

LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO POR JUSTA CAUSA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

María Cristina Galinari y Marisa F. Izzo ¹

Palabras clave: Sociedades – Sociedades Anónimas – Accionistas – Exclusión – Justa causa – Pacto expreso.

La investigación examina la posibilidad de excluir por justa causa a los accionistas, solución que no está expresamente contemplada en el texto de la Ley General de Sociedades. Se analizan disposiciones semejantes vigentes en relación a otros tipos, las reglas análogas de las sociedades anónimas y la validez de la incorporación de cláusula que permita la exclusión en el estatuto.

1. Presentación del tema de estudio seleccionado.

La expulsión de uno o más socios en las sociedades comerciales tiene expresa regulación en el art. 91 LGS.

Con arreglo a esa disposición, cualquier socio en las sociedades colectivas, comanditas simples, de capital e industria, de responsabilidad limitada y los comanditados de las comanditas por acciones, puede ser excluido si mediare justa causa y el pacto en contrario es nulo. Define a continuación la noción de *justa causa* en los siguientes términos: habrá justa causa cuando el socio incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones. También existirá en los supuestos de incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada. Limitaremos nuestro examen a aquellos incumplimientos con entidad suficiente para fundar la exclusión, aspecto que presenta mayor interés y actualidad.

La simple lectura del texto legal permite advertir que no se encuentran comprendidos los accionistas, es decir, los socios de las SA, los comanditarios de las SCA ni los integrantes de las SAS.

Los reales alcances de dicha regulación han sido paulatinamente puestos en crisis. De una acrítica aceptación de la literalidad del artículo se ha arribado a una postura más amplia que no niega la posibilidad de excluir a dichos accionistas. Sin embargo el debate no parece haber concluido. Los fundamentos de estas interpretaciones fueron expuestos, con distintos grados de acierto y lucidez, por fallos y opiniones doctrinarias.

Como el estado de la cuestión sugiere que se ha alcanzado una madura controversia, elaboramos el presente análisis con el objeto de aportar nuestra visión que, por supuesto, está abierta a la discusión.

¹ María Cristina Galinari es Profesora Asociada de la asignatura *Instituciones de Derecho Comercial* y Profesora Adjunta de *Sociedades*, Cátedras a cargo del Dr. Rafael Barreiro. Marisa F. Izzo es Jefa de Trabajos Prácticos de esas mismas asignaturas y Cátedras.

2. **Fundamentación del rechazo a la exclusión de los accionistas.**

Intentaremos a continuación sistematizar los razonamientos que repelen la resolución parcial del contrato de sociedad por exclusión de los accionistas.

a. Interpretación literal del texto positivo.

Se ha resuelto que, conforme lo establece el art. 91 de la ley societaria la exclusión de socio solo procede en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria, de responsabilidad limitada y para los comanditados en las sociedades en comandita por acciones; no así en la sociedad anónima. Solución esta que no es caprichosa sino que se adecúa justamente a la naturaleza del ente ya que así como dicha solución se justifica en las sociedades de personas donde la persona del socio adquiere una significación esencial, ello no ocurre en las sociedades por acciones donde la persona del accionista es en principio indiferente para el funcionamiento de la sociedad².

Algunos autores en número significativo comparten esta interpretación de la ley general societaria³.

Evidentemente esta manera de apreciar la cuestión conduce a conferir al texto legal un ámbito de operación que dudosamente se atenga a las técnicas interpretativas más corrientes, sin por ello dejar de señalar que consideramos que constituye una inobservancia de expresas directivas constitucionales. Más adelante expondremos nuestros argumentos en apoyo de esta afirmación.

No podemos dejar de advertir que esas opiniones cuentan con el apoyo una larga tradición legislativa. Durante la vigencia del Código mercantil derogado, se explicó que tal facultad estaba restringida sólo a las sociedades comerciales *intuitu personae*, con exclusión de aquellas constituidas *intuitu rei*, porque los supuestos de apartamiento entonces legislados sólo eran capaces de afectar el curso de las sociedades “personalistas”. Ello en atención a que el art. 421 del CCom por entonces vigente en relación a la resolución parcial disponía la subsistencia de la responsabilidad “solidaria” del socio excluido por las operaciones cumplidas hasta la inscripción en el Registro Público de Comercio, solidaridad que únicamente es admisible en las sociedades de tipo personalista⁴.

b. La particular naturaleza de la SA.

También se juzgó, con una visión en cierto modo complementaria de la esbozada en el punto anterior, que la acción de exclusión de socio es inaplicable a las sociedades anónimas toda vez que “son sociedades de capital en las que la persona del socio es indiferente y porque el único deber activo que tienen éstos es el de integrar a la sociedad el aporte comprometido. Es por ello, que el único supuesto en el que se puede aplicar al socio una sanción similar a la exclusión, es el caso de mora en la integración del aporte tratado por el artículo 193 LGS”⁵.

² CNCom, Sala A, 28/09/2017, “Quetra SA c/ Pitrelli, Domingo s/ ordinario – Pitrelli, Domingo c/ Quetra SA s/ ordinario”

³ VERÓN, Alberto Víctor; *Sociedades Comerciales*, T. 2; Ed. Astrea, Bs. As., 1998, p. 147; FARINA, Juan, *Derecho de las sociedades comerciales*, T. 1, Ed. Astrea, Bs. As., 2011, p. 346; VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 Comentada*, T. II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 311.

⁴ CÁMARA, Héctor, *Disolución y Liquidación de Sociedades Mercantiles*, Ed. TEA, Bs. As., 1957, p. 44.

⁵ ROITMAN Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, T. II, Ed. La Ley, Bs. As., 2006, p. 368. Sin embargo este autor (p. 337) introduce algunos matices en su opinión mencionando el receso, el pacto de venta forzada de acciones o de caducidad de derechos de los socios ante el

En esa línea de análisis, se ha dicho también que la exclusión de socios prevista en el Capítulo I, Sección XII de la Ley de Sociedades, no es aceptada tratándose de sociedades anónimas, salvo en el supuesto de mora en la integración de las acciones⁶.

Estas miradas al ordenamiento societario entienden incongruente permitir la expulsión de algún o algunos socios en las sociedades anónimas, sobre la base de que se trata de un instituto pergeñado a efectos de ser aplicado a las sociedades de cuño personalista, que por su propia naturaleza son *cerradas*, es decir, que no permiten fácilmente los cambios en el elenco de socios –hasta llegar a requerir el consentimiento unánime de todos ellos, si el contrato social no prevé una mayoría distinta; art. 131, LGS- o bien, en relación a las SRL, tipo *mixto* en el que se admite la limitación a la transmisibilidad de las cuotas en el instrumento de constitución (art. 153), mientras que las anónimas y sus equivalentes, SCA y SAS, con las adecuaciones que corresponda hacer en cada supuesto son por definición *abiertas*.

Ese razonamiento evidentemente se asienta en que el artículo 91 de la ley 19.550 autoriza la exclusión de uno de los socios cuando exista justa causa para adoptar tan extrema decisión, pero la legislación sólo permite ejercer tal facultad en los tipos sociales indicados tanto en el referido artículo 91 como en el 90. Dentro de este catálogo no se encuentra la sociedad anónima, calidad de la que aquí nos ocupa lo cual, como quedó dicho, no permite ni a la sociedad ni a sus socios pretender tal objetivo; cuanto menos por esta vía. Aquella distinción tiene su fundamento en la naturaleza de este tipo social⁷.

La cuestión se apreció en parecidos términos más recientemente. Se ha constatado que “existe entre nosotros cierta corriente de opinión que se ha esforzado por justificar la necesidad de habilitar al tipo S.A. el régimen de exclusión de socio previsto en el artículo 91 LSC bajo el argumento de que el mercado ha superado el modelo *intuitu rei* puro imaginado por el legislador. El modelo empresario de la sociedad anónima cerrada se ha impuesto sobre el modelo de la sociedad anónima de capital disperso y con cotización de sus acciones. Para esta corriente de opinión tal argumento empírico (o de mercado) bastaría para aplicar al tipo social capitalista, el sistema de exclusión judicial del artículo 91 LSC. La doctrina impulsora de esta tesis se ha focalizado en una sola solución posible: la aplicación análoga del sistema de exclusión previsto para los tipos personalistas”⁸.

En este punto, como también tendremos oportunidad de justificar más adelante, la crítica se asienta en algunas omisiones y en haberse sobredimensionado la especial naturaleza que corrientemente se atribuye a los distintos tipos sociales.

3. Las tesis que admiten la exclusión de los accionistas.

Frente a la rígida conformación del pensamiento jurídico desarrollado en el apartado que antecede, debemos recordar que fallos judiciales y opiniones autorales han propuesto una manera de abordar el tema desde otra perspectiva.

incumplimiento del aporte o de las prestaciones accesorias o cuando la calidad de socio exija condiciones personales que no se tienen o se perdieron.

⁶ ZALDIVAR, Enrique *et al.*, *Cuadernos de Derecho Societario*, T. III, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1976, p. 220., TON, Walter, *La exclusión del socio como medida cautelar*, DCCyE, 2014 (junio), 02/06/2014, sigue esta línea de pensamiento: “este instituto no puede aplicarse a las sociedades de capital, puesto que su genealogía es distinta. En ellas solo se tiene en cuenta el aporte de capital y no las cualidades personales de sus integrantes”.

⁷ CNCom, Sala D, 21/10/2011, “Nargan SA y otro c/ Malisti S.R.L. s/ sumario”, con cita de las opiniones de VÍTOLO y ROITMAN.

a. Las sociedades anónimas “cerradas” o “de familia”.

Un profesor de la talla de Alegría ha sostenido que ante la falta de normas legales referentes a la exclusión en las *sociedades anónimas cerradas o de familia* “parece claro que se puede construir, sobre la base de la analogía y en casos que excedan notoriamente de lo ordinario para el tipo societario de la anónima, la aplicación de las reglas comunes sobre exclusión de socios y, también, las relativas a su retiro unilateral”⁹.

Otro frecuentado autor ha sostenido que es factible la exclusión de un socio en una *sociedad anónima cerrada*, cuando existe una previsión estatutaria que así lo prevea y el capital esté representado en acciones nominativas no endosables¹⁰.

Es notorio que la base de esta construcción tiende a rebatir la aplicabilidad del instituto de la exclusión sólo en los tipos personalistas, mediante una asimilación de las anónimas cerradas con aquellas.

b. El pacto expreso.

También, en ese sentido se ha resuelto que la acción de exclusión de socio en una sociedad anónima es improcedente, en especial cuando no existe cláusula estatutaria al respecto o no se alega algún supuesto de excepción que conduzca a la resolución parcial del contrato ¹¹ .

Esta interpretación tiene considerable antigüedad y se relaciona directamente con la disposición del art. 89 LGS que permite incluir en el instrumento de constitución, en forma originaria o mediante modificación posterior, causales de exclusión y de resolución parcial no previstas en el ordenamiento societario.

Con distintas variantes esta posición ha sido aceptada por la jurisprudencia ¹² y los autores¹³.

c. La excepcionalidad.

En ese sentido, se ha dicho que es improcedente la resolución parcial en las sociedades por acciones, salvo en los supuestos *excepcionales* que se presentan para la exclusión del accionista en mora, el derecho de receso y los pactos particulares insertos en el estatuto social¹⁴.

En una sentencia reciente se señaló que aun cuando no se ignora que existe cierta parte de la doctrina que se ha inclinado por la aplicación excepcional del instituto de la “exclusión de socios” a las sociedades anónimas, lo cierto es que los supuestos contemplados por dicha corriente de pensamiento resultan específicos y muy restringidos¹⁵.

⁸ VAN THIENEN, Pablo Augusto-DI CHIAZZA, Iván G., *Rescate de acciones por justa causa de exclusión*, LL 2012- B, 226.

⁹ ALEGRÍA, Héctor, *Repensando temas sobre la exclusión de socios*, RDPyC, 2003-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 127. Plantea, además, el caso de la comandita por acciones, supuesto en el que injustificadamente estaría admitida la expulsión del socio comanditado pero no la del comanditario ante incumplimientos de idéntica naturaleza y gravedad.

¹⁰ VERÓN, Alberto V.; “Sociedades Comerciales”, T. 2; Ed. Astrea, Bs. As., 1998, p. 127.

¹¹ CNCom, Sala D, 21/9/2012, in re: “Microomnibus Barracas SA c/ Galván, Daniel Oscar y otros s/ ordinario”; id., 21/10/2011, “Nargan SA y otro c/ Malisti S.R.L. s/ sumario”; id., Sala A, 28/09/2017, “Quetra SA c/ Pitrelli, Domingo s/ ordinario – Pitrelli, Domingo c/ Quetra SA s/ ordinario”, mencionado anteriormente.

¹² CNCom, Sala C, 03/10/1995, “Transportes del Tejar SA c/ Pérez, Manuel V. y otros”. Corresponde tener en cuenta que en ese caso la sociedad anónima que pretendió la exclusión actuaba como *sociedad de componentes* y, por ende, tenía un régimen particular de distribución de utilidades. Pero esta singularidad no desvirtúa la vigencia de la autonomía de la voluntad.

¹³ GRISPO, Jorge Daniel, *Ley de sociedades comerciales*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 769. ZUNINO, Jorge O., *Disolución y liquidación*, T. 1, Ed. Astrea, Bs. As., 1984, p. 95.

¹⁴ CNCom. Sala C, 22/05/1987, “Kuckiewicz Irene c/ Establecimientos Metalúrgicos Cavanna SA s/ ordinario”.

¹⁵ CNCom, Sala A, 28/09/2017, “Quetra SA c/ Pitrelli, Domingo s/ ordinario – Pitrelli, Domingo c/ Quetra SA s/ ordinario”, citado con anterioridad.

Como diremos después esta apreciación deja de lado ciertas disposiciones vigentes en relación a todos los tipos que se presentan en la LGS como reglas generales y, por consiguiente, comunes, omisión que puede disminuir su fuerza de persuasión.

d. La exclusión concretamente admitida en los tipos accionarios.

Un autor que ya fue citado en esta contribución, Roitman, recordó algunas previsiones legales, *siempre de excepción*, que autorizan la resolución parcial dentro de una anónima, aunque con ciertos matices. Enumeró al efecto: “1) el derecho de receso en los supuestos de la LGS 245; 2) pactar la venta forzada de las acciones o la caducidad de los derechos en los casos de mora en la integración de las acciones (art. 193 LGS) y por incumplimiento de las prestaciones accesorias (art. 50 LGS); y 3) excluir a los accionistas en los casos de sociedades por acciones en las que estatutariamente se exige que los accionistas reúnan ciertas condiciones personales (vgr. Una determinada profesión). En estos casos, los accionistas que pierdan las condiciones personales exigidas, podrán ser excluidos de la sociedad mediante el régimen del art. 91 LGS. Ello siempre que se trate de acciones nominativas y que las cualidades exigidas consten en los títulos para tornar operativas las cláusulas restrictivas”¹⁶.

4. El derecho comparado.

Es útil revisar las distintas soluciones que rigen en otros sistemas jurídicos porque han sido fuente de las interpretaciones restrictivas sostenidas en la Argentina.

a. El régimen español.

La sociedad de responsabilidad limitada, como lo dispone el art. 350 de la ley española de sociedades de capital, podrá excluir al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo que ello se origine en causas involuntarias, así como al socio administrador que infrinja la prohibición de competencia o hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia. Se afirmó que la justificación de la exclusión se acomoda mejor a los tipos personalistas porque es un remedio que permite evitar situaciones perjudiciales para la sociedad derivadas del cambio en la situación personal de los socios, o la alteración de la situación de confianza entre ellos que puede impedir la consecución del fin social ¹⁷.

El art. 351, mediante reforma introducida por la ley 25/2011 del 1 de agosto, prevé las causas estatutarias de exclusión de socios. Admite, si prestan su consentimiento todos los socios, la incorporación a los estatutos en las sociedades de capital (SRL; SA y SCA) de causas determinadas de exclusión o la modificación o supresión de las que figurasen en ellos con anterioridad. Es interesante recordar que el texto originario de la ley –del 2/7/2010- sólo permitía cláusulas de esa clase en las limitadas, pero no en las anónimas ni en las comanditarias por acciones.

¹⁶ ROITMAN Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, T. II, Ed. La Ley, Bs. As., 2006, p. 337.

¹⁷ MADRID PARRA, Agustín, *Separación y exclusión de socios*, en Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno (coords.), *Derecho Mercantil*, Vol. 3°, *Las sociedades mercantiles*, Marcial Pons, Madrid, 2013, ps. 721/722.

En vista de esa legislación se ha señalado que “en el derecho comparado hay quienes vienen bregando por la aplicación de la exclusión a las sociedades anónimas cerradas, excluyendo de esta manera a las sociedades anónimas que cotizan ya que en éstas los socios no influyen con su comportamiento sobre el fin común. Se considera que la exclusión, es un derecho de defensa ejercido colectivamente por los socios fieles al fin común para asegurar la consecución del mismo frente a las perturbaciones originada por la conducta o las circunstancias concurrentes en uno o varios socios, que debe regir en SRL y en las sociedades anónimas cerradas. En concordancia con lo dicho, en el derecho español, hay quienes predicán la aplicación de la exclusión por “justos motivos” aún cuando ni la ley ni el contrato diga nada sobre el particular. Y se entiende por “justos motivos”, cualquier comportamiento o circunstancia personal concurrente en un socio que valorando todas las circunstancias del caso, haga imposible o ponga en peligro la consecución del fin social o que de cualquier otra forma haga inexigible para los demás la permanencia de dicho socio en la sociedad. El fundamento de esta tesis es que, el deber de lealtad del socio le exige aceptar ser excluido cuando en su persona concurren justos motivos de exclusión”¹⁸.

b. El derecho italiano.

En este ordenamiento, como en el vigente en España, la exclusión por justa causa sólo se admite en una de las sociedades de capital, la SRL, permitiendo que en el acto constitutivo se prevean específicas causas de exclusión (art. 2473 bis del Código Civil). Se ha dicho que esa solución se asienta en la relevancia conferida al elemento personal del socio en dicho tipo social y en la centralidad de su posición relativa hacia el interior de la organización y estructura sociales¹⁹. La afinidad con las sociedades personalistas -que tienen un régimen particular en la materia- que justifica la expulsión del socio constituye una hipótesis encuadrable en el doble género del incumplimiento de los deberes sociales y de la imposibilidad sobreviniente de cumplirlos²⁰.

c. La ley uruguaya.

El art. 147 de la ley 16.060 prevé una solución semejante a la de nuestro art. 91, pero sin mencionar los tipos sociales respecto de los que la *rescisión parcial* es admitida. En atención a la importancia que reviste para ubicar correctamente la cuestión debe tenerse en cuenta que está expresamente establecida por el art. 158 la limitación en relación a los accionistas, con la única excepción del derecho de receso²¹. Recuérdese que el sistema societario nacional carece de una disposición análoga concebida de manera tan terminante.

5. Nuestra opinión.

En primer término debemos señalar que, como se desprende de las opiniones sintetizadas precedentemente, por vía de la consideración de circunstancias excepcionales o bien mediante

¹⁸ ROMANO, Alberto Antonio, *Separación y exclusión de socios en las SA cerradas y en las SRL*, Ponencia presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina celebradas en Rosario los días 28 y 29 de Junio 2012.

¹⁹ BIANCHI, Alberto, *Manuale delle società di capitali*, Cedam, Padova, Italia, 2012, p. 479.

²⁰ GALGANO, Francesco, *Diritto Commerciale: Le società. Diciassettesima edizione*. Zanichelli-Bologna, Bologna, Italia, 2009, p. 470.

²¹ RIPPE, Siegbert, *Sociedades comerciales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, R.O.U., 1997, ps. 72/73.

la incorporación de expresos pactos en el instrumento de constitución, se admitió la exclusión de los accionistas. En las dos proposiciones subyace –se lo mencione expresamente o no- la asimilación de las sociedades anónimas cerradas a los tipos personalistas.

Corresponde advertir que solamente para alcanzar más claridad en la exposición de nuestro pensamiento habremos de fraccionar el análisis de una cuestión que suele presentarse de manera unitaria.

a. La interpretación de la enumeración del art. 91 LGS.

Como señalamos al comenzar este estudio, el texto legal no incluye a los accionistas como sujetos pasivos de la exclusión sino en supuestos puntuales (art. 193). El alcance que se atribuya a esa omisión altera las posibles interpretaciones.

Se ha decidido, a nuestro juicio con acierto que esa falta de mención no debe ser equiparada a una prohibición (arg. art. 19 CN) sino interpretada como demostrativa de la cosmovisión del legislador del año '72, que no consideró necesaria la aplicación de dicha posibilidad resolutoria del contrato social a las sociedades anónimas -en la concepción y funcionalidad del tipo que *in abstracto* delinearon los arts. 163 y 299 LGS-. Claro que ello será en el marcado contexto del vacío legal señalado y por ende, con los contornos que al respecto y de forma ulterior se aportarán al análisis ²².

b. Las anónimas cerradas.

A diferencia del modelo uruguayo, nuestra ley societaria no diferencia entre las dos clases de SA que conviven en el medio económico nacional: las anónimas pequeñas que restringen el ingreso y egreso de socios y las de gran magnitud que permiten adquirir sus acciones a cualquier interesado.

Es interesante la distinción que presentan en la práctica las sociedades anónimas abiertas y las cerradas. La naturaleza de los conflictos que en cada una de ellas se producen difieren ostensiblemente: aquellas que cotizan sus acciones suelen presentar situaciones conflictuales entre los accionistas y los administradores, mientras que las cerradas son más permeables a los diferendos entre accionistas²³.

Aquellas sociedades anónimas, como ha sido juzgado ²⁴, comúnmente conocidas como “cerradas” o “familiares” se caracterizan -además de la característica recién mencionada- por la elevada informalidad con que es conducida la gestión del patrimonio social. Claro está que ello sólo ocurre -y adquiere relevancia- en el plano fáctico, porque la ley societaria no prevé un régimen diferenciado de funcionamiento con relación al que dispone para el tipo seleccionado en el acto que dio origen a la sociedad. A la vez, estos sujetos de derecho se encuentran

²² CNCom, Sala F, 3/02/11, “Microómnibus Ciudad de Buenos Aires SATCI c/Martínez Daniel s/ ordinario”. Puede consultarse el comentario aprobatorio de VAN THIENEN, Pablo Augusto-DI CHIAZZA, Iván G., *Rescate de acciones por justa causa de exclusión*, LL 2012- B, 226, quienes sostuvieron que la “Sala no descartó la posibilidad de la exclusión del accionista. Con criterio que compartimos fijó la siguiente postura: si bien el artículo 91 LSC no incluye al tipo S.A. dentro del catálogo de sociedades por el cual el socio puede ser excluido, dicha omisión no significa que debamos descartarlo. Para esta conclusión el Tribunal partió de una mirada un poco más generosa de la ley de sociedades, y si se quiere, se buscó una interpretación profundamente constitucional arraigada en el principio de reserva consagrado en el artículo 19 CN: todo lo que no está prohibido está permitido. Dijo la Sala: ‘su falta de mención no debe ser equiparada a una prohibición’ (sic). Y esto no es poco a la hora de hacer el ejercicio hermenéutico de la ley de sociedades. Es verdad que el tipo S.A. no está incluido expresamente dentro del catálogo de sociedades habilitadas a excluir, pero dicho silencio no significa que la opción de exclusión esté expresamente vedada para este tipo de sociedades. El problema radica en averiguar cuál es la vía para lograr la exclusión”.

²³ DUPRAT, Diego A. J., *Sociedades abiertas y cerradas*, en la obra colectiva “Tratado de los conflictos societarios”, Diego A. J. Duprat (dir.), Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2013, Tomo I.ps. 77/80.

fuertemente influidos por las alternativas que pudieran atravesar los vínculos interpersonales existentes entre los socios, en atención a que sus relaciones no se agotan en el interés patrimonial -basamento puntual de la típica sociedad capitalista como es la anónima aquí involucrada- sino que pueden proyectarse, incluso, hacia ámbitos más íntimos de los accionistas. Entiéndase que no se desvanecen ni la concepción del sujeto de derecho como medio técnico para generar utilidades que se distribuirán como dividendos, ni el interés egoísta de cada uno de los accionistas tutelado por el ordenamiento legal. Por consiguiente, el deterioro de las relaciones familiares provoca con toda certeza la alteración del equilibrio interno de la sociedad anónima. Incluso se ha sostenido que en estas sociedades se relativizan ciertos efectos²⁵.

No parece aventurado afirmar que dichas sociedades tienen mucha semejanza con las personalistas, a excepción de las exigencias estructurales típicas. En ellas no es posible dejar de lado las cualidades personales de los accionistas, en atención a la particular naturaleza de los vínculos en que se basa la relación societaria. No es totalmente cierto, entonces, que deba darse primacía al accionista en tanto es aportante.

Ha quedado evidenciada la tensión que es fácilmente detectable entre la esencia de las sociedades de personas y las accionarias, que no pueden ser trasladadas a las conductas esperables de sus socios: en las dos situaciones no existen diferencias apreciables. Pero de ello no nos parece que pueda sugerirse una asimilación que conduzca a desvirtuar el texto legal. A lo sumo se podría aventurar una valoración adversa al silencio de la LGS en esta materia en relación a las sociedades por acciones y destacar la inconveniencia de basar la interpretación exclusivamente en la aplicación analógica de disposiciones basadas en diseños tipológicos distintos.

c. Las reglas de la sociedad colectiva.

Se ha decidido que el art. 133 LGS, que prevé que un socio no puede realizar por cuenta propia o ajena actos que importen competir con la sociedad, salvo consentimiento expreso y unánime de los consocios y que ante la violación de esta prohibición se autoriza la exclusión del socio, debe ponderarse que dicha disposición se encuentra incluida en la ley societaria dentro de la regulación relativa a la sociedad colectiva (arts. 125 a 133) y por consiguiente resulta aplicable solo a ese tipo social y, por ende, no puede invocarse en supuestos de sociedades anónimas tal como aquí acontece. En ese sentido, se ha sostenido que el artículo 133 LGS es aplicable únicamente a las sociedades colectivas y resulta inadecuado aplicarlo a otros tipos sociales²⁶. Esta interpretación puede compartirse aunque con algunas precisiones.

Esa conducta lesiva, que encuadra en la exigencia del art. 91 en el sentido de mediar un grave incumplimiento de las obligaciones del socio para habilitar su exclusión, no parece que pueda permanecer impune aun si es desplegada por un accionista. Es que no advertimos razón valedera para dispensar la responsabilidad del socio en la anónima que compite con la sociedad que integra. Esta aseveración se basa en la disposición del art. 248 LGS y en las

²⁴ CNCom, Sala F, 15/11/2011, "Libedinsky, Viviana Sol y otro c/ Libesa SA y otros s/ ordinario".

²⁵ CSJN, Fallos 316:1917, disidencia de los Sres. Ministros Barra y Moliné O'Connor.

²⁶ CNCom, Sala D, 24/09/1992, "Birentzwaig, Alberto E y otra c/ Amato Alberto".

directivas de los arts. 272 y 273 que regulan la actuación de los directores, síndicos (art. 298) y miembros del consejo de vigilancia (art. 280) que, por imposición legal deben ser accionistas.

En síntesis, pensamos que no puede descartarse por vía de principio la exclusión de un accionista que realiza actos en competencia con la sociedad porque ello implica un incumplimiento de sus obligaciones con entidad suficiente para justificar dicha sanción, en razón de la regla general del art. 91 y no por aplicación del art. 133. Téngase en cuenta que el ordenamiento en la materia contempla la posibilidad de que, a los fines de preservar la continuidad operativa de la persona jurídica, se suspendan los derechos de un socio sobre el que podría operar una justa causa de exclusión²⁷, criterio que deja en claro la finalidad de protección del ente societario a la que está destinada la exclusión. Ello, por cuanto la ley requiere como principio esencial que para que se produzca la exclusión de un socio exista justa causa. Para que se produzca la justa causa el socio cuestionado no sólo debe incumplir con sus obligaciones, sino que las mismas tengan una incidencia que afecte el desarrollo de la sociedad en la procura de su objeto social, siendo el juez en definitiva quien deberá apreciar la magnitud del incumplimiento²⁸.

d. Otras disposiciones generales.

Según está ordenado en el art. 46, la evicción autoriza la exclusión del socio, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños ocasionados. Si no es excluido, deberá el valor del bien y la indemnización de los daños ocasionados. El régimen se complementa con el art. 47 que dispone que el socio responsable de la evicción podrá evitar la exclusión si reemplaza el bien cuando fuere sustituible por otro de igual especie y calidad, sin perjuicio de su obligación de indemnizar los daños ocasionados.

El art. 48 ordena también la aplicación del art. 46 en caso de evicción si el aporte del socio fuere el usufructo del bien.

Recuérdese que Roitman incorpora a este elenco de causales la sanción ante el incumplimiento del art. 50, en relación a las prestaciones accesorias que puede prever el acto constitutivo.

No consideramos dichas normas incorporadas al Capítulo I de la LGS extrañas a la sociedad anónima porque no alteran su estructura ni su funcionamiento; no existe impedimento lógico para sostener su vigencia en ese tipo social.

e. Supuestos expresos en relación a la SA.

e.1. Como está previsto por los arts. 192 y 193, el estatuto podrá disponer que los derechos de suscripción correspondientes a las acciones en mora, que se produce de conformidad con lo dispuesto por el art. 37, sean vendidos en remate público o por medio de un agente de Bolsa si se tratara de acciones cotizables. Son de cuenta del suscriptor moroso los gastos del remate y los intereses moratorios, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños. También podrá establecer que se produce la caducidad de los derechos; en este caso la sanción producirá sus efectos previa intimación a integrar en un plazo no mayor de 30 días, con pérdida de las sumas

²⁷ CNCom, Sala D, 11/11/2010, “Adepro SCA c/ Abal, Laura Elena s/ ordinario s/ incidente de apelación art. 250 CPR”, con cita de VANASCO, Carlos A., *Sociedades comerciales*, Ed. Astrea, Bs. As., 2006, T. 1, pág. 283. El mismo tribunal en 25/08/2016, “Altasur SRL c/ Ávila, Martín Miguel s/ medida precautoria”.

abonadas. Sin perjuicio de ello, la sociedad podrá optar por el cumplimiento del contrato de suscripción.

En una muy interesante interpretación se ha sostenido que “no obstante el principio general de que todos los contratos (civiles o mercantiles) son rescindibles por culpa, el modelo de sociedad anónima de nuestra ley 19.550 prevé una solución diferente respecto de la mora en la integración del capital. Esto suena paradójico. Siendo ésta la principal obligación en la sociedad capitalista por excelencia, nuestro legislador previó como única sanción tácita la suspensión de los derechos inherentes a las acciones en mora. Ahora bien para que se produzca la exclusión como pacto comisorio la ley impone que dicho pacto sea expreso en los estatutos sociales. Así lo ordena de manera imperativa el artículo 192 y 193 de la LSC. La paradoja reside en que en el modelo personalista la mora conlleva exclusión tácita por imperio del artículo 37 mientras que en el modelo capitalista la mora devenga suspensión tácita de los derechos más no la exclusión. Esta debe estar expresamente pactada en los estatutos. Basta revisar el artículo 37 de la LSC para darnos cuenta de esta profunda incoherencia. Más allá de esta incoherencia revelaría que la exclusión en el modelo capitalista sólo puede ser mediante cláusula expresa”²⁹.

Es notorio que la mora en la integración de las acciones puede generar la pérdida de la calidad de accionista, es decir, que el incumplidor puede ser apartado de la sociedad como sanción expresamente prevista. Parece entonces que el criterio evidenciado por el legislador, aunque se vincule más con aspectos patrimoniales, no puede ser interpretado como obstativo de la exclusión.

e.2. Otro supuesto de muy similares características es el que se vincula con la amortización de acciones, negocio societario expresamente admitido por el art. 223 del ordenamiento específico. Se lo ha definido como “la operación en virtud de la cual la sociedad emisora reembolsa las acciones totalmente integradas a sus tenedores, con utilidades líquidas y realizadas o reservas libres, para cancelarlas, reemplazándolas por títulos de crédito con derechos más o menos equivalentes”³⁰, o bien como “reintegración al accionista del valor nominal del título”³¹.

Esa amortización y el posterior rescate admitidos por las asambleas especiales no constituyen en sí mismos actos intrínsecamente inválidos. Aunque la ley societaria nacional exige que la amortización esté prevista en el estatuto, se ha sostenido que puede ser decidida por la asamblea extraordinaria, con base en lo que dispone el art. 235, inc. 3°, que ya hemos mencionado³². En referencia a un régimen legal similar al nuestro (arts. 500/501, TRLSC española), se ha señalado que “las acciones rescatables confieren un derecho de rescate que permite su amortización en forma ágil sin necesidad de seguir el complejo procedimiento de separación del socio”³³. El art. 500, inc. 1° dispone, en parecidos términos a los del art. 223 LGS, que la amortización de las acciones rescatables deberá realizarse con cargo a beneficios

²⁸ CCiv y Com L. de Zamora, Sala 1°, 3/07/2008. “Patat, Pedro c/ Vercelloti, Liabel”, y sus citas, Thomson Reuters, N° 70048927.

²⁹ VAN THIENEN, Pablo Augusto-DI CHIAZZA, Iván G., *Rescate de acciones por justa causa de exclusión*, LL 2012- B, 226.

³⁰ AGUINIS, Ana M. y BAS de SAR, Élida, *La amortización de acciones*, RDCO, Año 10, N° 55 a 60, Depalma, Bs. As., 1977, p. 4.

³¹ SASOT BETES, Miguel A. –SASOT, Miguel P., *Sociedades Anónimas. Las asambleas*, Ábaco, Bs. As., 1978, p. 279.

³² CRISTIÁ, José María, *Sociedad anónima – Acciones*, en “Código de Comercio Comentado y Anotado”, Adolfo A. N. Rouillon (dir.), Tomo III, La Ley, Bs. As., 2006, p. 556

³³ MADRID PARRA, Agustín, *Sociedades anónimas cotizadas*, en Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno (coords.), *Derecho Mercantil*, Vol. 3°, *Las sociedades mercantiles*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 875.

o a reservas libres o con el producto de una nueva emisión de acciones acordada por la junta general con la finalidad de financiar la operación de amortización.

En rigor, la ley permite la amortización, es decir, el reembolso total o parcial de las acciones si se lo ejecuta con ganancias realizadas y líquidas. El mencionado art. 500, inc. 3° de la ley española prevé cuáles serían las consecuencias que también resultarían aplicables en nuestro medio: en el caso de que no existiesen beneficios o reservas libres en cantidad suficiente ni se emitan nuevas acciones para financiar la operación, la amortización sólo podrá llevarse a cabo con los requisitos establecidos para la reducción de capital social mediante devolución de aportaciones (art. 220, inc. 1°, LGS). En el mismo sentido se ha pronunciado reciente jurisprudencia³⁴.

La amortización total de las acciones de uno o varios accionistas mediante el procedimiento que consagre el estatuto puede conducir a la privación de algunos de sus derechos. En efecto, con base en lo que disponga el estatuto los bonos de goce (art. 228) que se les entregue podrán conferirles sólo derechos patrimoniales o también de consecución (o parapolíticos); en cualquiera de esos casos ante la amortización total han perdido la calidad de accionistas pero no se han desvinculado de la sociedad.

e.3. Cuando la ley societaria permite a la sociedad adquirir las acciones que emitió, sea para cancelarlas y previo acuerdo de reducción del capital; o excepcionalmente, con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, cuando estuvieren completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria y que el directorio enajenará en el término de 1 año, salvo prórroga por la asamblea (arts. 220, inc.s 1 y 2, y 221, LGS), está autorizando también la extinción del vínculo de uno o más accionistas provocada por decisión de la sociedad. Tampoco en esta hipótesis antecede un propósito sancionatorio, pero demuestra que no es irrazonable postular la exclusión en los tipos accionarios.

e.4. Es necesario precisar respecto de lo que señalamos en los puntos e.2. y e.3. que la analogía permite considerar que la estructura de la SA no se altera si la exclusión de socios, con los alcances que examinaremos a continuación, es tolerada. Pero también debe reconocerse que el legislador no les ha conferido una regulación exactamente igual ni parece haber evidenciado alguna particular inclinación a permitir la aplicación del art. 91 LGS a los accionistas. Por ese motivo no creemos pertinente sobredimensionar o generalizar excesivamente acerca de la posibilidad de excluir a los accionistas. Nos hemos limitado a tratar de demostrar mediante un examen lógico de diversas disposiciones que no hay incongruencia notoria en admitirla.

f. El pacto expreso en la SA.

Puede percibirse que desde una férrea oposición a la admisión de la exclusión del accionista en la sociedad anónima se abrió camino una postura más flexible. Quienes consideran válido estipular causas particulares de exclusión en el estatuto, como lo permite el art. 89 LGS que no alude a algún tipo en particular e interpretada del modo en que ha quedado explicado en los

³⁴ CNCom, Sala F, 25/04/2017, "Frontera, Alberto José c/ Diagnóstico Médico SA s/ ordinario".

apartados precedentes, no encuentran óbice para que el contrato social sea resuelto parcialmente mediante la exclusión del incumplidor.

Romano sintetiza esta argumentación en términos elocuentes: “una corriente doctrinaria considera que aún con el régimen societario vigente en nuestro país, la exclusión puede aplicarse por vía analógica a las sociedades anónimas cerradas o de familia (lo que también juega para el socio comanditario de las sociedades en comanditas por acciones), en un caso concreto en base a las circunstancias del caso. Por nuestra parte, no tenemos duda que es válida la cláusula estatutaria que prevé la exclusión del accionista en dicho tipo social”³⁵.

La incorporación de una cláusula de esta naturaleza parece funcionar como un requisito esencial que autorizaría a superar la hipotética prohibición de la resolución –parcial- de los vínculos societarios individuales en las sociedades anónimas, a pesar de que ello no está expresamente vedado en el ordenamiento societario. Y esa estipulación está justificada en los perfiles actuales de la sociedad anónima que han desbordado tanto la intención del legislador de impedir la resolución parcial de las sociedades por acciones por exclusión si media justa causa, cuanto una concepción paradigmática e idealista de la esencia de esos tipos sociales cuyo empleo en la práctica se alejó del modelo normativo³⁶.

Además, admitir pactos de esta naturaleza se condice expresamente con la estructura contractual del negocio jurídico que origina la sociedad, el contrato plurilateral organizativo, porque explicita suficientemente la intención de los socios de permitir la exclusión de aquellos que perturben el equilibrado funcionamiento de la sociedad o impidan la supremacía del interés social sacrificándolo ante los intereses individuales de los accionistas. Creemos que es evidente, como ya fue dicho, que una misma conducta no puede considerarse permitida en algunos tipos sociales y prohibida en otros; la lealtad exigible al accionista no es diferente de aquella requerida a los socios de sociedades distintas. No parece que el ordenamiento jurídico pueda ser indiferente ante actitudes obstruccionistas, carentes de colaboración, reticentes o simplemente egoístas; tampoco es razonable que se premie a quien incumple gravemente sus obligaciones o incurre en demoras, que es lo que sucedería si no se autoriza el ejercicio de la potestad correctiva.

En el sentido indicado, conviene tener en cuenta que no es necesario que los socios sean alertados de sus inconductas o interpelados previamente, desde que ello no constituye requisito para decidir la exclusión, por cuanto basta el grave incumplimiento de las obligaciones sociales para que la estipulación de exclusión resulte operativa sin más. Tampoco es exigible la acreditación de los daños o secuelas quedadas después de la presumible comisión de inconductas, porque es suficiente el incumplimiento considerado objetivamente sin que sea menester la prueba precisa del daño patrimonial que acarrea a la sociedad, desde que la

³⁵ ROMANO, Alberto Antonio, *Separación y exclusión de socios en las SA cerradas y en las SRL*, Ponencia presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina celebradas en Rosario los días 28 y 29 de Junio 2012.

³⁶ VAN THIENEN, Pablo Augusto-DI CHIAZZA, Iván G., *Rescate de acciones por justa causa de exclusión*, LL 2012- B, 226. Textualmente señalan que la “realidad hoy día es que el molde capitalista pensado por el legislador hace más de 30 años está en profunda crisis empañado por un profundo sentido personalista de la reunión de capitales. Nadie puede negar a esta altura del partido que la sociedad anónima capitalista ha construido parte de su éxito y desarrollo sobre la base de las relaciones subjetivas o estratégicas de sus accionistas. Sea la anónima una empresa de familia destinada a la explotación de un kiosco de golosinas o un *joint venture* multinacional para la exploración de petróleo en la plataforma submarina, el dato personal del accionista sigue siendo lo que paga. El *know how*, la tecnología, el desarrollo de mercado, las marcas, la clientela son todos intangibles que hacen que una persona califique y sea elegida para la formación de un emprendimiento mercantil. El tipo S.A. es el modelo contractual y la estructura legal que mejor se ajusta a estas necesidades y donde el pacto de exclusión no puede estar prohibido”.

exclusión puede decidirse cuando se comprueba que las conductas reiteradas de falta de colaboración y reticencia impide el normal funcionamiento de la relación societaria perjudicando con ella la función económica perseguida ³⁷.

g. Las sociedades cotizadas.

El Decreto 677/2001 previó en relación a las sociedades que hicieran oferta pública de sus acciones un supuesto asimilable a la exclusión que denominó “declaración unilateral de voluntad de adquisición de la totalidad del capital social remanente en poder de terceros” (arts. 25, inc. b y 28), y que refería a la adquisición comprensiva de la totalidad de las acciones en circulación y de todos los otros títulos convertibles en acciones que se hallen en poder de terceros. Los requisitos formales, las decisiones sociales de la persona jurídica controlante y la fijación del precio equitativo, estaban regulados por los arts. 29 y 30.

La ley 26.831 (arts. 91 a 96) disciplina el “régimen de participaciones residuales” respecto de aquellas sociedades anónimas cuyas acciones cuenten con autorización de oferta pública otorgada por la Comisión Nacional de Valores sometidas al control de otra persona. El art. 91 dispone que cuando una sociedad anónima quede sometida a control casi total: a) cualquier accionista minoritario podrá, en cualquier tiempo, intimar a la persona controlante para que ésta haga una oferta de compra a la totalidad de los accionistas minoritarios; b) dentro del plazo de 6 meses desde la fecha en que haya quedado bajo el control casi total de otra persona, esta última podrá emitir una declaración unilateral de voluntad de adquisición de la totalidad del capital social remanente en poder de terceros. La dos situaciones presentan características diferenciales, pues la primera significaría una “autoexclusión”, es decir, una adquisición obligatoria de acciones por virtud de una relación de control “casi total” requerida por los propios accionistas minoritarios, mientras que la otra tiene por efecto la exclusión de esos accionistas que se operará por la adquisición de sus títulos decidida unilateralmente por la persona controlante, medie o no una oferta pública al efecto.

Como es sencillo comprender, quien controle a las anónimas que hacen oferta pública de los títulos accionarios que emitieron puede excluir compulsivamente a los accionistas minoritarios (“residuales”), adquiriendo sus acciones pagándolas a un precio equitativo. El sistema equilibra la posibilidad de desembarazarse de algunos socios con el derecho de ellos a ser pagados equitativamente.

Aunque no se trata en realidad de un régimen sancionatorio como el que está previsto por el art. 91 LGS, sus efectos concretos no resultan ser muy distintos. La significación de esta autorización legal establecida para las sociedades cotizadas tiene un alto impacto en la interpretación y contribuye al refuerzo de admitir la exclusión de accionistas, bajo las condiciones que se estimen pertinentes, que aunada a lo dicho en referencia a las sociedades cerradas, presenta un cuadro de situación que disminuye la fuerza persuasiva de los criterios que niegan la exclusión en las SA. Téngase en cuenta que han quedado comprendidas en este

³⁷ C. Civ. y Com. Córdoba, 2ª, 16/09/2008, "Bornia, Aldo G. y otro c. Hormigones Córdoba S.C.I transformada en S.R.L.", Abeledo Perrot Online, Lexis N° 70048821.

análisis todas las sociedades anónimas desde las más pequeñas hasta las corporaciones empresarias de grandes dimensiones.

6. Conclusiones.

a. No parece incongruente o irrazonable que los accionistas puedan ser excluidos cuando mediare justa causa.

b. Es válido estipular en el estatuto de las sociedades por acciones supuestos de resolución parcial que se asienten en el grave incumplimiento de los deberes y obligaciones de los socios, aun si ella es decidida extrajudicialmente y por mayoría.

c. Apreciamos posible la prudente interpretación analógica de las reglas que rigen en esta materia a los tipos no accionarios, en tanto medie previsión expresa en el estatuto.

Bibliografía.

AGUINIS, Ana M. y BAS de SAR, Élida, *La amortización de acciones*, RDCO, Año 10, N° 55 a 60, Depalma, Bs. As., 1977.

ALEGRÍA, Héctor, *Repensando temas sobre la exclusión de socios*, RDPyC, 2003-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

CÁMARA, Héctor, *Disolución y Liquidación de Sociedades Mercantiles*, Ed. TEA, Bs. As., 1957.

CORDERO, Anahí, *Deberes de los socios. Deberes de aportar y deber de lealtad*, Capítulo 3 (Obligaciones de los socios), de la obra colectiva "Tratado de los conflictos societarios", Diego A. J. Duprat (dir.), Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2013, Tomo II.

ESCUTI, Ignacio A. (h), *Receso, Exclusión y muerte del socio*, Depalma, Bs. As., 1978.

FARINA, Juan M., *Derecho de las sociedades comerciales*, T. 1, Ed. Astrea, Bs. As., 2011.

GRISPO, Jorge Daniel, *Ley de sociedades comerciales*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

MADRID PARRA, Agustín, *Separación y exclusión de socios*, en Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno (coords.), *Derecho Mercantil, Vol. 3º, Las sociedades mercantiles*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

ROMANO, Alberto Antonio, *Separación y exclusión de socios en las SA cerradas y en las SRL*, Ponencia presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina celebradas en Rosario los días 28 y 29 de Junio 2012.

SASOT BETES, Miguel A.–SASOT, Miguel P., *Sociedades Anónimas. Las asambleas*, Ábaco, Bs. As., 1978.

TON, Walter, *La exclusión del socio como medida cautelar*, DCCyE, 2014 (junio).

VAN THIENEN, Pablo Augusto-DI CHIAZZA, Iván G., *Rescate de acciones por justa causa de exclusión*, LL 2012- B, 226.

VERÓN, Alberto Víctor; *Sociedades Comerciales*, T. 2, Ed. Astrea, Bs. As., 1998.

VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades Comerciales*, Tº IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

ZALDIVAR, Enrique *et al.*, *Cuadernos de Derecho Societario*, T. III, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1976.

ZUNINO, Jorge O., *Disolución y liquidación*, T. 1, Ed. Astrea, Bs. As., 1984.