

## DERECHO DE EXCLUSIÓN DEL ACCIONISTA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE FAMILIA

*Leonardo J. Glikin y Liliana I. Hers*

### SUMARIO

En las sociedades anónimas cerradas en general y en las sociedades de familia en particular, las barreras de salida del contrato son muy altas, y al no haber liquidez de la inversión, el conflicto que compromete la *affectio societatis* de un socio, se sostiene en el tiempo haciéndose crónico y poniendo en riesgo la sustentabilidad del proyecto empresarial. En la ponencia se considera en particular la posibilidad de excluir a un accionista. Se realiza un paneo de las normas vigentes al respecto, una consideración del carácter de las mismas reflexionando sobre su imperatividad. Se revisa también el criterio jurisprudencial. Finalmente, tras estimarse la viabilidad de la inclusión de estas cláusulas, se propone incorporar modelos utilizados en los protocolos de familia para facilitar la prueba de dichas conductas, facilitar el funcionamiento de las cláusulas en el espacio familiar, y consolidar las regulaciones de los protocolos de empresa familiar.



### FUNDAMENTOS

Las sociedades anónimas cerradas en general, y las sociedades de familia en particular, canalizan la mayor parte de la actividad económica en la Argentina.

Estudios empíricos han demostrado que en nuestro país, como en otros países latinoamericanos, las empresas cerradas y familiares representan más del 90% de las sociedades anónimas constituidas, aportan una parte sustancial del PBI, que llega a más del 50%, y emplean —en con-

junto— la mayor cantidad de trabajadores hasta absorber casi el 70% del empleo útil (cfr. Vítolo, Daniel R.).

La problemática que apareja la sustentabilidad de estas sociedades es motivo de conflicto permanente. La jurisprudencia ha calificado a las sociedades anónimas cerradas o de familia como sociedades técnicamente de capital pero ónticamente personales.

En consecuencia es necesario adaptar las normas del derecho societario a la problemática particular de estas organizaciones.

Para fortalecer los derechos del socio en las sociedades cerradas en general, y las sociedades de familia en particular, es indispensable realizar un allanamiento de las barreras de salida, para evitar la dilución de los derechos del socio (función del instituto del receso).

Hemos considerado en otra oportunidad, el derecho de receso (Glikin-Hers 2010). En este caso aspiramos a realizar un aporte para fortalecer la defensa del interés social en las sociedades cerradas en general y las de familia, en particular.

En el caso de las sociedades de familia, la situación es particular: el valor de amenaza de los derechos del socio en el entorno del orden familiar no es operativo, dado que la hipótesis de conflicto consistiría en demandar al hijo/a. padre/madre, al cuñado/a o al hermano/a.

La resolución de conflictos en el orden familiar se yuxtaponen con la resolución legal, operando una mutua obstrucción. (Glikin-Hers 2010).

La sustentabilidad del proyecto societario cuenta con un importante apoyo en la institución de la exclusión por justa causa, para lo cual se requiere establecer recursos compensatorios.

En las sociedades personales las obligaciones fiduciarias de los socios son altas —y se encuentran protegidas por el derecho de exclusión—.

En las sociedades de familia, aun siendo anónimas, la situación también es diferente a la de las sociedades anónimas cerradas en general: el estatus de socio se encuentra difuso en un haz de relaciones personales que confunden la condición de socio con el laxo y difuso estándar obligatorio del rol de hij@, herman@, tí@, sobrin@ o cónyuge, que subyace en los vínculos familiares incondicionados.

En las sociedades de familia, el cumplimiento de las obligaciones fiduciarias de los socios y los roles de administración pueden presentar disfunciones, que se traducen en incumplimiento de obligaciones sociales: los miembros de la familia hablan unos con otros sin tener plena conciencia del rol que representan, y generan, por lo tanto, una confusión entre los cargos y funciones empresariales y el papel que a cada cual le toca jugar en el ámbito familiar (Glikin 2012).

### **Algunas reflexiones sobre el orden público societario**

Nuestro sistema jurídico societario admitiría la expulsión del accionista sólo frente a una culpa contractual: la mora en el aporte de capital. Artículo 193, LSC. (Van Thienen y Di Chiazza).

¿El orden público societario admitiría que hubiera otras causales de exclusión?, en otras palabras ¿estamos ante una norma dispositiva o imperativa?

Algunas consideraciones sobre la funcionalidad del orden público, pueden ayudar a la respuesta de este interrogante.

El orden público no es susceptible de una definición; es un concepto superior que limita la autonomía de la voluntad de las partes cuando las bases en las que se apoya la organización de la sociedad a que se refiere resultan comprometidas, y se vincula sustancialmente al estado de equilibrio, de paz social y de justicia, al que deben acomodarse las leyes y los actos de los particulares» CNCom., sala D, 23/8/82; E.D. 103-437., citado por Richards.

El derecho regula la sociedad comercial, como negocio desde una doble perspectiva:

1. Atiende a los riesgos que configura la creación de un patrimonio de afectación, y la “personalización societaria”. Se regula un sistema para la imputación de obligaciones al patrimonio común, su alcance y excepciones; se establece como sistema garante la tipicidad (orden público societario). Estas normas son de orden público (se vinculan sustancialmente al estado de equilibrio, de paz social y de justicia, al que deben acomodarse las leyes y los actos de los particulares) y resultan consistentes con el orden público general expuesto en el derecho civil.

Las normas que protegen el interés público son:

- Las normas vinculadas con la personalidad societaria;
- la información al público respecto del régimen de imputación de los actos al patrimonio social (normas sobre tipicidad, regularidad, elementos del contrato social, publicidad de los actos);
- o las vinculadas con la integración e integridad de los aportes.

2. Considera la relación intracontractual en la que predomina la autonomía de la voluntad, y se preserva la buena fe de los contrayentes.

Siempre uno de ambos enfoques predomina: cuando estamos en presencia de un acto de la sociedad comercial que afecta a terceros, se activan normas de orden público societario para protegerlos. En cambio, cuando estamos ante un conflicto intracontractual societario, podrá predominar el interés legítimo del socio —derecho patrimonial con alcance constitucional— o el interés legítimo de la comunidad societaria, sólo si la conducta del socio es de mala fe y o la pretensión implica un desbaratamiento de derechos acordados por él en el contrato societario.

En abstracto estos derechos son de orden público y la entidad sociedad comercial no puede arrasarlos.

Efectivamente, la relación intrasocietaria no considera intereses simétricos.

El derecho del socio individual sobre el patrimonio societario es un derecho de propiedad de raigambre constitucional, y el traslado de su administración a la comunidad societaria conforma un riesgo para el mismo, que impone la incorporación de mecanismos de control y defensa (los derechos indisponibles del socio).

Las normas que protegen estos intereses son imperativas (Manóvil 1992), pero los derechos consagrados por ella son derechos patrimoniales (no inalienabilidades, por lo tanto disponibles) y la disposición del socio no constituye, necesariamente, una violación al orden público.

Siguiendo este razonamiento no habría compromiso del orden público societario con la inclusión de cláusulas que previeran causales de exclusión en el estatuto de las sociedades anónimas cerradas.

## **El derecho de exclusión por justa causa en la ley societaria y la jurisprudencia**

Ya con anterioridad a la ley 19.550 los derogados arts. 419 a 423 del código de comercio autorizaban la rescisión parcial del contrato de sociedad (sea de personas o de responsabilidad limitada), a pedido de cualquiera de los socios, con o sin conformidad de los otros socios, lo cual debían requerir ante juez competente (Fernández) pero la doctrina la restringía a las *intuitu personae*. Durante la vigencia de aquellas normas, Cámara explicó que tal facultad estaba restringida sólo a “las sociedades comerciales *intuitu personae*, excluyendo las constituidas *intuitu rei*”, y ello porque los supuestos de apartamiento entonces legislados sólo eran capaces de afectar el curso de las sociedades “personalistas”.

Tras la legislación de 1972, el artículo 89 y ss. que consideran la resolución parcial del vínculo (Duprat) ¿se aplica a las S.A.?

El artículo 91 no las incluye en las alternativas. La particular naturaleza *intuitu rei* de las sociedades de capital admite y promueve la variabilidad en el elenco de socios, motivo sustancial por el que la resolución parcial no le es, en principio, afín o necesaria (Zunino).

¿Es factible adoptar cláusulas estatutarias que se aparten de este principio general?

En otras situaciones la ley admite la posibilidad de inclusión estatutaria de la sanción de exclusión respecto de este tipo: Así el artículo 50 prevé la exclusión pactada como sanción al incumplimiento de prestaciones accesorias a las que se hubiera obligado el accionista (Halperín), o la mora en la integración del aporte comprometido del artículo 193.

La jurisprudencia ha considerado en varias oportunidades la cuestión con resultados diversos, lo cual desdibuja la tendencia:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, en 1995 entendió en los autos Transportes del Tejar S. A. c. Pérez, Manuel V. y otros que: “El art. 89 de la ley 19.550 (Adla, XLIV-B, 1310) permite establecer en el estatuto causales de resolución parcial no previstas legalmente y, por consiguiente, cabe entender que nada impide contemplar causales especiales que puedan dar origen al retiro forzado del socio, cuando concurren circunstancias que lo hayan apartado de la actividad empresaria para la cual fue constituida la sociedad”.

También consideró que la cláusula era operativa si se incluía en una reforma posterior, en tanto estuviera ya inscripta la modificación al tiempo de su aplicación: “El hecho de que la cláusula estatutaria que contempla la exclusión de socios no haya sido establecida en forma originaria, sino mediante una modificación del estatuto, no altera la validez de aquélla, cuando se han cumplido los procedimientos legales establecidos para concretar válidamente la modificación introducida, la cual, por otro lado, en nada afecta al objeto social ni las bases del negocio de la empresa”.

El mismo criterio aplicó recientemente la sala F en un sustancioso fallo de Barreiro —que cita abundante doctrina concordante— en los autos “Microómnibus Ciudad de Buenos Aires SATSA c/ Martínez Daniel | ordinario”, de febrero del 2011. El tribunal entendió en este caso que la disposición del artículo 91 de la LSC era un criterio interpretativo orientador al posibilitar las previsiones contractuales de causales de resolución parcial y de disolución no previstas por la ley, y que el instituto de exclusión de socios podría establecerse para las sociedades anónimas, si es que existe una cláusula en el estatuto social, la que sería aplicable luego de su aprobación.

Pero en otro fallo posterior, de la sala D en los autos Nargam S.A. y otro c. Maisti S.L. s/sumario, del mismo año, se arriba a la conclusión contraria: la acción de exclusión de un socio de una sociedad anónima sería improcedente, pues se trata de una medida que sólo se admite para los tipos societarios contemplados en los arts. 90 y 91 de la ley 19.550. Las previsiones legales de excepción que autorizarían la resolución parcial, aunque con ciertos matices, serían los arts. 245, 193, 50 y 95 del mencionado ordenamiento. El fallo considera incidentalmente —el caso no trata de una sociedad de familia—, que en las sociedades de familia no se aplicarían los criterios para el resto de las sociedades de capital.

Con lo cual según la sala D, en caso de tratarse de una sociedad familiar se aplicaría el mismo criterio establecido en su fallo por las salas C y F. Así respecto de las sociedades de familia la jurisprudencia parece pacífica respecto de la viabilidad de inclusión de cláusulas estatutarias de exclusión del socio por justa causa, sin perjuicio de la conveniencia de avanzar en la discusión doctrinaria del punto, en cuanto a las sociedades anónimas cerradas distintas de la sociedad familiar, ya que no resulta un tema superado por la jurisprudencia.

Proponemos avanzar con la propuesta de cláusulas tipo, como herramientas para resolver los casos concretos.

### **Un aporte desde el mismo derecho de la Empresa de Familia**

La empresa de familia tiene sus propios recursos regulatorios. Así, el caso del protocolo, que sirve para adaptar la aplicación de la normativa legal a la empresa de familia.

El protocolo es un instrumento, con valor moral (en primer término) y legal en todo aquello que no se oponga a las normas vigentes, por el cual los miembros de una empresa (especialmente de familia) y los miembros de la familia (incluyendo a aquellos que no se desempeñan en la empresa) llegan a acuerdos en materia de visión, misión y valores, objetivos empresarios y articulan obligaciones recíprocas para sostenerlos.

El protocolo establece un ordenamiento propio, afianzado en los vínculos familiares, y coopera con el ordenamiento legal, al tiempo que resulta “adaptado” a la medida del grupo de personas —esa familia particular—.

Los protocolos de familia suelen definir los conflictos que dan lugar a la exclusión del socio e incluso establecer mecanismos para hacerlos operativos, mediante acuerdos parasociales de opción de compra que se activan al objetivarse la causal de exclusión. La función de estas cláusulas en el protocolo es aumentar el poder de amenaza del derecho societario frente a la misma laxitud de los vínculos familiares.

El consentimiento del socio respecto de las cláusulas de exclusión se fortalece en su incorporación simultánea a protocolo y estatuto societario, dando además refuerzo al mismo protocolo.

Al respecto es interesante la definición que algunos protocolos de familia hacen de los conflictos que generan la necesidad de salida del socio familiar en pro de la sustentabilidad del proyecto común: es una cláusula habitual, la exclusión del socio —votada en asamblea extraordinaria—, cuando hay conflicto grave y la configuración del conflicto grave se realiza a partir de una sumatoria de circunstancias alternativas que en cada caso o acumuladas configuran una hostilidad insostenible.

Se establece por ejemplo la posibilidad de exclusión —previo voto en asamblea extraordinaria— del socio que en un conflicto se aparta de los

mecanismos de resolución de controversias previstos en el protocolo (vgr. omite el procedimiento arbitral o desconozca el laudo que se haya dictado en consecuencia).

Se describen situaciones de obstaculización de tomas de decisiones, acciones consideradas hostiles al grupo familiar, o actos en competencia. En fin, y más allá de las características propias de cada familia y cada empresa se tipifican aquellas situaciones relevantes que tornan imposible la continuidad del vínculo.

Al ligar el estatuto con el protocolo, incluyendo cláusulas equivalentes de exclusión y una expresa referencia al protocolo se cumpliría dos funciones simultáneas: a) el fortalecimiento del valor legal del protocolo, aprovechando su potencial regulatorio adaptativo para el caso de las sociedades de familia;

b) la flexibilización de la aplicación de las causales, aprovechando los resortes de contención incorporados en el protocolo familiar y facilitando la prueba judicial, en su caso.

La evaluación del regulador, al tiempo de la inscripción del estatuto permitiría obviar un eventual avasallamiento del derecho individual de los socios.

Ponencia:

Consideramos que no queda comprometido el orden público por la inclusión de cláusulas estatutarias que establezcan causales de exclusión de socios en las sociedades cerradas de familia. Entendemos que resulta favorable incluir al estatuto societario la referencia a las cláusulas previstas en los protocolos de familia, y que la integración del instrumento en los estatutos societarios a este respecto facilita la adaptación del derecho societario a la regulación de las sociedades de familia.

## **Bibliografía**

BALDA, Vanesa, "Sobre la necesidad de encontrar soluciones preventivas para conflictos societarios surgidos en sociedades anónimas cerradas, y propuestas para conservar la empresa", ponencia X Congreso Argentino de Derecho Societario, VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (La Falda, Córdoba, 2007).

CÁMARA, H., *Disolución y Liquidación de Sociedades Mercantiles*.

DUPRAT, Diego A. J., “Conflictos en las sociedades anónimas cerradas. Posibilidad de pactar la exclusión y separación del socio en las sociedades anónimas cerradas”, ponencia XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, Buenos Aires, 2010).

FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “Validación de la cláusula estatutaria de expulsión del accionista perturbador. Un fallo esclarecedor en el camino de las buenas prácticas hacia la solución de los conflictos societarios”, MJ-DOC-5284-AR | MJD5284.

FERNÁNDEZ, R. y GÓMEZ LEO, O. y BALBÍN, S., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, T. V-A.

GAGLIARDO, Mariano, “Cuestiones Societarias”, Lexis Nexis, 2005.

GLIKIN, Leonardo J. y HERS, Liliana I., “Aporte Teórico para el Protocolo Familiar”, ponencia XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, Buenos Aires, 2010).

GLIKIN, Leonardo J., *“La planificación sucesoria en la prevención y resolución de conflictos en la empresa y la familia”* en *Negociación, Mediación y Arbitraje en la Empresa Familiar*, (director Favier Dubois Eduardo, H.), editorial Ad Hoc, 2012, Buenos Aires.

GLIKIN, Leonardo J. y HERS, Liliana I., “Buy - Sell Agreement (Convenios de Compraventa de participación societaria mortis causa)”, ponencia XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, Buenos Aires, 2010).

HALPERÍN, Isaac, “Sociedades Anónimas”.

HERS, Liliana I., *“La Regulación de la firma. Los Costos de Transacción en el contrato de gobernancia”*, tratado de Derecho y Economía, tomo 3, La Ley, Buenos Aires, 2013.

MANÓVIL, Rafael M., “Impugnación de Resoluciones Asamblearias Violatorias de Normas de Orden Público y de Normas Imperativas: Una Imprescindible Distinción”, V Congreso de Derecho Societario, 1992.

- RICHARD, Efraín H., “Libertad asociativa y autonomía estatutaria”, en X Congreso Argentino de Derecho Societario, Fespresa, Córdoba, 2007.
- ROITMAN, H., Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada, t. II.
- ROSSI, H., “*La exclusión de socios en la empresa familiar organizada como sociedad anónima*” en *La Empresa Familiar, encuadre general, marco legal e instrumentación*, director: Favier Dubois, E.
- VAN THIENEN, Pablo Augusto, DI CHIAZZA, Iván G., “Rescate de acciones por justa causa de exclusión”, LA LEY 20/03/2012, 20/03/2012, 4 - LA LEY2012-B, 226.
- VÍTOLO, D., Sociedades Comerciales Ley 19.550 Comentada, p. 311, tomo II.
- VÍTOLO, Daniel R., “Necesaria flexibilización del régimen legal de sociedades anónimas en el caso de sociedades de familia”, en *Conflictos en sociedades cerradas y de familia*, ed. Ad Hoc., Bs. As.
- ZUNINO, Resolución Parcial del Contrato Social, Astrea, 2012.