

POSIBILIDAD DE LA EXCLUSIÓN DEL ACCIONISTA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA “CERRADA” O “DE FAMILIA”

HUGO ENRIQUE ROSSI y MARÍA TERESA CASTORINO DE PUPPI

PONENCIA

Se propone hacer extensiva —en una futura reforma de la Ley de Sociedades— al accionista de las sociedades anónimas “cerradas” o “de familia” y al socio comanditario de la sociedad en comandita por acciones la posibilidad de exclusión regulada en el art. 91 de la L.S.C., estableciendo sus extremos de aplicación y algunos de sus efectos.

FUNDAMENTOS

1. En otra ponencia —“El fallecimiento del socio en la sociedad anónima ‘cerrada’ o ‘de familia’”, presentada en la Comisión 3 (Negocios Societarios) de este Congreso— se hizo alguna referencia a la importancia del factor personal en las sociedades anónimas de la clase considerada en relación a su incidencia frente al caso de fallecimiento de un accionista y a la situación de los restantes accionistas y de los herederos del causante.

Vale remitir a lo dicho —breve por lo conocido del tema— y considerar aquí la importancia real del socio en orden a su conducta dentro y fuera de la sociedad de que es accionista, en lo que se refiere a una de sus posibles consecuencias: su exclusión de la sociedad.

2. Tanto la *affectio societatis* como el *interés social* constituyen nociones de las cuales cabe extraer consecuencias concretas.

Sin desarrollarlas aquí, estimamos deben ser ajustadas en nuestra ley a la realidad del funcionamiento de las sociedades anónimas “cerradas”, teniendo en cuenta, entre otras consideraciones, la gran proliferación de éstas, su gran capacidad de canalización de ahorro e inversión productiva y de provisión de empleo, factores éstos que deben llevar a prestar atención a soluciones legales favorables a su mejor funcionamiento.

3. Tales soluciones han de pasar, creemos, por una consiguiente revalorización de la persona del accionista, que de hecho en estas sociedades nunca está descomprometido de su funcionamiento ni subsume su vínculo exclusivamente en la expectativa del dividendo.

Frente a esta "personalización" del accionista de la sociedad anónima entendemos difícil seguir sosteniendo la inexigibilidad por ésta —y aun por los restantes accionistas y terceros, casos ambos que no son tema de esta ponencia— de la satisfacción de deberes de conducta activa o de omisión connaturales a las características de la estructura orgánica de la sociedad anónima y al equilibrio entre el interés social y el particular del socio.

La sujeción del accionista al principio mayoritario (art. 233, último párr., L.S.C.), su deber de abstención por interés contrario (art. 248), las eventuales responsabilidades a que puede estar expuesto (arts. 54 y 254), están encuadradas en el deber general de lealtad y buena fe en la ejecución o cumplimiento del contrato (art. 1198, Cód. Civ.), pero este deber —que es de la esencia del vínculo social— es más amplio y en contratos purilaterales con vínculos de permanencia requiere de otras aplicaciones tutelares del buen funcionamiento de la organización.

No parece bastante remitir las consecuencias de la conducta del accionista a su responsabilidad por daños, desde que ésta no soluciona conflictos que correrán paralelamente en la vida interna de la sociedad, generándose la contradicción inaceptable entre un ente que por un lado reprocha a uno de sus integrantes y por el otro lo mantiene como uno más de éstos, a pesar de que al socio en conflicto sin duda ya no le interesará permanecer en él como un verdadero socio, sino que sólo lo hará hasta poder retirarse en condiciones que estime negociadas como ventajosas.

Consideramos entonces que cabe plantear la posibilidad de que la sociedad excluya de sí al accionista cuando la conducta de éste, por acción u omisión, se revele claramente incompatible con la *affectio societatis* —elemento no sólo genético sino especialmente funcional, que impone de consiguiente la observancia de lealtad y buena fe de modo persistente para la consecución del fin común— y la atención del *interés social*, que en la Ley de Sociedades Comerciales tiene cabida en disposiciones como, p. ej., los arts. 70, 248 ya cit., 251, 254, 271, 272, 273, 275, etc., las cuales suponen actitudes específicas en accionistas y directores, calidades que en las sociedades anónimas "cerradas" las más de las veces están superpuestas.

4. a) Si bien la exclusión del accionista constituye un efecto implicado en esa norma matriz del derecho común (el art. 1198, Cód. Civil, aplicable en el terreno societario, Cód. de Comercio, Tít. Preliminar, I, y art. 207), su extensión al vínculo socio-sociedad anónima creemos *de lege ferenda* debería ser objeto de una solución legal expresa a través de la reforma del art. 91 de la L.S.C.

b) Bajo el régimen actual, con dudas, la exclusión del accionista, en tanto comporta la resolución parcial del contrato social, consideramos puede resultar de los estatutos sociales si éstos la prevén como un supuesto de aplicación del art. 89 de la L.S.C. y regulan sus causales, procedimiento y forma de cálculo de la parte social a reintegrarse, entendiéndose aplicable analógicamente (art. 16, Cód. Civil), a falta de previsión estatutaria, lo dispuesto por los arts. 91, párrs. 3º, 4º y 5º, y 92 de la L.S.C.; o bien consistir en sanción, siempre que sea proporcionada al caso, por incumplimiento de prestaciones accesorias (art. 50, inc. 1º).

c) Fuera de las estipulaciones estatutarias, *de lege lata*, bajo la formulación actual de los arts. 91 y 133 de la L.S.C. —la inobservancia de éste vista como una causal de aplicación del primero—, a nuestro parecer hoy sólo cabría la posibilidad de que el juez, ante la acción consecuenta a la exclusión de un accionista resuelta por la asamblea general extraordinaria (art. 235, encabez., por ser un asunto no de la gestión social ordinaria mentada en el art. 234, inc. 1º, sino de los que pueden incluirse residualmente entre aquellos que “no sean de competencia de la asamblea ordinaria”, lo que favorece la aplicación de quórum y mayorías agravados, justificados por la importancia de la cuestión), admita la procedencia de la misma cuando se demuestre, además de la infracción a los arts. 91 o 133 *supra* citados —extremo cuya concurrencia seguramente analizaría con criterio restrictivo—, que el funcionamiento real de la sociedad y la conducta de los accionistas entre sí y respecto de ella, en general y por lapsos razonablemente prolongados antes de configurarse la causal de exclusión, han correspondido a los propios en una sociedad de personas.

d) *De lege ferenda*, el contenido de la reforma podría obedecer a pautas como las recién señaladas, que al configurar una fórmula general —preferible a la enumeración no taxativa de causales de exclusión— dejan al intérprete suficiente libertad para ponderar razonablemente si el caso concreto comporta o no incumplimiento de obligaciones propias por el socio, y si además, de haber existido, dicho incumplimiento ha sido o no grave.

5. A modo de orientación, sin exponer todas las obligaciones del accionista, creemos útil esbozar el listado de algunos supuestos de infracciones categorizables a nuestro parecer tanto dentro de la violación de la obligación de colaboración y del deber de lealtad —ambos integrativos o deducibles de la *affectio societatis*—, como dentro de conductas lesivas del *interés social*, y que estimamos cabrían dentro de la fórmula general del actual art. 91 de la L.S.C. (grave incumplimiento de sus obligaciones por el socio), o bien serían susceptibles de contemplarse en los estatutos sociales para reforzar por tal vía sus probabilidades de aplicación y constituir un factor de mayor presión en favor de la actuación correcta de los accionistas.

a) Ausentismo reiterado en las asambleas extraordinarias, cuando tuviere incidencia sobre la existencia del quórum necesario por estar éste calificado.

b) Desarrollo de actividades en competencia no autorizadas cuando las mismas perjudiquen a la sociedad (pérdida o reducción de mercados, etc.) —arg. art. 133 de la L.S.C.

c) Simulación de la calidad de socio, cuando se trata de un testaferro o mandatario oculto de una sociedad competidora y su participación social es relevante.

d) Incumplimiento de prestaciones accesorias, cuando éstas sean *intuitu personae* y esenciales para el mejor desarrollo del objeto social, y —cuando no tuvieran el primero de esos caracteres— su cumplimiento por un tercero resultare seriamente gravoso para la sociedad.

e) Incumplimiento malicioso de la obligación de integrar, cuando el estatuto, para afianzar el carácter “cerrado” de la sociedad no previere la posibilidad de vender a terceros no accionistas los derechos de suscripción, o cuando, previéndola, dicha venta se frustrare por la falta de interesados —supuesto que probablemente será frecuente.

f) Violación del deber de abstenerse de votar acuerdos en los casos de interés contrario (art. 248, L.S.C.).

g) Incumplimiento reiterado de obligaciones específicas establecidas en los estatutos sociales.

h) Violación de secretos industriales o comerciales —se adquieran por el accionista-director, o con motivo del cumplimiento de prestaciones accesorias o trabajo personal no regulado como tales, o en ejercicio del derecho de examen directo de la documentación social (art. 55, L.S.C.), etcétera.

i) Ejercicio abusivo del voto, sea cuando éste constituya por sí sólo la mayoría o la minoría, o se sume al de otros accionistas (abusen o no también éstos en su propio ejercicio) y según el caso se fueren resoluciones sociales perjudiciales o innecesarias, o por el contrario sean impedidas aquellas que, en la oportunidad de su frustración, resultaban apropiadas al mejor gobierno de la sociedad.

j) Incumplimiento de los arts. 271, párr. 2º, 272 y 273, cuando el director fuere también accionista, u otros actos de obstrucción grave del funcionamiento del directorio (p. ej., ausencia reiterada e injustificada a sus reuniones, cuando ello obste al quórum y posibilidad de tomar decisiones, etcétera).

k) Incumplimiento —también por el director accionista—, sea directo o mediante una transferencia simulada, total o parcial, de sus acciones, de lo dispuesto por el art. 241 de la L.S.C., cuando se configuren objetivamente los extremos de aplicación de dicha norma y ésta no deje la decisión librada al voto de una minoría no significativa.

6. *Efectos de la exclusión:* a) Los del art. 92 de la L.S.C. con algunas modificaciones como las sugeridas en la ponencia citada en el punto 1, entre ellas, el cómputo del valor de la “empresa en marcha” para la determinación

del haber del excluido, la intervención de éste en dicha determinación, el otorgamiento de garantías en su favor durante el transcurso de un plazo máximo para el pago, la posibilidad de que éste se haga en dinero o bienes, etc. (v. ptos. 6 y 7 de la ponencia citada).

b) Convendría también especificar:

- 1) La posibilidad de medidas cautelares (suspensión de los derechos del accionista, su separación de la administración cuando fuere director) sujetas a sus recaudos generales —verosimilitud del derecho a excluirlo y peligro en la demora.
- 2) La obligatoriedad de que, fracasada la instancia de mediación, a la acción judicial (o arbitral) por exclusión del accionista se acumule la de reparación de los daños y perjuicios causados por éste, a fin de que, de prosperar ésta también, en una única causa se compensen el pago del haber del excluido —adicionado en su caso con las utilidades posteriores a su separación (arg. art. 92, incs. 2º y 3º)— con el de dichos daños.

7. Por último, consideramos que lo que se propicia ha de hacerse extensivo al socio comanditario en las sociedades en comandita por acciones, las cuales, según es sabido, en nuestro país funcionan sin excepciones como verdaderas sociedades de personas.