenido como precedentes instituidos en las sentencias TC/0133/14, del ocho (8) de julio de dos mil catorce (2014), y TC/0011/14, del

catorce (14) de enero de dos mil catorce (2014), ha precisado:

“(...) las garantías de tutela judicial efectiva y del debido proceso, lejos de desaparecer o inutilizarse al tratarse de un proceso disciplinario, mantienen pleno vigor y benefician el fortalecimiento de los procesos de la naturaleza del que nos ocupa. Este Tribunal estima que los alcances del numeral 10 del artículo 69 de la Carta Sustantiva impactan al debido proceso disciplinario aunado por la resolución antes señalada (...) Cuando nuestro constituyente decidió incorporar como una garantía del debido proceso en todo proceso, o sea judicial y administrativo, lo hizo a sabiendas de que dejaba atrás viejas restricciones que excluían las actuaciones que caían en la égida de los procesos administrativos o disciplinarios”.

I. El Tribunal Constitucional aprecia que en este caso el juez de amparo se ha acogido a los principios que gobiernan la justicia constitucional, pues las reglas del debido proceso establecido en nuestra Constitución no pueden anularse ante ningún proceso, aun cuando estén establecidas en alguna disposición legal, pues las normas constitucionales tienen la más elevada jerarquía y se imponen sobre cualquier otra” (Tribunal Constitucional de la República Dominicana: Sentencia núm. TC/0313/2015, 20 de marzo de 2015).

A partir de un análisis somero de la sentencia que viene de citarse, y haciendo abstracción acerca de la posibilidad o no de aplicar el Art. 448 de la Ley núm. 479-08 a un socio que haya votado a favor de la transformación, pero que pura y simplemente tenga observaciones al texto estatutario a ser adoptado; parece que no es posible separar al socio sin agotar un procedimiento judicial previo, tendente a ello. Al parecer, y contrario a nuestra humilde apreciación, la aplicación del precitado Art. 448 es –para el Tribunal Constitucional- una sanción, que sólo puede imponerse luego de agotar el debido proceso de ley, y de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva que tiene el socio a quien se desee separar.

Se trata de una solución garantista, pero no exenta de críticas, ya que en lo adelante todos los casos de separación de socios –en virtud del texto analizado- estarían llamados a judicializarse, cuando en realidad la mejor solución habría sido reconocer que la separación del socio sólo procedería cuando sea para evitar agravar su situación, siempre que él no esté de acuerdo con la transformación, lo que la convierte en el ejercicio de un derecho individual del socio, y no en una sanción contra el mismo. Ojalá que el Tribunal Constitucional pueda tener la ocasión de variar su criterio, en el sentido sugerido, dado su gran potencial de

conflictividad, teniendo en cuenta los millares de socios “nominales” y testaferros que han podido ser separados de sociedades transformadas, utilizando este texto.

Pero si relevante es el análisis que nos convoca, desde el punto de vista del procedimiento para materializar la separación de socios, en virtud de la norma examinada, más aún lo es desde el punto de vista de sus efectos sobre el patrimonio del socio así separado de la sociedad.

Para entrar en estas consideraciones, recordemos –antes que nada- que en las sociedades de personas, las participaciones de los socios se llaman intereses, y que estos no están representados en ningún título, es decir, son inmateriales. En el caso de las sociedades de capital, tenemos que las sociedades de responsabilidad limitada tienen un capital dividido en cuotas sociales, tampoco representadas en títulos, y que por tanto son intangibles, al igual que los intereses; mientras que en las sociedades anónimas el capital se divide en acciones, representadas en certificados a los que están adheridos los derechos del accionista (salvo el caso de emisiones en el mercado bursátil, que pueden representarse mediante anotación en cuenta, que es una forma de desmaterialización del valor, mediante inmovilización del título en un depósito centralizado de valores).

Estas partes sociales de las sociedades comerciales son siempre bienes muebles –tangibles o intangibles- aunque a la sociedad le pertenezcan inmuebles, como lo reconoce expresamente el Art. 529 del Código Civil dominicano. Esos muebles son propiedad privada del socio, que les son otorgados en retribución por sus aportes a la sociedad comercial. Por tanto, dicha propiedad mobiliaria goza de la protección ofrecida por nuestra Constitución política y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de los que nuestro país es signatario.

Específicamente, el Art. 51 de la Constitución expresa que la propiedad privada sólo puede expropiarse por causa de utilidad pública o de utilidad social (evidentemente, el constituyente no alude aquí al contrato de sociedad, sino a la colectividad, a nuestra población).

Del mismo modo, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su Art. 21, contiene una disposición equivalente a la del Art. 51 de la Constitución dominicana, y que es de aplicación directa, por estar contenida en un tratado internacional en materia de derechos humanos, del cual nuestro país es parte. Sobre el valor constitucional del derecho de propiedad, la doctrina francesa ha expresado lo siguiente:

“Consolidación constitucional e internacional del derecho de propiedad privada ♦ Ya la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano comportaba dos artículos célebres. El artículo 2 dispone: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad,

la *propiedad*, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Y está escrito en el artículo 17 que “la propiedad, siendo un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo que la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija evidentemente, y bajo la condición de una justa y previa indemnización”. Esos principios figuran entre aquellos a los cuales la Constitución del 4 de octubre de 1958 se refiere en su preámbulo. Allí se afirma, en este sentido, que “el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tales y como ellos han sido definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946”. Llamada a pronunciarse sobre la conformidad a la Constitución de 1958 de las nacionalizaciones votadas en el 1981 por el Parlamento, el Consejo constitucional ha expresamente recordado “el carácter fundamental del derecho de propiedad”. Ulteriormente, la Corte de casación también ha afirmado que “el derecho de propiedad es un derecho fundamental de valor constitucional.--

A este asentamiento constitucional del derecho de propiedad privada, es necesario añadir un asentamiento internacional. El derecho a la propiedad figura en la *Declaración universal de los derechos del hombre*, de 1948 (Art. 17-1). Más precisamente, resulta del artículo 1ro. del Protocolo No. 1 de la Convención europea de los derechos del hombre que ‘toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional’ (Art. 1ro. Al 1ro.). La Corte europea de los derechos humanos ha precisado en la sentencia *Marckx*, que ‘reconociendo a cada uno el derecho al respeto de sus bienes, el Art. 1ero. Garantiza en sustancia el derecho de propiedad. Las palabras, bienes, propiedad uso de bienes, en inglés *possessions* y *use of property* lo dan netamente a entender; de su lado los trabajos preparatorios lo confirman sin lugar a dudas...’...” (Terré, François et Simler, Philippe; “Droit civil. Les biens”, 7eme. Edition, Dalloz, Paris, 2006, pp. 93-94).--

Nos parece que, por sus consecuencias ya mencionadas, la separación de los socios como *sanción* –aplicando arbitrariamente el Art. 448 de la Ley núm. 479-08- implicaría la expropiación forzosa de las partes sociales de los mismos (llámense intereses, cuotas sociales o acciones), por una causal de interés privado, lo cual es contrario al mandato constitucional.

Estos efectos jurídicos no parecen justos, ni mucho menos razonables, y son una consecuencia del error conceptual incurrido al considerar la separación de los socios como una *sanción*, y no como una prerrogativa individual del socio, cuando

el mismo sea potencialmente afectado por el agravamiento de su exposición al riesgo. Corregir esta confusión parece la solución más viable para evitar interpretaciones ilógicas, consecuencias excesivas e injustas, y el aumento de los niveles de conflicto entre socios, en lo relativo a la aplicación del Art. 448 de la Ley núm. 479-08.

Enero 14, 2016.