La ley societaria argentina autoriza la exclusión del accionista en las S.A. cerradas

Héctor Gabriel Somaglia

La no exclusión del accionista en Sociedades Anónimas cerradas o familiares de rasgos más personalistas que de capital, constituye hoy la crónica de una muerte anunciada, como titulara Gabriel García Márquez a una de sus más populares y ejemplares obras.

Hoy diversos jueces han abierto la puerta para que bajo regulación estatutaria pueda expulsarse un socio con justa causa[1].

Creo que hoy es lícito, bajo la ley 19.550 (t.o.), proceder a la exclusión del accionista sin que para ello sea necesario recurrir el proceso judicial de exclusión previsto en el artículo 91 L.G.S., utilizando el instrumento que aquella norma prevé en el artículo 220.2.

Para ello es necesario definir a la "exclusión de socio" como el instrumento legal para resolver una crisis intrasocietaria que tiene su génesis en el actuar gravoso del socio que pone en riesgo la continuidad del ente, siendo este instituto la herramienta que de fin al vínculo con el socio que ha incurrido en un grave incumplimiento de los deberes a su cargo, y evitar la desaparición de la sociedad. Se privilegia con ello la conservación de la empresa y el interés social por sobre el particular del socio excluido.[2]

Podemos afirmar que la exclusión funciona a favor de la sociedad; diferenciándose del instituto del derecho de receso o separación del socio que opera a

---

1 CNCom., Sala F, 03/02/2011, "Microómnibus Ciudad de Buenos Aires S.A. c/ Martínez, Daniel", La Ley Online: AR/JUR/8478/2011;
CNCom., Sala D, 21/10/2011, "Nargam S.A. c Maisti SL", La Ley Online: AR/JUR/76295/2011; C.Civ.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 Nº 70048821; CNCom. Sala A, "Quetra SA c/ Pitrelli, Domingo s/ordinario, el 28-09-2017.

2 BALBIN, Sebastián, "Ley Gral de Sociedades", Ed. Cathedra Jurídica.

favor del socio con intenciones de dejar la sociedad. Ambos institutos sirven para zanjar el conflicto societario pero con "beneficiarios" diferentes.

Sin embargo, diversa doctrina considera que, si bien la exclusión del socio no está prevista por ley para Sociedades Anónimas, la L.G.S. tampoco lo prohíbe[3].

El instituto de la norma del art. 91 de la Ley Societaria resulta materia natural del Derecho Comercial, cuyos preceptos legislativos merecen una interpretación progresista, de vanguardia, donde los usos y costumbres propios e inherentes al movimiento empresario nos exhiben que las normas de la Sociedad Anónima regulada en la L.G.S. muchas veces resultan imprácticas para posibilitar la conservación de la propia empresa, pues hoy debe atenderse a la realidad que innumerables emprendimientos –aún de muy escasa envergadura económica– optan por vestirse bajo la cobertura del tipo Societario Anónimo.

En esa orientación, la sociedad anónima que se encuadra dentro de los cánones que los usos y costumbres la han calificado como "sociedad cerrada" y/o "sociedad de familia", donde los aportes son integrados por los fundadores ligados por vínculos de honrosa amistad, o filiatorios o colaterales al celebrar el contrato social, sus acciones no cotizan en bolsa, no están tipificadas en el art. 299 L.G.S., y su financiamiento resulta estrictamente institucional bancario, o del mismo seno familiar o entre personas que se vinculan por un *affectio societatis* expreso, con el propósito de emprender actividades naturales a Micro y PYMES no encuadrables en las calificadas sociedades anónimas abiertas.

Ese tipo usualmente calificado de Sociedades Cerradas, son utilizadas más para limitar la responsabilidad de los socios que para financiar grandes emprendimientos. Es decir, impostan la finalidad que tuvo el legislador de los años 1970 al regular a las Sociedades Anónimas, y van en contra de la naturaleza fundante de su existencia.

Esto es una realidad tangible que muestra características definitorias propias de un origen puro familiar y/o de estricta confianza donde se advierte un *affectio societatis* originario sin solución de continuidad, donde en la mayoría de los casos se verifica una marcada identificación entre la suerte de la familia o de amigos y de la empresa.

Aquel *affectio societatis* se moviliza con la intención de formar e integrar la sociedad con sus pares de sangre, de afecto legal o fáctico y confianza en valores que quizás no puedan sostenerse en el tiempo, más aún cuando la base de la

---

3 DUPRAT, Diego, "La exclusión y separación del accionista en las sociedades anónimas cerradas", en rev. LL 13/02/2013, 10 - LA LEY2013-A, 286 - Enfoques 2013 (abril), 01/04/2013, Cita Online: AR/DOC/134/2013).

pirámide familiar se ensancha y los valores que otrora los fundadores internalizaran no comulgan con los valores y personalidades de las nuevas generaciones pudiendo llegar así al quebrantamiento de aquella *affectio societatis q*ue existía *ad initio.*

La institución *affectio societatis*, puede observarse en la realidad de la Sociedad Anónima Cerrada, pues como bien lo explicara Horacio Fargosi, " *ella no sólo es la voluntad o intención de asociarse, sino la voluntad de cada socio de adecuar su conducta y sus intereses personales, egoístas y no coincidentes a las necesidades de la sociedad para que pueda ella cumplir su objeto, y así, y a través de ella, que se mantenga durante la vida de la sociedad para que pueda ella cumplir su objeto, y así, y a través de ella, que se mantenga durante la vida de la sociedad una situación de igualdad y equivalencia entre los socios de modo que cada uno de ellos y todos en conjunto observen una conducta que tienda a que prevalezca el interés común, que es el modo de realización de los intereses personales*"[4].

Más allá de la unificación legislativa concebida desde la Ley 26.994, el Derecho Mercantil no ha perdido su autonomía, y menos aún su especialidad, lo que conlleva a sostener que la costumbre, como nota de la Universalidad del Derecho Comercial, sigue siendo una fuente de aquél derecho, y con cierta prelación supletoria sobre el derecho común, aunque su regulación se encuentre unificada[5]. Por ello, la norma jurídico-mercantil debe dar respuesta a los requerimientos ordinarios de su naturaleza misma, o sea, ser el instrumento acabado, válido y eficaz para que los negocios fluyan equilibradamente, para poder contener las connotaciones humanas necesarias que el escenario social impone sobre la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales[6].

De esta forma, y atendiendo a los cánones universales, consuetudinario y progresista del Derecho Comercial en general, y Societario en particular, el accionista pasaría a ser un elemento "esencial" en las S.A. cerradas y la figura de la exclusión del socio regulada por la L.G.S. sería de aplicación analógica a los tipos personales o SRL, se encuentren o nó previsto estatutariamente. Es decir que, ante un comportamiento antisocial de un accionista, su exclusión se encontraría justificada. De otra forma, resulta absurdo que la sociedad y los demás socios, tengan que "soportar" (a palos) y como socio a un accionista que,

---

4 FARGOSI, Horacio, "*La affectio societatis*", ps. 88/89, Ed. Librería Jurídica.

5 SANCHEZ CALERO, Fernando; "Principios de Derecho Mercantil", p. 12/13

6 PIEDECASAS, Miguel", "Derecho Comercial, Cód. Civ. y Com. –Ley 26.994", ps. 14/15.

como dice Duprat[7], "no ha cumplido con sus obligaciones sociales o que, con su conducta –por ejemplo–, muestra el desarrollo de actividades en competencia o en interés propio más que colectivo; utilización de bienes o efectos sociales en provecho propio– causando un grave daño o perjuicio a la sociedad y a su interés". Así, "lo que resulta más relevante es que la exclusión y la separación del socio son totalmente funcionales y eficientes para el buen funcionamiento de las sociedades cerradas, donde la composición y la personalidad de los socios es sumamente relevante"[8].

Sin perjuicio de considerar conveniente la reforma del régimen societario que autorice la acción de exclusión de socio para las S.A. cerradas en cuanto el carácter personalista de las mismas sea verificable; y que una previsión estatutaria al respecto sería una forma rápida de prever soluciones ante crisis intrasocietarias, consideramos que los jueces, aplicando las nuevas pautas establecidas por el Código Civil y Comercial de la República Argentina y los principios fundantes que dan autonomía al derecho comercial (referidos supra), deberían ser un facilitador de la exclusión de socio por justos motivos, sin tener en cuenta si se encontraba prevista o no la misma en el estatuto.

De esa manera, estaríamos adelantándonos y, posiblemente, evitando una catástrofe cual sería la disolución y liquidación de la sociedad desde que bregamos por la continuidad de la sociedad, como generadora de empleo, industria y crecimiento de una nación.[9]

Frente hasta lo aquí expuesto no debe olvidarse que la exclusión del accionista en la sociedad anónima cotizada es un modelo para tener muy en cuenta, pues el decreto 677/01 sobre Régimen de Transparencia para las sociedades cotizadas incorporó a nuestro sistema societario la novedad: que el accionista inversor puede ser excluido de la sociedad anónima con el móvil de habilitar a una sociedad anónima sacarse de encima a ciertos accionistas minoritarios que podrían entorpecer cierta operación de fusión o de salida del régimen de oferta pública.

Así, la sociedad cotizada (abierta) se encuentra expresamente habilitada por aquél decreto-ley que más allá de su cuestionada constitucionalidad autriza la exclusión de un accionista en clave de prevención puesto que esta solución se brinda en favor de la sociedad para consumar un negocio de reorganización evi-

---

7 Duprat, Ibidem.

8 Duprat, Ibidem.

9 Parducci, Diego M., "¿Puede ser excluido un accionista en las sociedades anónimas?", Doctrina Societaria y Concursal, Editorial Errepar (noviembre de 2005, Tomo XVII), p. 1384 y siguientes

tando que accionistas entorpezcan la decisión social. Este plexo de exclusión unilateral, forzoso e imperativo busca tutelar el interés de la sociedad y, en alguna medida, el interés del pequeño inversor pagándole un justo precio por sus acciones, a quién sólo le nacerá el derecho a la impugnación del precio como única solución posible para quien así es excluido[10].

¿Podríamos imaginar o diseñar en los estatutos sociales de una anónima cerrada un esquema de salida análogo o similar a éste? ¿Por qué no? La autonomía de la voluntad tiene campo fértil para ello.

Finalmente, al margen de las sociedades abiertas o cotizadas, y aún frente a la ausencia de pacto estatutario, La exclusión del accionista puede articularse como rescate de sus participaciones societarias, según la disposición del art. 220.2 de la L.G.S.

La S.A. está expresamente habilitada a rescatar sus participaciones, pudiendo ese iter jurídico implicar (o no) resolución parcial del contrato plurilateral. Las causas que pueden justificar el acto del rescate pueden ser muchas y variadas, sin embargo un ejemplo de rescate lo podemos encontrar en el derecho de receso, donde el socio opta por salir voluntariamente de la sociedad estando la S.A. forzada a la adquisición de la participación del socio recedente (art. 245 L.S.C.). El caso de exclusión previsto en el artículo 91 y ss. de la ley 19.550 también es un negocio de rescate, pero con la salvedad de que en este supuesto quien ejerce la opción de salida no es el socio sino la propia sociedad emisora. No hay lugar a dudas de que la decisión social de exclusión como causal de resolución contractual nos pone frente a un negocio de rescate.[11] La exclusión sería entonces la causa fin de ese acto jurídico societario en pos del resguardo y conservación de la empresa y, porque no, del *affectio societatis* en la SA cerradas.

Así las cosas, podemos observar que la sociedad puede rescatar sus participaciones ya sea, porque el socio decide ejercer la opción de salida (opción put ejercida a través del receso) o porque es la propia sociedad quien decide ejercerla (opción call a través de la exclusión). En ambos casos estamos parados ante un mismo negocio jurídico de rescate, lo que cambia es la causa del negocio[12].

Entonces voy a colegir que el accionista de una S.A. puede ser excluido forzosamente del contrato social. En efecto, el artículo 223 L.G.S. autoriza la amortización total o parcial de acciones completamente integradas. De esta for-

---

10 REYES VILLAMIZAR, Francisco, "Derecho Societario en EE.UU. y la UE", Legis

11 Van Thienen, P. Augusto y Di Chiazza, Iván, "Rescate de acciones por justa causa de exclusión" en rev. LL 20/03/2012, 4 - La Ley 2012-B, p. 226; Cita Online**:** AR/DOC/1067/2012.

12 Van Thienen, P. Augusto y Di Chiazza, Iván, ibidem.

ma se acepta la exclusión forzosa consensuada. Esto quiere decir que el pacto de exclusión por amortización puede estar consensuado por unanimidad o por simple mayoría de votos incorporando la cláusula de amortización vía reforma estatutaria. Así La doctrina especializada es conteste en admitir que la amortización de acciones es un rescate consensuado de exclusión imperativa en la que el accionista pierde definitivamente su calidad de socio. A cambio de su salida forzosa se lo dará un bono de goce (vid., artículo 223.3)[13].

Esto nos indica que la exclusión del accionista no es una barrera inexpugnable en la S.A. sino todo lo contrario, admitido para el caso de amortización.

En el modelo de la S.A. el artículo 220.2 autoriza a la sociedad rescatar sus propias acciones para evitar un daño grave[14]. Esta última es la raíz de nuestra conclusión: "la exclusión del accionista por grave incumplimiento a sus obligaciones autoriza el rescate de sus propias acciones con fundamento en el daño grave".

El iter jurídico del rescate previsto en el inciso 2° del artículo 220 puede tener múltiples causas, siempre y cuando dicha causa tenga como finalidad evitar la producción de un daño a la sociedad. La mera posibilidad de que el daño se produzca habilita el rescate y la exclusión del socio.

La verdad es que ejemplos de daño grave en las sociedades anónimas cerradas existen masivamente, como por ejemplo, la violación al deber de buena fe que todos los accionistas le deben a la sociedad y se deben entre sí y cuyo incumplimiento devenga la resolución de cualquier contrato. Recordemos que el deber de lealtad no sólo lo deben los administradores sino también los socios y accionistas (vid., artículos 241, 242 y 248 L.S.C.), a los que podemos sumar el deber de no competencia y de no priorizar el interés privado por sobre el societario.

El artículo 91 expresa grave incumplimiento para su instrucción, mientras que el artículo 220.2 nos habla de daño grave. En ambos casos el legislador exigió para la extinción de la relación jurídica contractual que la causa de la extinción deba ser grave. La pregunta que uno debe formularse es si el grave incumplimiento a una obligación de socio que trae aparejado un grave daño al patrimonio social habilitaría la exclusión por vía del artículo 220.2 de la L.S.C. Al respecto no dudo en responder afirmativamente.

Observamos así que en la S.A. el accionista puede ser excluido por culpa, si con su culpa causa daño al patrimonio social, no siendo necesario transitar la vía del expediente judicial sugerida por el artículo 91 L.G.S., sino instruir el pro-

---

13 Van Thienen, P. Augusto y Di Chiazza, Iván, ibidem.

14 Van Thienen, P. Augusto y Di Chiazza, Iván, ibidem.

ceso del artículo 220.2 L.S.C. que habilita al directorio ejercer el rescate de las acciones (del socio que incurre en la producción de graves daños a la sociedad), cuya decisión deberá ser informada (sin que requiera aprobación) en la próxima asamblea ordinaria.

En suma, para evitar la producción del daño el legislador concedió amplias facultades de gestión al órgano de administración para ejecutar el rescate, incluso por exclusión. Esto quiere decir que el rescate por exclusión no está sometido a condición resolutoria ni suspensiva. El rescate por exclusión quedará firme y será irrevocable desde el momento en que el directorio ejerce la opción de salida comunicando su decisión al socio incumplidor quien a cambio de su salida recibirá el justo precio[15].

Nuestra propuesta de exclusión del accionista por vía del rescate implica la suspensión de los derechos de las acciones en cartera que eran propiedad del socio expulsado hasta su venta, para evitar un daño grave a la sociedad y así tutelar el interés social.

Va de suyo que resulte lícito bajo la ley 19.550 proceder a la exclusión del accionista sin que para ello sea necesario recurrir el proceso judicial de exclusión previsto en el artículo 91 L.G.S.

Dicho lo anterior podemos concluir que un accionista puede ser excluido de una S.A., por medio del derecho de rescate para evitar un daño grave (artículo 220.2 LSC y arts. 1710/1711 Cód.Civ.Com.), que fácilmente puede ser considerada como alternativa exclusionaria del accionista hostil.

---

15 Van Thienen, P. Augusto y Di Chiazza, Iván, ibidem.