

## El derecho de separación por justa causa por abuso de derecho

Tomás J. Arecha<sup>235</sup>

### Ponencia

Ante las situaciones de abuso a la minoría, el socio afectado puede solicitar la separación por *justa causa* en virtud de lo normado por el último párrafo del art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.

### Desarrollo

En el derecho argentino no existe una tipología propia de la sociedad cerrada. Si bien en términos generales se puede entender que la sociedad de responsabilidad limitada responde a las características propias de una sociedad cerrada<sup>236</sup>, el uso desvirtuado de la sociedad anónima hace que su utilización en el tráfico mercantil responda también a las características propias de las cerradas<sup>237</sup>.

Se pueden identificar los siguientes rasgos de las sociedades cerradas<sup>238</sup>:

---

<sup>235</sup> tarecha@abfa.com.ar

<sup>236</sup> El art. 146 de la LSC establece en 50 el número máximo de socios.

<sup>237</sup> “Nuevamente la realidad traicionó las intenciones del legislador, pues la irrestricta limitación de responsabilidad de los accionistas determinó que cualquier emprendimiento mercantil, por pequeño que sea, se realice a través de este tipo de sociedad, pensadas y legisladas para la gran empresa. Tal fenómeno, que no es propio de la Argentina, no puede sorprender a nadie, pues los atractivos que ofrecen otros tipos de sociedades, en cuanto a flexibilidad, economía y sencillez de su funcionamiento en nada pueden compararse a la posibilidad de apartarse del régimen amplio de responsabilidad que prevé nuestro ordenamiento común, que responde al criterio de universalidad del patrimonio del deudor, como prenda común de los acreedores”. (NISSEN, Ricardo, A., *Curso de derecho societario*, Ad-Hoc, 1ª ed., Buenos Aires, 1998, p. 388).

<sup>238</sup> La doctrina coincide con los elementos propios de las sociedades cerradas mencionados: i) Número reducido de accionistas, ii) Existencia de relaciones y vínculos perso-

En primer lugar, en este tipo de sociedades, las decisiones en el seno de la sociedad son adoptadas por mayoría y en razón del pequeño número de socios, generalmente unidos por vínculos familiares o personales, resulta relativamente fácil crear grupos de control estables, dando lugar –en consecuencia– a la dinámica de mayorías y minorías.

En segundo lugar, no existe una separación entre la propiedad y el control, de modo que son los propios socios quienes tienen a su cargo o controlan directamente la gestión de la sociedad.

La tercera nota que caracteriza a las sociedades cerradas es que el mercado de transmisión de participaciones minoritarias es muy estrecho o prácticamente inexistente, lo que impide al socio minoritario desinvertir.

Finalmente, en cuarto y último lugar, las sociedades cerradas se caracterizan por su duración a lo largo del tiempo<sup>239</sup>, toda vez que ninguno de los socios puede exigir, al margen de los supuesto legales o estatutarios previstos, la disolución de la sociedad<sup>240</sup>.

---

nales entre los accionistas, iii) Permeabilidad de la sociedad a los conflictos personales de los socios, iv) Particular naturaleza de la inversión y de las expectativas vinculadas a las participaciones societarias, v) Ausencia de un mercado de acciones y su problema de salida, vi) Limitación de la circulación y transmisibilidad de las acciones, vii) Ausencia de separación relevante entre propiedad y control, viii) Simplicidad de la supervisión y control, ix) Relaciones personales de los socios como límites a las conductas abusivas, ix) Flexibilidad e incumplimiento de las formas societarias y de los requisitos de funcionamiento. (DUPRAT, Diego. “Sociedades abiertas y cerradas”, en *Tratado de los conflictos societarios*, Dir. Diego Duprat, AbeledoPerrot, 1ª ed, Buenos Aires, 2013, p. 78. Por su parte, la doctrina española las definió del siguiente modo: “De entre las distintas acepciones en que puede ser empleada la expresión sociedad cerrada, nosotros la utilizaremos, en principio, para referirnos a aquellas sociedades anónimas no cotizadas, o sociedades limitadas, caracterizadas por una importante estabilidad en la composición subjetiva (en virtud de la existencia de restricciones, legales o estatutarias, a la libre transmisión de las acciones o participaciones), y en las que los socios minoritarios, en principio, encuentran incentivos para el ejercicio de sus derechos administrativos, dándole un cierto equilibrio de poderes entre la junta y el órgano de administración” (SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *Conflictos de intereses entre socios de sociedades de capital*, RDS Monografía N° 15, Ed. Aranzadi, 1ª ed., Navarra (2000), pág. 50.

239 Si bien en los requisitos que la Ley de Sociedades impone a los constituyentes se exige la fijación de un plazo (art. 11, inc. 5 LSC) que debe ser determinado, los usos y costumbres han consolidado en nuestro medio la práctica de establecer un plazo máximo de 99 años (NISSEN, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, ob. cit., p. 119).

240 El art. 94 LSC dispone las siguientes causales legales de disolución: 1) Por decisión de los socios; 2) Por expiración del término por el cual se constituyó, 3) Por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia; 4) Por consecución del

Esta tipología de sociedad cerrada en el derecho argentino conlleva a que con frecuencia se generen conflictos societarios, que en la mayoría de los casos se encuentran motivados en la imposibilidad con la que cuenta el socio minoritario para desinvertir.

Es así que en el marco de tales conflictos, se manifestarán conductas abusivas por parte de los socios.

La doctrina<sup>241</sup> extranjera ha realizado una clasificación de las tipologías de las conductas abusivas en tres grandes grupos:

1) Conductas dirigidas a asfixiar financieramente al minoritario, limitando los ingresos de los socios minoritarios mediante la no distribución sistemática de dividendos. Generalmente, esta conducta se complementa con la remoción de socio minoritario si ejerciera algún cargo en la administración y/o su despido si fuera empleado. Todo ello para reducir al mínimo sus ingresos y bajo tal asfixia financiera se intentará que mal venda su participación social.

2) Conductas dirigidas a despatrimonializar la sociedad por medio de la apropiación de activos sociales y/o de las oportunidades de negocios de la sociedad. Estas maniobras tienen como finalidad desvalorizar el interés patrimonial del minoritario en la sociedad.

3) Conductas dirigidas a privar a los minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos, mediante la violación sistemática del derecho de información, restricciones al voto o la realización de aumentos de capital injustificados, llegando al extremo de intentar lograr la suspensión de su derecho a voto.

Los comportamientos abusivos, como se identificó en los párrafos anteriores, son multiformes, pero existen causas estructurales que bien permiten o facilitan a la existencia de dichos comportamientos.

Es así que desde mi punto de vista, la imposibilidad de desinvertir del minoritario, se constituye en la principal causal generadora de conflictos y de comportamientos abusivos.

---

objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo; 5) Por pérdida del capital social; 6) Por declaración en quiebra; 7) Por su fusión en los términos del artículo 82; 8) Por reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres (3) meses. 9) Por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones. 10) Por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieron en razón del objeto.

<sup>241</sup> VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás, *La protección de las minorías frente a la opresión*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 2007.

Las características analizadas de las sociedades cerradas hacen que el minoritario se encuentre en una posición especialmente vulnerable, ya que a diferencia de lo que sucede en las sociedades abiertas no disponen de la posibilidad de vender su participación. Aquí reside la causa o piedra angular generadora del conflicto.

A ello se agrega que la tradición societaria argentina no propone la fijación en los estatutos de mecanismos de salida para los socios minoritarios con la correspondiente recuperación de su inversión. En la práctica, los estatutos presentan pocas o nulas alternativas a estos conflictos y ello se debe al uso generalizado del estatuto estándar. En este orden pareciera que existiera una falsa premisa que entiende que la mera propuesta de regulación del conflicto cuando las partes aún están constituyendo la sociedad podría ser contraproducente y podría incentivar a situaciones de conflicto.

A todos los aspectos mencionados se agrega que la deficiente regulación del derecho de receso en el ordenamiento nacional importa una causal más generadora de conflicto y situaciones abusivas por cuanto en lugar de incentivar la salida del socio disconforme, por la deficiente regulación de la fijación del valor de la participación social, el individuo considera que resulta productivo mantener su participación social y sostener el conflicto societario.

La construcción por parte de la doctrina anglosajona del concepto de “opresión”<sup>242</sup> de la minoría fue fruto de la elaboración doctrinaria y jurisprudencial

---

<sup>242</sup> Conforme lo desarrollan Coste y Botteri, “Para estudiar este tipo de conductas en el ámbito societario, utilizaremos el concepto de opresión que le asigna la doctrina y jurisprudencia anglosajonas, que son las que más han abordado el tema. En ese sentido, existen tres definiciones generalmente aceptadas. La primera proviene de la jurisprudencia inglesa que define a la opresión como una pesada, severa e ilegal conducta, una falta de integridad moral y trato justo en los asuntos de una sociedad o en apartamiento evidente de los estándares de juego limpio respecto de cualquier accionista que compromete su dinero en una sociedad en la que debería poder confiar. La opresión consistiría, entonces, en la violación al principio de buena fe y recto comportamiento que los controlantes de cualquier sociedad deberían tener respecto a los minoritarios. La segunda surge del *leading case* norteamericano “Donahue”, donde se afirma que la opresión consiste en la violación del deber fiduciario de extrema “buena fe y lealtad” que los socios tienen entre sí. Este deber fiduciario se hace más intenso, además, cuando los controlantes influyen efectivamente en el management de la sociedad. En ese supuesto se exige que cualquier beneficio obtenido sea repartido proporcionalmente con los minoritarios pues, en su defecto, el desequilibrio podría considerarse opresión... Y la tercera, que goza con mayor aceptación, es la que surge de los influyentes trabajos del jurista estadounidense F. Hodge O’Neal: La opresión consiste en la conducta que frustra las expectativas razonables de los inversores. Las expectativas razonables son aquellas que, en cada caso particular, permiten inferir que

dencial a partir del análisis de supuestos relativos al instituto de la disolución de sociedades. Allí por la regulación de los “*remedies*”, se habilitaba a los socios minoritarios a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando los administradores o socios actuasen de manera “*ilegal, opresiva o fraudulenta*”, esto es, dolosamente en perjuicio de la minoría.

Esta solución mediante la cual se ha permitido a los socios minoritarios -en el ámbito del derecho anglosajón- solicitar la disolución cuando los socios de control actuasen de manera ilegal, opresiva o fraudulenta, se consideró unremedio muy drástico, por lo que en definitiva fue puesto en práctica muy pocas ocasiones.

Sin embargo, la disolución del ente no resulta ser el único remedio legal estipulado por el derecho inglés. En el marco de estas situaciones de abuso a la minoría, desde el derecho positivo, la Section 996 del Companies Act 2006 inglesa ha proporcionado una amplia gama de soluciones alternativas:

*996. Facultades del tribunal al amparo de este apartado.*

*1. Si el tribunal considera al amparo de este apartado que una petición es fundada, puede dictar la resolución que estime conveniente para satisfacer (al actor) en relación con las cuestiones objeto de la demanda.*

*2. Sin perjuicio de la generaridad de la subsección (1), la resolución del tribunal puede: a) regular la llevanza de los asuntos de la compañía a futuro; b) requerir a la compañía para que: i) se abstenga de hacer o de continuar haciendo el acto denunciado por el demandante, o, ii) que haga el acto que según el demandante haya debido hacer; c) autorizar el ejercicio de acciones en nombre y por cuenta de la compañía por la persona o personas y en los términos que fije el tribunal; d) requerir a la compañía para que no haga una modificación estatutaria o ninguna de las modificaciones especificadas sin la autorización del tribunal; e) ordenar la compra de las participaciones de cualquier socio por otros socios o por la propia compañía y, en este caso, ordenar la correspondiente reducción del capital.*

Esta última opción, ha sido –conforme lo analizado por la doctrina- la más aplicada<sup>243</sup>.

En este marco, en algunos ordenamientos de derecho continental se establecen mecanismos dirigidos a facilitar la salida de los socios de sociedades cerradas en los supuestos de comportamientos intolerables de la mayoría. El

---

tuvieron un rol esencial para que el socio decida ingresar a la sociedad. (“El derecho de separación del socio en el Código Civil y Comercial”, COSTE, Diego, BOTTERI, José David, Hamurabi, 2016, p. 23).

<sup>243</sup> VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás, *La protección de las minorías frente a la opresión*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 2007.

instrumento que a tal efecto se adoptó fue el establecimiento legal o jurisprudencial de un derecho de salida por “*justa causa*”. El mecanismo para el ejercicio de tal derecho puede ser diverso, o bien mediante un derecho de separación, o bien a través de un derecho de venta forzosa.

En el derecho suizo el artículo 822. C). 2) del Código de Obligaciones reconoce de forma expresa un derecho de separación por “*justa causa*” al prever que “*cualquier socio puede, mediando justa causa, solicitar del Juez, la salida de la sociedad o la disolución de la misma*”. En el derecho alemán el reconocimiento de un derecho de separación del socio de una sociedad de capital por “*justa causa*” (*Austrittsrecht*) fue una creación de la doctrina y jurisprudencia que trasladó por analogía al régimen de la sociedad de responsabilidad limitada la cláusula general contenida en el Código de Comercio a propósito de las sociedades personalistas. La jurisprudencia ha permitido el ejercicio de la “*resolución extraordinaria*” que supone este derecho de separación por justa causa en los casos en que, a la vista de las circunstancias, es irrazonable hacer que el socio permanezca en la sociedad.

Otro tanto sucede en el derecho belga, en el que los arts. 340 y 642 del “*Code des Sociétés*”, aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada y a sociedades anónimas, respectivamente, disponen que “*Cualquier socio puede, por justa causa, instar judicialmente a que los socios causantes de esta justa causa adquieran todas las participaciones del instante*” y que “*Cualquier accionista puede, por justa causa, instar judicialmente a que los accionistas causantes de esta justa causa adquieran todas las acciones del instante, asó como las obligaciones convertibles o los derechos de suscripción preferente de los que aquél es titular*”. La jurisprudencia considera que hay justa causa si se da “un desacuerdo profundo y permanente que impide de hecho cualquier colaboración ulterior entre los socios. No es necesario que proceda de un comportamiento doloso, pero es necesario que sea imputable al socio frente al que se ejercita el derecho de compra forzosa.

En suma, como puede apreciarse, aunque los concretos mecanismos por los que se produce la salida no son necesariamente los mismos en el ámbito del derecho anglosajón y en el continental, la doctrina anglosajona de “opresión de minorías” y la doctrina de la superación —o compra forzosa— por justa causa, presentan sustanciales coincidencias en cuanto a los presupuestos fácticos. Es por ello que se podría dar una definición unitaria del fenómeno de la opresión de la minoría como una forma de englobar toda una serie de situaciones en las que determinados socios utilizando bien una posición estratégica dentro de una sociedad cerrada, bien por la información privilegiada que disponen, bien por medio de sus ponderes de control o a través de un procedimiento legal, buscan eliminar de la sociedad total o parcialmente a

uno o mas socios o accionistas de la misma<sup>244</sup>. Pero hay que recalcar que lo que caracteriza a la opresión no es solo el resultado final, la expulsión del minoritario de la sociedad, sino la falta de fundamentación jurídica y los medios empleados para conseguir dicha eliminación del minoritario.

Tres son por lo tanto las notas de la opresión: por un lado la expulsión del minoritario es antijurídica, por otro, se produce perjudicando al minoritarios no solo de sus derechos patrimoniales, sino en general afectando su posición en la sociedad, y en tercer lugar, dicha expulsión va acompañada de que la retribución por su oportuna inversión se realice a un precio por debajo del razonable.

Para repeler esta situación abusiva, el socio minoritario cuenta con una única herramienta: la judicialización del conflicto. Desafortunadamente, esta herramienta si bien puede repeler las situaciones abusivas, funcionan solo como un parche. Como resulta de conocimiento público, nuestros tribunales comerciales se vean inmersos en innumerables cantidad de pleitos entre las partes, que en definitiva, independientemente del objeto procesal de ellos, no permiten establecer una solución definitiva al conflicto planteado.

Sin embargo, entiendo que la reciente reforma del Código nos ha planteado interesantes alternativas. En este orden, sostengo que podría ordenarse judicialmente la separación por justa causa mediante la decisión del Juez adopte en función de la apreciación de la existencia de determinados comportamientos contrarios a derecho. En este sentido, entiendo prudente establecer como presupuesto de la acción de separación la acreditación de una “situación jurídica abusiva” (art. 1120 del CCyC) que se configura cuando existe predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos que persiguen en su conjunto provocar un desequilibro significativo en los derechos y obligaciones de las partes<sup>245</sup>.

En este orden debo destacar que, desde mi punto de vista, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación al regular el instituto del abuso de derecho ha establecido expresamente la obligación de los jueces de reparar los efectos del ejercicio abusivo de derechos. Es así que el último párrafo del art. 10 del CCyC establece que *“El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado del hecho anterior y fijar una indemnización”*.

---

<sup>244</sup> VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás, *La protección de las minorías frente a la opresión*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 2007.

<sup>245</sup> LORENZETTI, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, t. VI, p. 308, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Por ello, en función de la nueva normativa, el ordenamiento nacional permite la separación del socio por justa causa, fundada en la regulación del abuso de derecho, por cuanto el Juez, al constatar dicha situación jurídica abusiva, deberá reponerla al estado anterior, que no es otro que la desinversión por parte del minoritario mediante el recupero del valor patrimonial de su participación social.

Tal solución debería plasmarse a través de la resolución parcial del contrato social o mediante la obligación de compra de la participaciones sociales. La desinversión del minoritario es la única opción que realmente importaría una verdadera solución al conflicto societario por cuanto sería absolutamente irrazonable hacer que el socio que ha acreditado el sufrimiento de una conducta típica abusiva deba permanecer en la sociedad.

No puedo dejar de mencionar que recientemente los Dres. Coste y Botteri (h) han publicado una magnífica obra integral<sup>246</sup> que ha tratado con profundidad muchos de los temas expuestos en la presente ponencia. Sin embargo, la solución normativa a la que arribaríamos de la propuesta por el suscripto.

Es así que los mencionados autores sostienen en un profundo análisis la procedencia del pacto comisorio en los contratos de sociedad en función de lo normado por el art. 966 del CCCN. Por ello, consideran que ante la opresión del minoritario se configuraría un incumplimiento contractual que habilitaría el ejercicio de dicho pacto, sobre la base de la configuración de un incumplimiento esencial. Si bien comparto la tesis, entiendo que la presente ponencia viene a proponer una vía alternativa a las mismas preocupaciones planteadas por los autores mencionados.

En definitiva, compartimos las mismas preocupaciones con los autores y planteamos la necesidad de buscar una solución definitiva a los conflictos societarios que se plantean en el ámbito nacional.

---

<sup>246</sup> *El derecho de separación del socio en el Código Civil y Comercial*, Diego COSTE y José David BOTTERI (h), Hammurabi, 1ª ed., 2016.