

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“Impugnación Judicial de acuerdos asamblearios en las Sociedades Anónimas Cerradas”

Alumno: Aquino, Hugo Daniel

DNI: 20.005.222

Teléfono: 4-5525890/4-9523708. Cel. 15-50568836.

Mail: Aquino_hugodani@yahoo.com.ar; o hugodaniel03@hotmail.com

Sede: Centro

Tutor: Dr. Paradise, Roberto.

Título a obtener: Abogado.

Fecha de Entrega: Mayo 2010

Índice general

Introducción	9
Capítulo I	
La Sociedad Anónima	
1) Evolución histórica	12
a) Origen	12
b) Primeras sociedades por acciones	12
c) Su desarrollo	13
d) La sociedad anónima contemporánea. Clasificación y concepto.	14
e) Derecho comparado	14
2) Sociedades Anónimas cerradas o de familia: cuestiones terminológicas	15
a) Sociedades cerradas.	15
b) Sociedad Anónima “de familia”	15
c) Naturaleza jurídica. La S.A. cerrada como contrato plurilateral de organización	16
3) Características de las sociedades cerradas	17
a) Regla mayoritaria y unanimidad	17
b) Unidad entre la propiedad y el control de la gestión	18
c) Mercado reducido de títulos accionarios.	18
d) Duración en el tiempo	18
4) Motivos de la adopción de la S.A. de familia	18
a) Reducción de la presión tributaria	18
b) Situaciones de desequilibrio económico o financiero	19
c) Unificación y división del patrimonio	19
d) Transmisiones hereditarias	19
e) Causas psicosociológicas como el “efecto demostración”.	19
Capítulo II	
Las sociedades anónimas abiertas	
5) La S.A. considerada como gran empresa	20
a) Introducción.	20
b) Concepto	20
c) Naturaleza jurídica de la S.A. “abierta”	20
d) Dimensión de la S.A. abierta	21
6) Características de la S.A. abierta.	22
a) El sistema empresarial de la gran S.A. o abierta	22
b) La intervención del Estado	23
c) La publicidad legal	24

d) Su influjo en la actividad económica.	24
e) La bolsa	25
f) El agrupamiento de sociedades	25
g) Organización del trabajo	26
h) Influencia en la comunidad local.	26
7) Factores distintivos de la S.A. “abiertas” y “cerradas”	27
a) La affectio societatis . Concepto	27
b) Teoría negatoria	27
c) Teoría que admiten la affectio societatis	27
d) La affectio societatis en los diversos tipos sociales	28
e) La affectio societatis e “intuitu personae”	28
8) Propiedad del capital y gestión de negocios o de administración.	29
9) Causas de la disociación poder-gestión.	30
10) La función económica de las sociedades anónimas	30
11) Acciones y accionistas	31

Capítulo III.

Asambleas

12) Concepto y Características: Principios que gobiernan el funcionamiento de las asambleas	32
a) Competencia de las asambleas de los accionistas	33
b) El principio mayoritario para la adopción de los acuerdos asamblearios	34
c) Las decisiones inspiradas en el interés social ponen límites al gobierno de las mayorías.	37
13) Abuso del poder de la mayoría. Derecho comparado	38
14) Abuso de las minorías. El equilibrio necesario entre los principios opuestos.	40
15) Pautas para resolver los intrincados problemas señalados	42
16) Cuadro legal de los medios de protección	43

Participantes en las asambleas y reuniones de socios

17) Participantes.	
a) Suscriptores morosos	46
b) Cesionarios de acciones nominativas	46
c) Tenedores de acciones al portador	46
d) Titulares de acciones escriturales	47
e) Tenedores de acciones preferidas	47
f) Directores, síndicos y gerentes	47

Capítulo IV

El conflicto societario en la República Argentina.

18) Introducción	48
Causales del conflicto societario	
19) Defectos de la ley 19550: Uso distorsionado del tipo societario S.A.	48
a) Reforma a la Ley de Sociedades. Necesaria separación entre S.A. abiertas y cerradas.	
Diversidad de Sociedades Anónimas con un único tratamiento legislativo.	49
b) Conclusión	50
20) 2do defecto de la L.S. como causal del conflicto: Intervención judicial	
a) Introducción	50
b) Carácter restrictivo de la intervención	51
c) Socio minoritario. Divergencias con los socios mayoritarios	53
d) División en la doctrina	53
e) Críticas al criterio restrictivo para la apreciación de las medidas cautelares societarias.	
55	
f) Argumentos de los jueces con criterio restrictivo en cuanto a la intervención judicial:	
g) Otros argumentos utilizados para no conceder medidas cautelares societarias.	
Clasificación	56
g.1) “La preeminencia del interés social sobre el interés particular del accionista que requiere la medida cautelar”.	57
g.2) “Las peleas entre los socios como fundamento insuficiente para requerir la intervención judicial”	57
g.3) La permanente mala interpretación de las funciones del veedor y su equívoca asimilación al interventor judicial.	58
¿Puede considerarse la figura del veedor societario como una forma de intervención judicial?	
21) Distintos grados o tipos de intervención judicial	58
a) Administrador judicial	58
b) Interventor coadministrador	58
c) Veedor judicial	58
d) Interventor informante	59
e) Interventor recaudador	59
22) Conclusiones	60

23) 3er defecto de la L.S. como causal del conflicto: La transmisión hereditaria y el problema de la incorporación de herederos en las sociedades comerciales.

24) Introducción y planteo del problema 63

25) La sociedad comercial ante el fallecimiento del socio. Antecedentes históricos 65

Los tipos societarios, la resolución parcial y los pactos de continuación de la sociedad con la incorporación de herederos.

26) La resolución parcial en la sociedad colectiva 67

27) Pactos de continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido en la sociedad colectiva 68

28) Sociedad de responsabilidad limitada. La resolución parcial por causa de muerte y el silencio de pactos de incorporación.

a) Planteo del problema 75

b) Ausencia o silencio de cláusula de pacto de incorporación de herederos 77

c) Pactos de incorporación expresados en el contrato (transferencia de las cuotas por causa de fallecimiento). Introducción 79

d) Régimen aplicable 79

e) Otros Pactos usuales de continuación 80

e.1)) Cláusula de continuación de la sociedad con los socios sobrevivientes, y sin los herederos del socio fallecido (exclusión) 80

e.2) Cláusula de opción para la sociedad de continuar o no con los herederos 81

29) Responsabilidad que asumen los herederos por las deudas sociales al adquirir la calidad de socio 82

30) Sociedades anónimas. Introducción y planteo del problema 83

a) Opinión de la doctrina 86

b) La jurisprudencia 88

c) Análisis de los fundamentos de IGJ para denegar la validez y legitimidad de las cláusulas estatutarias que limiten la transmisibilidad 90

31) Conclusiones del fallo 90

32) Derecho Comparado 92

33) Conclusiones/soluciones 92

34) 4to Defecto de la L.S. como causal de conflicto, El derecho de receso. Hacia una mejor regulación

a) Introducción y planteo del problema 96

b) Derecho de receso. Definiciones. Clasificación 98

c) El derecho de receso en los textos legales vigentes 99

d) Causales para el ejercicio de este derecho 99

e) Causales convencionales de receso	102
35) Solución para establecer una mejor regulación del derecho de receso. Establecer valores equitativos de compensación para los casos de receso	103
36) Receso y valor de la participación. Los sistemas de valuación	106
37) El “valor llave” o de “empresa en marcha” en caso de receso y su problema	108
38) Propuesta provisional o anteproyecto de reforma a la Ley de sociedades	109
39) Conclusiones	114
40) Derecho Comparado	117
41) Otra deficiencia de la L.S.: Deficiente notificación a los accionistas de las convocatorias a las asambleas	117
42) Conclusiones generales de este capítulo y propuestas de solución para prevenir y solucionar el conflicto societario	119

Capítulo V

Impugnabilidad de las decisiones sociales

43) Introducción. Características. Naturaleza jurídica de la acción de impugnación de acuerdos asamblearios	121
44) Causas de impugnación de acuerdos asamblearios:	123
44.a) Vicios en la convocatoria de la asamblea de accionistas	123
44.b) Jurisprudencia	123
44.C) Vicios en la celebración del acto asambleario	125
44. C.1) Violación al régimen de quórum y mayorías:	
44. C.2) Irregularidades que afectan el pleno ejercicio de los derechos inderogables de los accionistas	126
44. C.3) Abusos de las mayorías.	
Vicios en el contenido de la decisión social adoptada.	128

Capítulo VI

Conductas abusivas de la mayoría

45) Introducción	129
46) Tipología de las conductas abusivas de la mayoría creando juicios de impugnación de acuerdos asamblearios. Introducción	130
47) Análisis de conductas dirigidas a privar a los socios minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos.	
a) (Aumento de capital)	130
b) Explicación de este tema	131
c) La situación del impugnante	131

48) A favor del criterio restrictivo ante el aumento de capital	132
49) Fundamentos del criterio restrictivo acerca del aumento de capital: “A favor del interés de la sociedad y no del de la minoría”	133
50) La decisión de la asamblea de accionistas sobre un aumento de capital: ¿Está amparado en el art 251 de la L.S.?	
a) Soluciones al accionista disconforme	135
b) El impugnante debe probar la malicia en el aumento de capital	135
c) Conclusión	135
51) División en la doctrina: cuestiones controvertidas	136
a) El aumento de capital como cuestión justiciable :	
La doctrina emanada del caso, “Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A.” del 22/8/1989	136
b) Críticas a la doctrina del caso Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A.”	138
c) El caso “Abrecht Pablo A. y otra c/ Cacique Camping S.A. s/sumario	141
d) Otros casos de acuerdos asamblearios que en su ejercicio pueden resultar abusivos:	
d.1) Distribución de utilidades	143
d.2) Remuneración de administradores	143
52) Conductas dirigidas al vaciamiento patrimonial de la sociedad o a la apropiación de activos sociales	144
53) Jurisprudencia	144
54) Conductas dirigidas por la mayoría dirigidas a asfixiar financieramente al socio minoritario al limitar los ingresos (a través de la no distribución sistemática de dividendos)	146
55) Jurisprudencia	147
56) Otras conductas dirigidas a privar a los socios minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos	148
a) Voto acumulativo	149
b) Cuestiones que hacen a los estados contables	149
c) Jurisprudencia	150
Causas estructurales de la conducta abusiva de la mayoría	
57) Introducción	151
58) Imposibilidad de desinvertir del socio minoritario en una sociedad cerrada	
59) No se prevé el establecimiento en los estatutos o en pactos parasociales de cláusulas de salida del socio para solucionar los conflictos derivados del comportamiento abusivo de la mayoría.	152
60) El sistema legal argentino carece de mecanismos específicos para permitir la salida de la sociedad de los socios minoritarios	153

61) Derecho comparado.	
62) La vigente protección penal de las minorías societarias frente al abuso es inadecuada	
156	
63) Conclusiones de este capítulo. Soluciones	158

Capítulo VII

Las concretas opciones legislativas

64) Los motivos doctrinales frente al abuso de las mayorías	
a) Introducción	162
b) Violación del principio de buena fe	162
c) Violación dolosa de los derechos de fidelidad	163
d) Perspectiva de la minoría (doctrina de las expectativas razonables)	164
65) Solución legislativa: regulación imperativa	164
66) Jurisprudencia	164
Determinación del perímetro de protección	
67) Establecer mecanismos que sirvan para dar solución a conductas dolosas	166
68) La conducta abusiva como una violación dolosa	167
70) El establecimiento de mecanismo legal de salida	167
71) Análisis de la conducta abusiva	170
72) La opresión como detonante del derecho de compra o de venta forzosa del socio minoritario	
172	
a) Derecho de compra forzosa	172
b) Los sujetos pasivos de la norma	173
73) La valoración de la participación objeto del derecho de compra o venta forzosa. Introducción	
175	
74) Criterios de valoración según el Derecho Comparado	175
75) Ubicación de la norma protectora en la L.S.	177
76) Conclusiones de este capítulo	177
Anexo propuesta de texto articulado	180
Bibliografía	185

Trabajo Final

Impugnación judicial de acuerdos asamblearios en las S.A. cerradas.

Introducción

1) El objeto de este trabajo es analizar la posición de los socios minoritarios en las sociedades cerradas y/o familiares, explicando casos jurisprudenciales de conductas abusivas de las mayorías societarias en perjuicio de las *minorías*. Veremos cómo en otros países existen mecanismos legales cuya finalidad es permitir a los socios minoritarios la recuperación del valor de su inversión en los supuestos de comportamientos abusivos de la mayoría.

La vigente Ley de Sociedades comerciales 19.550 no regula un mecanismo de salida forzosa de los socios minoritarios en determinados supuestos de intolerables por parte de la mayoría, mediante el cual podrían recuperar el valor de su inversión.

Esto crea ineficiencias, porque la situación de la conducta abusiva no se remedia con la intervención judicial y con juicios de impugnación y de reclamación de daños perjuicios contra los mayoritarios y los administradores.

Dentro del derecho societario, uno de los temas más complejos, es el de aumento de capital, debido a que en este caso, el abuso de la mayoría se suele evidenciar notoriamente.

Con el correr del tiempo, dentro del seno de la sociedad, es común que se constituyan bloques diferenciados compuestos por los accionistas minoritarios y los mayoritarios.

La L.S. no prevé la posibilidad de que los minoritarios puedan retirarse de la sociedad en caso de producirse un grave conflicto a causa del abuso de la mayoría.

Surge el siguiente interrogante, a saber: ¿Qué posibilidades tiene el minoritario de defenderse ante un aumento de capital dentro de la S.A.?

En la República Oriental del Uruguay se ha resuelto, con buen criterio, la cuestión a partir de la ley 16.060/89, disponiendo en su art 287 que: *“no se podrá resolver el aumento de capital social por nuevos aportes sin haber actualizado previamente los valores del activo y del pasivo, según balance especial que se formulará al efecto,..”*

Otra de cuestiones a analizar está dada por nuestra realidad societaria, en la cual una de cuyas notas distintivas es la distorsión abusiva en la utilización del tipo “S.A.”, concebido para hacer viable grandes emprendimientos mediante la capacitación de capitales aportados por múltiples socios y que en la Rep. Argentina ha sido elegida masivamente para encuadrar pequeñas¹ y medianas empresas, de índole personal o familiar, esta situación se da porque nuestra ley de sociedades comerciales distingue de manera insuficiente a las S.A. abiertas de las cerradas.

¹ Definición de pequeña empresa, según Ley 24.467. Art 86. Pequeña empresa: es aquella que reúna las dos condiciones siguientes:

- a) Su plantel no supere los cuarenta (40) trabajadores;
- b) Tengan una facturación anual inferior a la cantidad que para cada actividad o sector fije la Comisión Especial de Seguimiento del art 104 de esta Ley.

En consecuencia, el accionista de nuestra típica S.A. es en realidad el socio de una sociedad personal o de familia, que sólo tiene de anónima en nombre y, por supuesto, los beneficios de limitación de responsabilidad.

Muy poco, hay de común entre el accionista de una S.A. auténtica, de capital abierto y cotización bursátil, y el socio de una S.A. “de familia”, especie que predomina en nuestro medio.

Extender a las S.A. cerradas las mismas normas de funcionamiento que fueron pensadas para las abiertas, implica un error que no contribuye a asegurar su buen funcionamiento.

En consecuencia resulta primordial, establecer un tratamiento legislativo y jurisprudencial diferenciado para las sociedades cerradas o de familia, no integrantes de grupos económicos, las cuales son sociedades que no cotizan en bolsa y frecuentemente, sus integrantes están unidos por lazos de parentescos y amistad.

Proponemos la sustancial elevación del capital social mínimo para la S.A., también debería reservarse el tipo societario S.A. para las grandes empresas, y en consecuencia se elevaría el nº de constitución de S.R.L o S.A. “cerradas”, quedando así el tipo societario S.A. reservado para las grandes empresas, como es lógico y natural.

Es importante tener en cuenta la posición relativa de un socio dentro de la sociedad, como miembro o partícipe de la mayoría o minoría interna, debido a que puede meramente circunstancial.

En efecto, en el acto constitutivo existe un consenso unánime de voluntades, por lo que resulta impropio hablar de mayoría y minorías como factores contrapuestos.

Con el correr del tiempo, suele ocurrir que la formación de mayorías y minorías se modifique, en razón de modificaciones en la composición del capital social, o en la persona de los socios, *esto último a raíz de fallecimientos*, problemas familiares, cesión o transferencia de partes sociales u otras causas, que provocan la ruptura de la unanimidad originaria.

Esos cambios o modificaciones pueden convertir a un socio mayoritario en minoritario, o viceversa.

Frente a este caso de conflicto de intereses, siempre se debe atender prioritariamente al interés social, identificado casi siempre con la marcha de la empresa.

También, se realizará un análisis exhaustivo de los defectos que a nuestro entender la actual L.S. posee, que derivan en juicios de impugnación de acuerdos asamblearios, en particular se tratarán las siguientes causales, a saber: a) medidas cautelares (pedido de intervención judicial); b) transmisiones hereditarias y el problema del pacto de incorporación de herederos del socio fallecido; c) regulación del derecho de recesso, para que el socio disconforme pueda retirarse siguiendo otras pautas, además de las que ordena de manera casuística nuestra ley societaria y siguiendo criterios de valoración real y no en base al último balance aprobado; d) se tratará también el deficiente sistema de notificación y por último; e) el abuso de poder en las sociedades comerciales, propugnando soluciones en base al derecho comparado y su jurisprudencia.

Capítulo I
La Sociedad Anónima

1) Evolución histórica

a) Origen

La S.A. fue utilizada por las familias inglesas (Tudores y Estuardos) y por la Casa Real Inglesa. Su personalidad jurídica se definió y acentuó en los siglos XV y XVI: adquirió capacidad para poseer bienes, estar en juicio, es decir, entablar demanda y ser demandada. Con el correr del tiempo, fue evolucionando y finalmente se le confirió el privilegio de la limitación de responsabilidad de los miembros a sus respectivos aportes.

Los Tudores encararon con decisión la colonización, el corso, la promoción del comercio exterior, y se valieron de la S.A. para ello. Las cédulas reales de reconocimiento de las sociedades incluían generalmente la concesión de monopolios del comercio en ciertos lugares o de determinados artículos o mercaderías, exenciones de ciertas cargas tributarias y otros privilegios. Dichas empresas demandaban cuantiosas sumas de dinero y grandes riesgos. Así es como la S.A. del siglo XVII pasó a ser el instrumento ideal de la política económica mercantil.

Según Brunetti² *este tipo de sociedades comerciales fueron organizadas y formadas para la realización y recaudación de ingresos del Estado, el aprovisionamiento y suministro del pueblo y de los ejércitos, y la construcción de obras públicas.*

Desarrollaba negocios como organización en su propio provecho, y en consecuencia se creó la Banca di San Giorgio en Génova, en 1407 y consolidado en 1547, como el más antiguo ejemplo de sociedad por acciones.

b) Primeras sociedades por acciones:

Puede citarse Italia como un antecedente de las sociedades por acciones a la Casa di San Giorgio, luego convertida en Banca di San Giorgio en Génova. El capital estaba dividido en cuotas sociales, que daban derecho de participar en las entradas del Estado, cedidas en garantía.. Las participaciones eran negociables.

En la historia del Derecho, la S.A. surge en Holanda y de ahí adquiere su ulterior difusión. La creación de la Compañía Holandesa de Indias Orientales y Occidentales en Ámsterdam (1602 y 1612 respectivamente) y en Inglaterra (1612), Suecia (1615), Dinamarca (1616), Francia (1664), Portugal (1649), España, etc., da origen a estas asociaciones que, sin perjuicio de sus cometidos marítimos y colonizadores dirigidos por el Estado Absolutista, contribuyeron a expandir el comercio.

En nuestro país, la S.A. fue contemplada en el Código de Comercio de 1862 por primera vez. El mencionado Código consagraba el sistema de autorización estatal para la constitución de las S.A.

En el 1972 se sanciona la Ley 19.550 (Ley de Sociedades comerciales, que reemplaza el sistema de autorización por el sistema de reglamentación legal, vigente en la actualidad, que implica que las S.A. pueden constituirse libremente, siempre y cuando cumplan con los recaudos pertinentes establecidos en nuestra Ley.

² Brunetti, Antonio. *Tratado del Derecho de las Sociedades*. Buenos Aires: Uteha; 1960. tomo II, Págs. 1 y 2 en Villegas, ob., cit, pág 360

c) Su desarrollo

Luego viene la transformación de este ente jurídico a fin de adecuarlo a la política liberal que Inglaterra expande por el mundo. En consecuencia poco a poco la S.A. se independiza del “paternalismo” de la Corona.

El desarrollo del capitalismo que tiene como base la empresa privada y el principio de la libertad de contratación, requirió la transformación de aquellas empresas de carácter público creadas por concesión individual, en otras empresas de carácter privado creada libremente por voluntad de sus miembros³.

Luego acceden los tiempos en que la S.A. revelará su corte republicano y los ciudadanos (socios) tendrán su derecho de ciudad en virtud de su aporte, fijando los destinos sociales mediante el voto regido por el sistema mayoritario y acorde con los límites legales o estatutarios.⁴

De esta manera, del sistema originario del acto de incorporación y concesión de los derechos de soberanía, y después de las disposiciones normativas, se llega al Código francés del año 1807, que influyó decididamente en nuestro Código de Comercio, pues la innovación consistió en la reglamentación de los rasgos fundamentales de las S.A.⁵.

El progresivo avance y la democratización de la S.A. en el siglo XIX, constituyeron el paso previo para la modificación del capitalismo del siglo XX⁶, superando los rasgos de las sociedades primitivas y adquiriendo de tal modo matices y perfiles propios. En efecto, en el siglo XIX la caracterización de dicho ente se realizaba sobre la base de las decisiones asamblearias y de un poder escalonado.

d) La sociedad anónima contemporánea. Clasificación y concepto.

Actualmente coexisten bajo una misma legislación las denominadas S.A. “abiertas” y “cerradas” (art. 299).

En los Estados Unidos la distinción precedente comprende tanto a las *sociedades de familia* en consonancia con la mediana empresa, y a las sociedades comerciales distinguidas con el término *corporation*, que se reserva para la S.A. *abierta* que desplaza grandes masas de capitales y cotiza sus acciones en el mercado de valores⁷.

Las S.A. “*cerradas*” son por lo común las *de familia*, además es frecuente que las acciones estén en poder de un reducido número de personas y que la administración recaiga en los titulares y dueños de la empresa, coincidiendo el control (aspecto patrimonial) con la mayoría societaria (poder decisorio).

Otro aspecto importante de este tipo societario “cerrado” está dado por el accionista que no sólo se limita al aporte del capital y percepción de un dividendo, sino que además participa activamente en el gobierno de la sociedad.

³ Solá Cañizares, F. de, *op. Cit.*, T. III, págs. 10 y 11. en Villegas, ob., cit, pág 362

⁴ Gagliardo, Mariano. *Responsabilidad de los directores de la S.A.* 4ta edición Pág 49. Buenos Aires. Lexis Nexis. Abeledo Perrot Tomo I. 2004

⁵ Fischer, R., *Las sociedades anónimas, su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 1934, cit., pág 19 en Gagliardo, Mariano. Ob., cit., p 50

⁶ Garrigues, Joaquín, *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 27. en Gagliardo, Mariano. Ob., cit., p 50

⁷ Gagliardo, Mariano. Ob., cit., p 52

Podríamos definir a la S.A. cerrada o de familia *como aquella que está compuesta por un número reducido de socios y elementos que dificultan o impiden el ingreso y egreso de socios, como así también como aquella sociedad que no cotiza las acciones en los mercados de valores, lo que implica el carácter distintivo que la diferencia con la S.A. abierta*⁸.

Por otro lado, además, se encuentra la gran S.A. “abierta” cuyas acciones emitidas pueden adquirirse en el mercado de valores y cuya propiedad, salvo excepciones, no corresponde a la sociedad comercial emisora, recayendo dicha titularidad en el accionista. De este modo, canalizando el ahorro público, se permite al pequeño ahorrista acceder a una de las primeras manifestaciones del derecho de propiedad, dentro de este grupo se ubican las compañías transnacionales, en las cuales la situación de control del accionista se coloca en un segundo plano.

e) Derecho comparado:

La ley de sociedades comerciales uruguayas (n° 16016), por su parte, en sus arts 246⁹ y 247¹⁰, respectivamente, enumera de manera taxativa las S.A. “abiertas”; las restantes, por *vía de exclusión* son S.A. “cerradas” art. 248¹¹, y además establece la conversión de S.A. abiertas a cerradas, y viceversa, en el art 249¹².

2) Sociedades Anónimas cerradas o de familia: cuestiones terminológicas

a) Sociedades cerradas: *son aquellas denominadas también de familia, o sea las que no concurren a la suscripción pública, y mantienen el capital en manos de un grupo familiar, de amigos, o simplemente, núcleo de personas que desde el comienzo tuvieron la idea de mancomunarse en el esfuerzo de emprender una determinada actividad económica, es decir, aquella integrada por un reducido número de individuos (parientes o no) que no desean, no permiten, no tienen interés en abrirse hacia otros*

⁸ Bakmas, Iván. *Sociedades Anónimas Cerradas*. Revista Jurídica La Ley. Sección Doctrina. Buenos Aires 11 de Abril de 1997, pág 3.

⁹ **Art 246 Ley de sociedades comerciales uruguayas n° 16016. Clases de S.A.** “Las sociedades anónimas podrán ser abiertas o cerradas

¹⁰ **Art 247 Ley de sociedades comerciales uruguayas n° 16016. Sociedades anónimas abiertas.** “Serán S.A. abiertas las que recurran al ahorro público para la integración de su capital fundacional o para aumentarlo, coticen sus acciones en bolsa o contraigan empréstitos mediante la emisión pública de obligaciones negociables.

Asimismo lo serán las controlantes o controladas si alguna de ellas fuera abierta.

¹¹ **Art 248 Ley de sociedades comerciales uruguayas n° 16016.** (S.A. cerradas). “Serán cerradas las S.A. no incluidas en las variantes previstas en el art anterior.

¹² **Art 249 Ley de sociedades comerciales uruguayas n° 16016** (Conversión de una clase societaria a otra). “La conversión de una sociedad anónima cerrada en abierta, se producirá de pleno derecho al configurarse alguna de las situaciones caracterizantes previstas en el art 247.

Las S.A. abiertas podrán convertirse en cerradas. Para ello deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 1) Que se hayan mantenido abiertas por un lapso no inferior a cinco (5) años;
- 2) Que así lo disponga una asamblea extraordinaria por el voto de accionistas que representen más del 50% (cincuenta por ciento) del capital social integrado.

Los accionistas disidentes tendrán derecho a receder.

*individuos, desarrollando sus negocios con un criterio societario por lo general intuitue personae que rechaza toda noción de apertura hacia terceros accionistas.*¹³

b) Sociedad Anónima “de familia”

Su origen lo encuentra en las empresas unipersonales bajo el mando del *pater familiae* que se destaca por ser único titular del capital.

Es necesario referirse al tipo de sociedad empleada para concentrar un *pequeño o reducido número de accionistas* que, precisamente por lo compacto del grupo y la inflexibilidad relativa de las transmisiones accionarias, que sin embargo se hace valer o significar por ser una S.A., y que se la identifica por ser una sociedad por acciones, cuyos titulares son fácilmente identificables.

En cuanto a la *expresión de familia*, según el diccionario de la lengua española, se refiere a la palabra familia, como: “grupo de personas emparentadas entre sí (ascendientes descendientes, colaterales y afines de un linaje) o conjunto de individuos que tienen algo en común, unido bajo la autoridad de uno de ellos”¹⁴.

Nosotros creemos que en la actualidad la *expresión S.A. de familia* resulta válida, y así se la utiliza, para involucrar también la sociedad por acciones formada por amigos y/o conocidos que se asocian con la idea de armonizar o unificar esfuerzos para emprender una determinada empresa, lo que es compatible con el alcance dado precedentemente a la expresión *de familia*, aunque, insistiendo, que resulta inapropiada la denominación S.A. que, no obstante, se seguirá empleando por razones expositivas.

Se podría marcar una diferencia entre la S.A. cerrada y la de familia: *en la primera, el aporte de capital del accionista se encuentra condicionado a que se le otorgue una efectiva participación en la conducción de los negocios sociales; en la segunda su origen lo encuentra en las empresas unipersonales bajo el mando del pater familiae que se destaca por ser único titular del capital.*

En el Derecho comparado, podemos citar la legislación peruana en la Nueva Ley General de Sociedades (NLGS) que en sus arts 234 y 235 establecen:

Art 234 NLGS: Características. “La sociedad anónima puede sujetarse al régimen de la S.A. cerrada cuando tiene no más de veinte socios accionistas y no tiene acciones inscritas en el Registro público del mercado de Valores. No se puede solicitar la inscripción en dicho registro de las acciones de una S.A. cerrada”.

Art 235 NLGS. Denominación. “La denominación debe incluir la indicación “Sociedad Anónima Cerrada”, o la sigla S.A.C.”.

c) Naturaleza jurídica. La S.A. cerrada como contrato plurilateral de organización¹⁵

¹³ Verón, Alberto Víctor. *Sociedades anónimas de familia*. 1ra edición. Editorial ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1979, pág 239.

¹⁴ Diccionario de la lengua Española, 19ª ed., Madrid, 1970, pág 607, en Verón, Alberto Víctor, ob., cit., pág 238

¹⁵ Art 1 L.S (19.550). De la existencia de sociedad comercial. Tipicidad. “Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se

Podría afirmarse que la S.A. cerrada, jurídicamente se asimila a un *contrato de sociedad* creado para regir aspectos individuales o particulares, y que la S.A. abierta, en cambio, tiene una base *institucional* que trasciende la mera relación contractual¹⁶.

3) Características de las sociedades cerradas.

Los rasgos que caracterizan a las S.A. cerradas son cuatro, a saber:

a) Regla mayoritaria y unanimidad

Las decisiones en el seno de la sociedad son adoptadas por los socios por mayoría y no por unanimidad, es cierto que la regla mayoritaria no es exclusiva de las sociedades cerradas, pero por contraste con lo que ocurre en las sociedades abiertas, las sociedades cerradas tienen un nº relativamente pequeño de los socios, generalmente unidos por vinculaciones personales (afectivas de amistad) o familiares, cosa que hace que sea relativamente fácil crear grupos de control estables, dando así lugar a una dinámica de minorías¹⁷ y mayorías.

En cambio, en las *sociedades comerciales de personas, cerradas o de familia*, la regla de la mayoría no es suficiente, siendo menester la unanimidad de las deliberaciones que sean trascendentes para la modificación del contrato social.

Como es sabido, es típica la formulación del contrato plurilateral de organización en la sociedad de capitales, lo cual significa que la mayoría como regla, excluye la unanimidad.

Por lo tanto es necesaria la diferenciación de 2 subespecies de sociedades de capital:

- las cerradas o de familia (en donde participan en común de algunas notas típicas importantes que son comunes a las sociedades personalistas, las cuales son totalmente extrañas a las sociedades de capital abiertas o cotizadas), en donde la regla de la mayoría no es absoluta, debido a que decisiones societarias claves se resuelven sólo con la exigencia de *la unanimidad* (en las sociedades personalistas)
- Y las que hacen oferta pública o cotizan sus acciones en los mercados o en la bolsa (en donde se impone la regla del principio mayoritario, sobre la base de la adquisición del título accionario o la vinculación del acto fundacional).

obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

¹⁶ Verón, Alberto Víctor. Op. Cit. Pág., 192 “...La S.A. se presenta cada vez más como una forma de organización de la gran empresa, cualquiera que sea su carácter, y cada vez menos como un tipo societario concreto de sociedad mercantil”.

¹⁷ Juste Mencía, Javier, *Los derechos de la minoría en la S.A.*, Pamplona, 1995, pág 46, en Vázquez Lepinette, Tomás. *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*. Civitas. 1ra edición. Editorial Arazandi S.A. Pamplona España 2007, pág 29, define a **la minoría** como el conjunto de los socios que no pertenecen al grupo de control y cuya voluntad quedará vinculada por aquellos miembros que, de hecho, deciden el destino de la sociedad.

En conclusión, el socio minoritario solamente podrá oponerse a la voluntad de la mayoría a través de los elementos jurídicos tales como la impugnación de las decisiones asamblearias, cuya nulidad determinará su ineficacia o la inexistencia de sus efectos.”

También podrá, ejercer el derecho de recesso cada vez que por voluntad de la mayoría, se produzca alguna modificación estatutaria de manera legítima, con el objeto de mejorar los fines sociales y al mismo tiempo como consecuencia de tal decisión asamblearia, el socio disidente podrá retirarse de la sociedad.

b) Unidad entre la propiedad y el control de la gestión

La segunda característica de las sociedades cerradas es que en dichas sociedades no hay una separación entre la propiedad y el control, de tal modo que son los socios los que controlan directamente la gestión de la sociedad (la estadística señala que en el 50% de las S.R.L, la forma del órgano de administración es el administrador único, que presumiblemente será el socio mayoritario).

Es importante señalar que generalmente los socios viven directa o indirectamente de la sociedad, bien por cobro de dividendos, bien a través de la percepción de retribuciones de empleados o administradores de la misma. Por tanto, la mayoría tiene a su alcance un instrumento de presión muy poderoso, bastándole para quebrar la resistencia del minoritario con limitar sus ingresos, bien despidiéndolo si trabaja para la sociedad, o bien no distribuyendo dividendos;

c) Mercado reducido de títulos accionarios

La tercera nota que caracteriza a las sociedades cerradas es que el mercado para la transmisión de participaciones minoritarias de este tipo de sociedades es muy estrecho, por no decir inexistente, lo que impide al socio minoritario desinvertir o dejar de invertir;

d) Duración en el tiempo.

En cuarto lugar, las S.R.L y anónimas se caracterizan por su duración a lo largo del tiempo, toda vez que ninguno de los socios puede exigir, al margen de los supuestos legal o estatutariamente previstos (art 89 L.S) la disolución de la sociedad, comparar con el art 94 L.S inc, que establece que la sociedad se disuelve por decisión de los socios.

4) Motivos de la adopción de la S.A. cerrada o de familia: según Verón¹⁸, se pueden adoptar los siguientes factores para constituir una S.A. cerrada, a saber:

a) Reducción de la presión tributaria: no es un factor de estímulo permanente, pero en algunos casos se presenta como conveniencia fiscal para él o los pocos titulares del capital, al posibilitar la dispersión de la materia imponible en varias cabezas representadas por directores, síndicos y/o administradores a los que se asignan honorarios, retribuciones y otros emolumentos por las funciones que pueden desempeñar o

¹⁸ Verón, Alberto, ob., cit., pág 244 y 245.

desempeñan en la sociedad, disminuyendo la incidencia del impuesto a las ganancias o rentas por repartírselas entre varios contribuyentes y así decrecer las alícuotas que las gravan.

b) Situaciones de desequilibrio económico o financiero: naturalmente, tampoco es una motivación común, pero a veces empresas unipersonales o sociedades personalistas que padecen trastornos financieros (incapacidad de satisfacer deudas) y/o económicos (incapacidad de generar beneficios), encuentran solución a estos problemas dotando a su empresa de la figura jurídica S.A., al incorporar capitales o préstamos convenientes de parientes, amigos o socios ocasionales, que ven así en su aporte un buen negocio; otras veces la incorporación no es monetaria, sino personal por el crédito y confianza que merece el nuevo socio que se adosa a la empresa como presidente, gerente o director ejecutivo;

c) Unificación y división del patrimonio: en realidad, las razones esenciales que inducen a un empresario individual a dividir su patrimonio son las que conforman el propósito de limitar la responsabilidad personal; en algunos casos aporta o mejor dicho transforma su patrimonio (v.gr constituido por bienes que componen su capital comercial o industrial; por los bienes que no se confunden en este patrimonio, y por los bienes particulares, como casa-habitación, casa de veraneo, rodados, etc.) en patrimonio de la S.A.; en otros casos, sólo se produce una escisión patrimonial, conservando a su nombre personal los bienes particulares y de uso familiar, y convirtiendo en acciones los bienes de su comercio o industria.

d) Transmisiones hereditarias: uno de los casos, muy frecuente, consiste en transformar la empresa de un comerciante o industrial individual en S.A., distribuyendo las acciones representativas del patrimonio entre los futuros herederos, manteniendo la unidad empresarial, y facilitando la repartición del haber o acervo hereditario entre aquéllos; en otros casos, el propietario de edad avanzada crea una S.A. para dejar su patrimonio (total o parcial) a parientes o amigos, manteniendo en vida el control de los negocios sociales y la percepción de sus resultados; las cuestiones que se suscitan entre la S.A. de familia y el derecho sucesorio, principalmente referido a la protección de la legítima y la simulación negocial, son temas que merecen un detenido estudio que aquí no hacemos;

e) Causas psicosociológicas como el "efecto demostración": este estímulo indica el deseo de adoptar una imagen o importancia exagerada que da la denominación societaria el aditamento S.A., en pos de engrandecer su imagen y buscar la admiración y aprobación para favorecer el negocio.

Capítulo II

Las sociedades anónimas abiertas

5) La S.A. considerada como gran empresa:

a) Si por gran empresa se debe entender aquel organismo dotado de un *gran capital social*, comúnmente bajo la titularidad propietaria de un *gran nº de accionistas*, creada para la consecución de una *gran empresa*, es probable que tal magnitud de unidad económica hayas existido desde la antigüedad más remota, acompañada siempre de un poder económico como precedente inmediato de un determinado poder político ejercitado indirectamente¹⁹.

Las relaciones jurídicas internas de ellas son relativamente recientes; su proceso pausado se ubica hasta la *revolución industrial*, luego se precipitan los acontecimientos cambiantes a partir de esta *revolución*, llegándose a una concepción de empresa fundada sobre relaciones contractuales, principalmente las laborales; hasta que al promediar la mitad del siglo XX, se afirmaron los conceptos institucionales y organicistas de la S.A. que se usa como vestidura jurídica de la gran empresa.

b) Concepto: Ngo Báth Thánh²⁰ define a las S.A. abiertas como *aquellas que recurriendo a la suscripción pública mantienen un capital apropiado, por lo general en un gran nº de accionistas y/o inversores que destinan sus fondos a la consecución de una gran empresa, trascendiendo al público muchas veces como unidad líder en la actividad que desarrolla*; la S.A. comúnmente denominada *abierta* procura significar aquella empresa que se asemeja a un “*mecanismo jurídico de títulos negociables..., una institución jurídico-pública*”, como gran empresa asumen el ropaje jurídico de la S.A. abierta en tanto y en cuanto, además, lleve implícita la función de desarrollo como unidad económica motora.

c) Naturaleza jurídica de la S.A. abierta. La teoría del órgano:

Verón²¹ advierte que existen por lo menos dos clases de S.A.: la primera, aquella empresa de tamaño reducido, cerrada o de familia, con pocos accionistas poseedores de acciones no sólo que no cotizan en bolsa, sino de inelástica cesibilidad; la otra, la gran S.A., abierta al público que suscribe acciones que sí cotizan en bolsa, destinada a la consecución de una gran empresa.

El derecho continental europeo “*considera con acierto que el pequeño tendero que forma la anónima de dos o tres vecinos de sus vecinos otorga un contrato de sociedad, pero al mismo tiempo considera con evidente error, que los miles suscriptores de acciones de una gran empresa, otorgan entre ellos un contrato. Por otra parte, el derecho legislado continúa manteniendo la idea acertada de que en la citada anónima del tendero con sus vecinos, funciona el régimen democrático de la mayoría, lo que es factible, pues los socios pueden reunirse y votar en la trastienda, pero al propio tiempo se continúa manteniendo*

¹⁹ Verón, Alberto Víctor. Op. Cit. pág 207: “la teoría de los grupos de presión que todos conocemos, y que se señala en los manuales modernos de derecho político, está descansando sobre el tipo de poder político que se ejerce por los titulares del poder económico “

²⁰ Ngo Báth Thánh, *La sociedad anónima familiar*, Hispano Europea, Barcelona, 1963, pág. 171 en Verón, Alberto Víctor. Op. Cit. Pág., 191

²¹ Verón, Alberto Víctor. Op. Cit. pág 231

la descabellada idea de que los dos mil accionistas de una gran S.A. van todos a las asambleas para emitir sus votos”²².

“La realidad de nuestros tiempos nos muestra que en la gran S.A. quienes suscriben en un Banco acciones o las compran por intermedio del agente o corredor de Bolsa, no conocen siquiera a los otros suscriptores y con frecuencia ignoran el género de la empresa de la entidad emisora. Decir que los accionistas son los socios pensando en el contrato de sociedad, es otra inexactitud. La diversas fórmulas adoptadas por distintas legislaciones para reconocer los hechos siembran la más espantosa confusión en el ánimo de quienes, de acuerdo con las fórmulas clásicas, dicen que el accionista es un socio y que el obligacionista un prestamista.

Y resulta que se llama socio a una persona que por su capital cobra un interés y que no interviene en el funcionamiento de la sociedad, cuando en realidad es más bien un prestamista y se llama así a quien se le dan atribuciones de socios con participación en los beneficios e inmiscuyéndose en los negocios del supuesto deudor.

Afortunadamente una gran parte de la doctrina moderna lo reconocido así y se ha elaborado la teoría orgánica que ha señalado un camino que no es contractual y que están ya siguiendo las legislaciones más modernas”²³.

d) Dimensión de la S.A. abierta: en su concepto universal, se caracteriza por tres medidas:

1º) Gran empresa; 2º) Gran capital; 3º) Gran cantidad de accionistas. Si faltara alguno de estos factores, sin duda estaríamos en presencia de una S.A. cerrada.

Puede concebirse a la gran empresa como aquella que permitiera la realización de objetivos u obras de gran envergadura tales que significaran, por sí la provocación de un movimiento expansivo de la economía regional donde se concentra o, más aún, de las zonas geográficas (locales, nacionales, o extranjeras) donde actúa.

El segundo factor es decir el gran capital, queda subordinado a la instalación de la gran empresa, su puesta en marcha y su posible evolución.

El tercer factor: gran cantidad de accionistas, se podría interpretar preferentemente por su distribución accionaria en muchas manos, aunque cabe aclarar, que los grandes capitales de las *grandes empresas* se concentran en pocas cabezas.

La gran empresa (caracterizada por ser poseedora de un gran capital aportado por una gran cantidad de accionistas para lograr un gran objetivo económico) ha sido la protagonista principal del desarrollo económico y social experimentado a lo largo de los siglos XIX y XX.

El influjo económico, social y político alcanzó ribetes espectaculares dentro y fuera de ella. Internamente constituyó el principal desarrollo de la teoría y práctica sobre la organización y práctica de empresas; y externamente se erigió en una gran institución pública²⁴ (sin la S.A. no habrían existido las más grandes empresas de trabajos públicos, como el Canal de Suez y el de Panamá).

²² Solá Cañizares, *Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado*, Ob. Cit., tomo III, Págs. 16 y 17 en Verón, Alberto Víctor. Op. Cit pág 232

²³ Solá Cañizares, *Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado*, Ob. Cit., tomo III, Págs. 22 y 23 en Verón, Op., Cit., pág 233

²⁴ Brunetti, Ob., cit., tomo II, pág 42. en Verón, Alberto Víctor. Op. Cit. Pág., 188

6) Características de la S.A. abierta.

Esta caracterización servirá para parangonarla o compararla, en todo momento con la S.A. “cerrada o de familia”.

a) El sistema empresarial de la gran S.A. o abierta: la figura de la gran S.A., se caracteriza por la negociabilidad de las acciones y el mecanismo bursátil, constituyendo como factor perturbador del régimen societario comercial que dio nacimiento a aquel sistema autónomo *capitalista abierta al público*, diferenciándose con el régimen de la S.A. *cerrada o personalista*.

Podemos destacar las siguientes *características de la S.A.:*

a) *Separación entre el capital y la gestión;* b) *la dimensión;* c) *el recurrir al ahorro público;* d) *la cotización en la bolsa;* e) las causas de transformación de la S.A. (la concentración económica y la extensión y dispersión de los numerosos accionistas) para justificar hablar de una revolución del régimen de S.A.

La gran S.A. cumple una función económica que, la asimilan a una institución pública y le dan trascendencia social, al permitir la concentración de grandes masas de ahorro, proveniente de pequeños grupos de empresarios, para la explotación de grandes empresas; este fenómeno ha permitido que la S.A. se divorcie cada vez más de la voluntad de los accionistas **prevalciendo el interés de la empresa** y comunidad sobre el de los accionistas.

Naturalmente que estas funciones características de la gran S.A. se traducen en necesidades a propósito (que difieren de las necesidades que se advierten en la S.A. cerrada), como la *transmisibilidad de las acciones esencialmente cesibles y negociables* que deriven de un procedimiento de inversión esencialmente líquido y fungible; o como la protección de la minoría, donde las posibilidades de una opresión de ésta son reducidas al funcionar la S.A. abierta en un medio público, administrarse por profesionales (funcionarios públicos) con altos principios, y estar bajo la protección de la prensa financiera²⁵; o como una administración centralizada, responsable y altamente organizada ; o como su mayor independencia financiera (en comparación a la S.A. cerrada) que le permite un proceso de autofinanciamiento sin tener que acudir a fuentes extrañas como bancos, entidades financieras, o proveedores cuando, en caso extremo, puede recurrir a la suscripción pública en procura de un capital propio para el autofinanciamiento.

b) La intervención del Estado: la gran S.A. forma parte significativa del contexto político económico donde se desenvuelve, por lo tanto la tutela del Estado se impone no sólo en salvaguarda de los derechos privados del accionista, sino principalmente para establecer un *status* a nivel laboral y gerencial, en defensa, también, de los consumidores: “*El Estado no quiere abdicar de la función de tutelar, bajo la cual nace la S.A. Se ocupa de defender a los accionistas, a los inversionistas o ahorristas y de defenderse a sí mismo también frente a la S.A., cuando el poder es tan fuerte que llega a enfrentarse con el poder del Estado*”²⁶.

El Estado reacciona entonces usando o creando distintas armas, como las que se ejemplifican seguidamente:

²⁵ Ngo Báth Thánh, *Ob. Cit.*, pág. 178 en Verón, Alberto Víctor. *Op. Cit* pág 209

²⁶ Garrigues, “Problemas actuales de la S.A. La S.A. y el Estado.”, en la obra *Hacia un nuevo derecho mercantil*, *Ob. Cit.* Pág. 121 en Verón, *Op. Cit* pág 213

- a) imponiendo limitaciones a su constitución, como capitales mínimos;
- b) imponiendo la previa autorización administrativa para su funcionamiento, mediante por ejemplo, los controles de legalidad y judicial;
- c) interviniendo indirectamente y mediantemente, como cuando la normativa exige que uno de los síndicos sea designado de una lista de revisores oficiales;
- d) ejerciendo una fiscalización permanente respecto a determinados asuntos de relevancia (como la emisión pública de acciones o debentures, asistencia de inspectores a las asambleas, revisión de los estados contables; etc.);
- e) previendo en la normativa la intervención judicial a la sociedad en casos de graves irregularidades.
- f) participando directamente como accionista (v.gr. las sociedades de economías mixtas, o las S.A. con participación estatal mayoritaria);
- g) ejerciendo un contralor especial en aquellas S.A. abiertas cuyo objeto exclusivo consiste en una concesión del Estado para explotar determinada actividad que exige la tutela pública (v.gr., radiodifusión, televisión, transportes, etc.).
- h) apelando o recurriendo al recurso extremo de la *nacionalización de empresas*,
- i) empleando las herramientas que le ofrece la política fiscal o monetaria a fin de poder establecer el nivel total de la demanda e influir en la política de precios, en la producción y en la inversión;

c) La publicidad legal: el régimen de publicidad de las S.A. abiertas en realidad forma parte integrante del aparato protector de accionistas, trabajadores, público y Estado, mediante la intervención registral de organismos judiciales que ejecutan las normas legales referidas al régimen de información especial y general, asegurando la publicidad y creando efectos jurídicos especiales, como la personalidad jurídica. Las publicaciones se ordenan en periódicos privados y/o oficiales autorizados por la ley.

d) Su influjo en la actividad económica: como se ha dicho anteriormente, las grandes S.A., especialmente las constituidas en los países desarrollados, ejercen por sí o agrupadas, una poderosa influencia en el desarrollo económico no sólo de su país sino también de aquellos donde instalan su filial, sucursal o planta. Kaysen afirma que las grandes empresas desde el punto de vista económico son trascendentes porque funcionan para un vasto mercado (local, regional, nacional e internacional) mientras que las pequeñas solo atienden el consumo local²⁷.

e) La bolsa: en realidad, la *institución o mercado* donde se operan las compras y ventas de acciones pertenecientes a S.A. abiertas, no es más que una noción característica de ésta ubicada en un segundo orden como derivación del atributo principal: su función económica.

La importancia del mercado de valores no corresponde rigurosamente a la importancia de las grandes S.A., debido a que muchas acciones de éstas pueden no cotizarse en bolsa sino a través de intermediarios

²⁷Kaysen, Karl, "La S.A.: ¿cuánto poder? ¿qué alcance?" del libro de Mason, Edward S., *La sociedad anónima en la sociedad moderna*, Depalma, Bs. As., 1967, pág. 131 a 134 en Verón, Alberto Víctor. Op. Cit pág 216, "Las grandes S.A. presentan en común la característica de tener y dirigir muchas plantas industriales, y vender y comprar en gran nº de mercados. Su poder en algunos mercados puede utilizarse para reforzar en otros, su gran volumen absoluto y los aportes de capital de que disponen, agrega a su poder, en cualquier mercado determinado, algo que no se explica simplemente por la estructura del mercado mismo".

que particularmente interceden en la compraventa sin pasar por el mercado oficial, o también transmitirse directamente entre los interesados. Por otra parte, desde la existencia de los títulos nominativos adoptados por algunas *grandes S.A.* puede decirse que el mercado único para la circulación accionaria se ha reducido relativamente.

f) El agrupamiento de sociedades: es una consecuencia de la evolución del capitalismo moderno, que obedece a necesidades de unificar la conducción y decisión para lograr un mejor aprovechamiento de los elementos de las empresas agrupadas.

Podemos decir, que este fenómeno económico se relaciona con el de la concentración económica, teniendo las empresas 2 motivos básicos para agruparse: 1º) la colaboración o cooperación (es decir que no se da lugar a una influencia dominante de una empresa respecto de las otras, se unen con lazos de coordinación, y sus integrantes dialogan en procura del objetivo común, lográndose una verdadera *affectio societatis*);

2º) El segundo es el motivo de control, dominación o subordinación, es decir aquel por el cual las empresas se sujetan a una dirección común o unificada, prevaleciendo el dominio del más fuerte.

Puede agregarse que el desarrollo y crecimiento de un capitalismo grupal importa una deformación que padece la S.A. de nuestro tiempo, encontrándonos ante una paradójica situación de concentración económica y de descentralización de las estructuras jurídicas de las grandes S.A.²⁸. Estas nuevas formas asociativas de la que resulta la *súper empresa*, alimentan el desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre el abuso de la forma jurídica (propia de Europa continental) y el levantamiento del velo de la personalidad (característico de los anglosajones).

Se producen entonces nuevas elaboraciones en torno a la protección de aquellos accionistas que sufren o pueden llegar a sufrir las consecuencias de la política que imprime al grupo la sociedad dominante, es decir *los accionistas* libres de *sociedades sacrificadas*, y también alrededor de los acreedores de estas mismas sociedades.

La protección jurídica o solución legal se basa en el primer caso (accionistas libres) permitiéndoles optar por una indemnización oportuna igual al valor de sus acciones, o canjearlas por las acciones de la empresa dominante; en el segundo caso (acreedores), se advierte una tendencia resuelta a extender la responsabilidad de la S.A. o dominante ante los acreedores de las sociedades agrupadas o dominadas.

También, se exigen los balances consolidados como producto final de la contabilidad, con el propósito de lograr una concepción unitaria de la superempresa constituida por el grupo y así proteger el derecho de información que tiene el accionista.

g) Organización del trabajo: “el sistema de la gran S.A. alentó no solamente la adición del capital, sino también la nueva organización social del trabajador implícita en la empresa de grandes dimensiones”²⁹.

Esta organización realizada a través de la figura del *sindicato* motiva una atemperación del poder que ejercen las grandes S.A., es decir que a través de los convenios colectivos de trabajo que Chayes³⁰ los define como “promulgación legislativa destinada a regir las actividades de la planta industrial”, *los sindicatos*

²⁸ Menéndez, Ob. Cit. Págs. 55 a 57 en Verón, Alberto Víctor. Op. Cit. pág 219

²⁹ Chayes, Abraham, Ob. Cit., págs. 44 y 45 en Verón, Alberto Víctor. Op. Cit. pág 220

³⁰ Chayes, Abraham, Ob. Cit., pág. 63 en Verón, Alberto Víctor. Op. Cit. pág 220

gigantes por medio de sus dirigentes, forjan las leyes para domar o sujetar y regular el poder de las *compañías gigantes*, sometido dicho poder a contratos bajo condiciones de un ejercicio racional exigido por regla legal.

h) Influencia en la comunidad local: la gran S.A. ejerce influencia a nivel comunitario en una ciudad o localidad relativamente pequeña donde su casa matriz, sucursal o planta industrial se instala. Por ej la gran empresa aglutina ciudadanos de la S.A. más que de la comunidad donde residen, modificando profundamente la estructura de la comunidad local y reemplazando las viejas familias propietarias y administradoras.

Esta influencia se advierte no sólo en el área de la actividad económica (promoviendo un bienestar dependiente de otra gran empresa), sino también a nivel social y cultural; posiblemente la existencia de escuelas, colegios, bibliotecas, hospitales, clubes y otra instituciones dependen, en su creación y funcionamiento, de la política que a nivel gerencial imprima la gran S.A. a la localidad donde ejerce su influencia³¹.

7) Factores distintivos de la S.A. “abiertas” y “cerradas”

a) La affectio societatis: Concepto: en el derecho romano consistía en la voluntad de los contrayentes de unirse con el propósito o intención de constituir sociedad y de dispensarse recíprocamente el trato de socios. Si esa voluntad faltaba, había simplemente comunidad o indivisión, pero no sociedad. Era también consecuencia del carácter *intuitu personae* de la sociedad³².

Es la predisposición que tienen los socios de actuar en forma coordinada para obtener el fin perseguido con su constitución, postergando los intereses personales en aras del beneficio común, *(aunque no es necesario que exista un clima de amistad o cordialidad entre los socios)*³³.

Para Fargosi³⁴, *no 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 ella pueda cumplir su objeto, 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 sus conductas tiendan al interés común.*

La jurisprudencia ha dicho que la *affectio societatis* impone al socio *una serie de conductas, como el ánimo de colaboración y su lealtad hacia los fines societarios, ello supone frecuentes y necesarios cambio de opiniones y discrepancias, como es lógico en toda comunidad de intereses, que no puede conducir fatalmente a la disolución de la sociedad.*³⁵

³¹ Verón, Alberto Víctor. Op. Cit pág 222, citando a Long, Norton E., “La S.A., sus satélites, y la comunidad local” contenido en la obra de Mason, Ob., cit., pág. 285 y ss.

³² Villegas, Carlos Gilberto. Ob. cit., pág 58

³³ Cám. Nac. Com., Sala D, 22-X-1974, ED, t. 61, pág 494, en Villegas, Carlos Gilberto. Ob. cit., pág 60

³⁴ Fargosi, Horacio, *La affectio societatis*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1955, pág., 88, en Villegas, Carlos Gilberto. Ob. cit., pág 58

³⁵ Cám. Nac. Com. Sala D, 22-10-74, ED, t. 61 pág. 494, en Villegas, Carlos Gilberto. Ob. cit., pág 60.

b) Teoría negatoria: la línea negatoria de la *affectio societatis* tiene representantes de importancia, destacándose Garrigues y Colombres³⁶, quienes excluyen en forma terminante este elemento del contrato plurilateral de organización, basándose en que lo subjetivo es excepcional e inhábil para ser regulado por el derecho objetivo, y no puede centrarse en tal aspecto la caracterización de una figura jurídica.

c) Teoría que admiten la *affectio societatis*: estas teorías admiten distintos enfoques, atribuyendo a este elemento la de una comunidad de intereses, prescindente del tipo societario elegido en cuestión, pero que a nuestro juicio se adaptan en las sociedades personalistas, mientras que se desdibuja o pierde relevancia en las sociedades de tipo capitalista (S.A. abierta).

d) La *affectio societatis* en los diversos tipos sociales

Halperin³⁷ señala que ese elemento de la sociedad puede variar en la acentuación de sus rasgos fundamentales según el tipo societario.

Ello es indudable, porque no es lo mismo este elemento en una sociedad *intuitu personae*, donde el factor personal adquiere una importancia relevante, al que puede revestir en el caso de una S.A., especialmente en el caso de la gran S.A. (abierta) del art 299 L.S.

Evidentemente dentro del concepto legal de sociedad comercial dado por nuestra L.S. no aparece este elemento como requisito objetivo, pero no caben dudas de que él existe y está implícito en las sociedades personales y en las pequeñas sociedades de capitales familiares (S.R.L. y S.A. Cerradas o familiares), en donde generalmente los socios son parientes, amigos, colegas, etc.

En nuestra opinión, coincidimos en sostener que es un elemento esencial para el normal funcionamiento de la sociedad y que presupone una voluntad de colaboración activa concretado no sólo en los aportes de cada uno de los socios, sino también por su actuación en la administración y de gobierno de los intereses sociales, siendo esta colaboración traducida en una conducta de lealtad (deber de abstenerse de decidir u obrar en contra del interés social), y también el de sacrificar el interés propio.

e) “*Affectio societatis*” e “*intuitu personae*”.

Conforme con la fundamentación básica de la teoría organicista, en opinión de Ngo Báh Thánh³⁸ pierde importancia, como elemento de la S.A. abierta la *affectio societatis*, aun entendida ésta como “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...”³⁹, porque como lo expresa Gervasio R. Colombres⁴⁰, resultan inhábiles las concepciones subjetivas que en derecho reciben una regulación excepcional, no pudiendo centrarse la caracterización de una figura jurídica en un dato subjetivo, y también las objetivas porque implican una duplicidad respecto de otros elementos del contrato.

³⁶ Colombres, Curso de Derecho societario, Abeledo Perrot, Bs. As., 1972, p 56, en Mariano Gagliardo., ob., cit., pág 80

³⁷ Halperin, Isaac, Curso de Derecho Comercial. Parte general, vol. I Depalma, Bs. As, 1972, pág 242 y 243, en Villegas, Carlos Gilberto. Ob. cit., pág 58

³⁸ Ngo Báh Thánh”.(Ob. Cit., cit. Pág. 172)en Verón, Op. Cit. Pág., 193 “En la sociedad abierta “el *affectio societatis* pasa a un segundo plano, dejando como vedette al *intuitus pecuniae*”.

³⁹ Fargosi, Horacio, *La affectio societatis*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1955, pág., 88 en Verón, ob., cit. Pág 193

⁴⁰ Colombres, *Curso de Derecho Societario*, Parte General, Abeledo Perrot, Bs. As., 1972, pág. 56 en Verón, *Op. Cit.* Pág. 193

Algunos autores, además, sostienen que en la S.A. abierta “el *affectio societatis* pasa a un segundo plano, dejando como vedette al *intuitu pecuniae*” y por consiguiente el vínculo societario no está fundado en la *affectio societatis* ni siquiera en las razones de interés personal que pueden llevar a una persona a unirse a otras para emprender una empresa económica, sino que la relación social se establece por la posesión de acciones, esto es por porciones de capital. Es la posesión de acciones la que determina el vínculo, otorga derechos patrimoniales (al dividendo y al resultado de la liquidación final) y políticos (derechos de votar, de elegir y ser elegido, de participar en las asambleas, de formar la voluntad social, de impugnar esos acuerdos, de integrar los diversos órganos societarios, etc.).

Por *intuitu personae*⁴¹ debe entenderse “las disposiciones o actitudes que se adoptan sin atenerse estrictamente a derecho o a razón, sino al respeto que alguien merece”⁴², puede sostenerse que en la S.A. de familia se destacan tanto el *intuitu personae* y también el *affectio societatis*, pues aquel presupone la confianza recíproca, un mayor acercamiento relacional entre los socios.

8) Propiedad del capital y gestión de negocios o de administración:

Uno de los factores que la mayor parte de la doctrina desarrolla para explicar la oposición entre los dos tipos de sociedades, es el divorcio entre la propiedad del capital y la gestión administradora. Cabe agregar que la coincidencia sustancial entre la persona del administrador y los titulares de la S.A. de familia frente a la S.A. abierta, no debe ser tomada de forma rigurosa, pues no faltan los ejemplos de S.A. cerradas o de familia en las cuales él o los verdaderos propietarios del capital no ejercen o ejercen a medias, la conducción de los negocios sociales, se puede graficar así: “existe gran número de S.A. cerradas o de familia donde se reúnen varios amigos, parientes y/o conocidos que aportan sus capitales para este tipo societario manejada solamente por uno o dos de ellos, o ni siquiera por ninguno, mientras el resto o todos, en su caso, se mantienen como *simples observadores inversores* sin inmiscuirse en el manejo de la empresa, o, como máximo participando en las reuniones del directorio en forma *decorativa* aprobando resoluciones prácticamente ya decididas por los verdaderos *conductores* de la empresa.

9) Causas de la disociación poder-gestión: este fenómeno de disociación propio de las S.A. abiertas (aunque también manifestado en otra dimensión en las S.A. cerradas o de familia) proviene, fundamentalmente:

- a) del ausentismo del accionista en las asambleas debido a *causas materiales* como el elevado n° de accionistas;
- b) insuficiente publicidad en las convocatorias a asambleas;
- c) la dispersión geográfica de los accionistas, y la simultaneidad de asambleas de sociedades a las que pertenece un mismo accionista,
- d) causas psicológicas como el sentimiento de inferioridad del *minúsculo accionista* frente a los conductores de la sociedad, su incompetencia en materia empresarial, y la falta de información suficiente.

⁴¹ “*intuitu personae*: suele aludir a que cierto acto solamente puede ser cumplido por una persona determinada, en Diccionario Jurídico, La Ley. Rodríguez, Rogelio Moreno, pág 423.

⁴² Cabanellas, Guillermo, *Repertorio Jurídico*, Heliasta, Bs. As., 1974, Págs., 182 y 183 en Verón, *Op. Cit.* Pág. 194

Así, la gran masa de accionistas se mantiene marginada de la vida social de la empresa, generándose *mayorías artificiales* y permitiendo la asunción del *poder por minorías activas* que deciden en las asambleas.

Esas minorías activas representadas por los órganos gerenciales suelen preferir la reinversión de los fondos para fortalecer la expansión de la empresa, que distribuir dividendos en efectivo a los accionistas. Además de esta conducción ejercida por la *management control (dirección-gestión-gerencia)*, coincidiendo la titularidad del capital con su gestión o un control del accionista minoritario: “La experiencia ha demostrado que se puede controlar una sociedad con la posesión del 15 o 20% del capital. Por ejemplo Rockefeller controla la Standard Oil Co. de Indiana con solamente el 14,5% del capital”⁴³. De cualquier manera, el desplazamiento del poder gestión hacia los gerentes o ejecutivos de alto nivel, se justifican por la necesidad de asegurar la mayor eficacia posible en la conducción de los negocios sociales. Esto origina una relación inversa: a medida que crece el poder de los administradores decrece el de las asambleas y la importancia de la figura del accionista.

10) La función económica de las sociedades anónimas

Las sociedades anónimas *abiertas y cerradas* cumplen funciones económicas distintas:

La primera, generalmente para el público, capta los fondos de los ahorristas (pequeños, medianos, o grandes) que así se convierten en meros colocadores de dinero llamados accionistas (porque su calidad de tal se incorpora en los títulos valores negociables conocidos por acciones) que no participan en la gestión social, y así se posibilita la consecución de la gran empresa para obras de envergadura, volumen y riesgo. La S.A. *cerrada*, en cambio, no trasciende individualmente sino hasta el exiguo límite geográfico (casi nunca político) donde ejerce su influencia fútil (de poco aprecio o importancia).

Sin embargo, estas apreciaciones se alterarían si enfrenáramos el conjunto de S.A. *cerradas* a las S.A. *abiertas*: las estadísticas nos demostrarían que en países como la Argentina, (que no ha alcanzado un desarrollo a semejanza de los países económicamente líderes, como EEUU., Alemania o Japón, etc.) la importancia de la S.A. *cerrada* o de familia en su conjunto es tanto o mayor que la de las S.A. *abiertas*, debido a que el aproximadamente el 93% de las S.A. *constituidas en Capital Federal, son S.A. cerradas o de familia*, en jurisdicciones como en la Provincia de Salta las S.A. *abiertas* sólo alcanzan el 2%, es decir que un 98% lo integran las S.A. *de familia*.

11) Acciones y accionistas: la creación de los *títulos negociables* de las S.A. denominados *acciones*, que representan el capital de la empresa, ha sido el medio instrumental más importante que contribuyó al éxito de la gran S.A., pues de este modo grandes patrimonios que antes era imposible reunir unificadamente, se representaron en alícuotas libremente negociables (como las acciones al portador)⁴⁴, posibilitando empresas con diversos y cambiantes accionistas, y accionistas con tenencias accionarias de unas o más empresas. A partir de este momento se produjo un desarrollo variado sobre los tipos de acciones en

⁴³ Ngo Báth Thánh, Ob. Cit., pág. 29 en Verón, Alberto Víctor. Op. Cit. pág 229

⁴⁴ Garrigues, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Ob. Cit., págs. 125 y 126 en Verón, Op., Cit., pág 234: “La acción es un título valor y su concepto y su función nos van a permitir ese placer morboso que consiste en saber cada mañana, cuando leemos los diarios y la cotización en bolsa, si aquél día somos un poco más ricos o un poco más pobres ...”

cuanto a los derechos económicos y políticos que atribuían (como las acciones sin voto y las acciones de ahorro), que muy bien pueden servir para ser suscriptas por aquellos accionistas que sólo buscan especular o invertir sus ahorros, sin la más remota intención de asistir y votar en las asambleas.

La S.A. abierta también se caracteriza porque esos derechos, fundamentalmente el de voto, en la práctica son ejercidos por quienes no tienen la propiedad de las acciones, como los bancos o instituciones similares depositarias de las mismas.

El problema más relevante en esta cuestión es si la institución bancaria, como nuevo organismo de poder, concilia con los principios básicos del derecho de las sociedades anónimas, al romper el vínculo del derecho de voto y el interés social.

Por otra parte, aún subsiste el reconocimiento en las S.A. abiertas de *tres clases de accionistas*:

- a) el accionista de control: aquel que con su participación busca tener el control de los negocios sociales;
- b) el accionista inversor: aquel que adquiere acciones de una determinada S.A. para fines de colocación temporaria o permanente de su capital;
- c) el accionista especulador: aquel que sólo desea obtener unas ganancias con la compra y venta de acciones.

La combinación variada de estos accionistas en una S.A. abierta provoca con frecuencia, conflictos de intereses entre ellos y los administradores o entre ellos mismos. Así, la oposición entre accionistas y administradores es típica de las grandes empresas, donde sus directivos buscan su conservación y prosperidad, frente al interés egoísta del accionista, especialmente el pequeño.

En conclusión, de los conceptos que se han plasmados, en cuanto al alcance de la expresión S.A., surge el siguiente interrogante: ¿Cuál es la falla de la S.A. actual?

La S.A. de familia no puede ser reputada S.A. en términos clásicos, porque ni es anónima, ni acude al público, ni cotiza sus acciones en bolsa, y se crea para pequeñas y medianas empresas.

Luego, el error es acumulativo: no sólo se regula normativamente una S.A. que no es tal, sino que se somete a un régimen jurídico unitario a las dos clases de S.A. que no son tales: *la gran S.A. y la S.A. de familia*.

Capítulo III

Asambleas

12) Concepto y características: Principios que gobiernan el funcionamiento de las asambleas.

La asamblea de accionistas de la S.A. constituye el órgano máximo de deliberación por intermedio del cual se expresa la voluntad inmediata y se gobiernan los destinos de la entidad, conforme a los intereses sociales. En otra perspectiva, se trata de la reunión de accionistas que, convocada conforme a la ley o los estatutos, delibera y resuelve sobre los puntos del día, careciendo de una facultad absoluta para tratar materias que excedan su competencia.⁴⁵

Garrigues la define como *la reunión de accionistas en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, debidamente convocada, para deliberar y decidir por mayoría sobre determinados asuntos sociales propios de su competencia.*⁴⁶

a) Competencia de las asambleas de los accionistas⁴⁷: como principio general debe señalarse que su competencia no es ilimitada, sino que debe circunscribirse a los asuntos que la propia Ley de Sociedades le otorga.

Existe un límite del poder de la asamblea, y es, la necesidad de que sus decisiones se inspiren exclusivamente en el interés propio de la sociedad, y no en el de la mayoría de quienes participan en esa decisión, que muchas veces puede no ser coincidente.

⁴⁵ Gagliardo, Mariano. *Responsabilidad de los directores de la S.A.* 4ta edición. Buenos Aires. Lexis Nexis. Abeledo Perrot Tomo I. 2004. pág 144.

⁴⁶ Garrigues, Joaquín: Curso de derecho mercantil, tomo I, 7ª ed., pág 493 en Nissen, Ricardo. Op. Cit, pág 75

⁴⁷ Art 233. Competencia. “Las asambleas tienen competencia exclusiva para tratar los asuntos incluidos en los arts 234 y 235.

Lugar de reunión: Deben reunirse en la sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social.

Obligatoriedad de sus decisiones, cumplimiento: sus resoluciones conformes con la ley y el estatuto, son obligatorias para todos los accionistas salvo lo dispuesto en el art. 245 y deben ser cumplidas por el directorio.

Art 245 (texto según ley 22.903) Derecho de receso:”Los accionistas disconformes con las modificaciones incluidas en el último párrafo del art. Anterior, salvo en el caso de disolución anticipada y en el caso de los accionistas de la sociedad incorporante en la fusión y en la escisión, pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones. También podrán separarse en los casos de aumentos de capital que competen a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio, de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones y de continuación de la sociedad en el supuesto del art 94, inc. 9.

Sin entrar a analizar las distintas clases de asambleas que prevé la L.S., para no exceder los límites de este trabajo, se señalará la referencia que hace la L.S. a las asambleas ordinarias y extraordinarias; especiales y generales.

Las *asambleas especiales* son aquellas en las cuales únicamente participan accionistas que tengan derechos particulares, art. 250⁴⁸ y 249⁴⁹ L.S.

En las *asambleas generales*, a diferencia e aquellas, participan todos los accionistas.

Dichas asambleas a su vez pueden ser divididas, a su vez, en asambleas ordinarias y extraordinarias.

Las *asambleas ordinarias* tienen su competencia para tratar aquellos temas previstos específicamente por el art. 234⁵⁰ de la L.S.

Las *asambleas extraordinarias* tienen, a su vez, competencia para tratar y resolver sobre aquellos temas previstos por el art. 235⁵¹ de la L.S.

⁴⁸ Art. 250 L.S. Asambleas especiales. “Cuando la asamblea deba adoptar resoluciones que afecten los derechos de una clase de acciones, se requiere el consentimiento o ratificación de esta clase, que se prestará en asamblea general regida por las normas de la asamblea ordinaria”.

⁴⁹ Art 249 L.S. De las asambleas de los accionistas. Acta: contenido. “El acta confeccionada conforme al art 73, debe resumir las manifestaciones hechas en la deliberación, las formas de las votaciones y sus resultados con expresión completa de las decisiones”.

Art 73 L.S. De la documentación y contabilidad. Actas. “ Deberá labrarse en libro especial, con la formalidad de los libros de comercio, acta de las deliberaciones de los órganos colegiados”

⁵⁰ Art 234 (ley 22.686). Asamblea ordinaria: “Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos:

- 1) balance general estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le competa resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos;
- 2) designación y remoción de directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia y fijación de su retribución;
- 3) responsabilidad de los directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia;
- 4) aumentos del capital conforme al art.188;

Para considerar los puntos 1 y 2 será convocada dentro de los 4 meses del cierre del ejercicio.

Art 188. Del capital. Aumento del capital. (Ley 22.686). “el estatuto puede prever el aumento del capital social hasta el quíntuplo.

⁵¹ Art 235.Asamblea extraordinaria.”Corresponden a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto y en especial:

- 1) aumento del capital, salvo el supuesto del art 188. Sólo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago;
- 2) reducción y reintegro del capital;
- 3) rescate, reembolso y amortización de acciones;
- 4) fusión, transformación y disolución de la sociedad; nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores,; escisión; consideración de las cuentas y de los demás asuntos relacionados con la gestión de éstos en la liquidación social, que deban ser objeto de resolución aprobatoria de carácter definitivo;
- 5) limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones conforme al art. 197;
- 6) emisión de debentures y su conversión en acciones;
- 7) emisión de bonos.

Sin perjuicio de las diferencias entre las asambleas ordinarias y extraordinarias, la L.S. prevé que ambas pueden ser celebradas en forma simultánea, siempre que hubiese reunido el quórum y se resuelva por las mayorías previstas legalmente (arts. 236⁵², 237⁵³, 243, 244 y concs. De la ley 19.550).

b) El principio mayoritario para la adopción de los acuerdos asamblearios.

Art 197. Del capital. Limitación al derecho de preferencia. Condiciones. “La asamblea extraordinaria, con las mayorías del último párr del art 244, puede resolver en los casos particulares y excepcionales, cuando el interés de la sociedad lo exija, la limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, bajo las condiciones siguientes:

- 1º) que su consideración se incluya en el orden del día;
- 2º) que se trate de acciones a integrarse con aportes en especie o que se den en pago de obligaciones preexistentes.

⁵² Art 236: Convocatoria de asambleas extraordinarias. Oportunidad. Plazo. : “Las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico en los casos previstos por la ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario o cuando sean requeridas por accionistas que representen por lo menos el 5% del capital, si los estatutos no fijaran una representación menor. En este último supuesto la petición indicará los temas a tratar y el director o el síndico convocará la asamblea para que se celebre en el plazo máximo de 40 días de recibida la solicitud.

Si el directorio o el síndico omite hacerlo, la convocatoria podrá hacerse por la autoridad de contralor o judicialmente”.

⁵³ Art 237(texto según ley 22.686) L.S. De las asambleas de accionistas. Convocatoria: forma. “Las asambleas serán convocadas por publicaciones durante 5 días., con 10 de anticipación por lo menos y no más de 30, en el diario de publicaciones legales. Además, para las sociedades a que se refiere el art. 299, en uno de los diarios de mayor circulación general de la República. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha hora y lugar de reunión, orden del día, y los recaudos especiales exigidos por el estatuto para la concurrencia de los accionistas.

Asamblea en segunda convocatoria. “La asamblea en segunda convocatoria por haber fracasado la primera, deberá celebrarse dentro de los 30 días siguientes, y las publicaciones se efectuarán por 3 días con 8 de anticipación como mínimo. El estatuto puede autorizar ambas convocatorias simultáneamente, excepto para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, en las que esta facultad queda limitada a la asamblea ordinaria.

En el supuesto de convocatorias simultáneas, si la asamblea fuere citada para celebrarse el mismo día deberá serlo con un intervalo no inferior a 1 hora de la fijada para la primera.

Asamblea unánime. “La asamblea unánime podrá celebrarse sin publicación de la convocatoria cuando se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social y las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto”

⁵³ Art. 299 L.S. De la fiscalización estatal (permanente) “Las S.A., además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1º) hagan oferta pública de sus acciones o debentures;
- 2º) (según ley 21.304) tengan capital social superior a \$210.000, monto éste que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario.
- 3º) sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la sección VI (S.A. con participación estatal mayoritaria).
- 4º) realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros;
- 5º) exploten concesiones o servicios públicos;
- 6º) se trate de la sociedad controlante de o controlada por la sujeta a fiscalización, conforme a uno de los incisos anteriores.

A través del voto efectuado por la mayoría se adoptan las decisiones sociales, debido a la dificultad de reunir la unanimidad de voluntades individuales.

La ley concede a la mayoría, el poder de gobierno de la sociedad. *Ese poder asignado a las mayorías, nos lleva a considerar con extrema prudencia todo lo referente al ejercicio de ese poder, susceptible de devenir abusivo cuando no se ajusta a su finalidad específica, que consiste en la preservación del interés social.*⁵⁴

La formación de la voluntad de la S.A. en la asamblea general está bajo el imperio del principio de la mayoría, el que se configura por participaciones de capital.⁵⁵

Para los acuerdos asamblearios, la ley 19.550 dispone que, éstos deban ser adoptados con las mayorías previstas en ese ordenamiento legal, prescriptas en los arts 243⁵⁶ para las asambleas ordinarias y 244⁵⁷ para las asambleas extraordinarias. **No** se exige, pues la unanimidad para la adopción de las decisiones asamblearias, salvo para tres casos: 1) para las asambleas unánimes (art. 237, últ. Párr. , L.S); 2) para adoptar aquellas decisiones cuyo tratamiento no estaba incluido en el orden del día, en los términos del art. 246⁵⁸, inc 1º, de la L.S.); y 3) para los casos en que se resuelva la reconducción del

⁵⁴ Mascheroni, Fernando y Muguillo, Roberto. Régimen Jurídico del socio. Astrea. Bs., As., pág 36.

⁵⁵ Gagliardo, Mariano, ob., cit., pág 146.

⁵⁶ Art 243. Asamblea ordinaria. Quórum La constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria requiere la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto.

Segunda convocatoria. En la segunda convocatoria la asamblea se considerará constituida cualquiera sea el n° de esas acciones presentes.

Mayorías. “Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que pueden emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número”.

⁵⁷ Art 244 (ley 22.985): Asamblea extraordinaria. Quórum. “La asamblea extraordinaria se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen 60% de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exige quórum mayor.

Segunda convocatoria: En la segunda convocatoria, se requiere la presencia de accionistas que representen el 30% de las acciones con derecho a voto, salvo cuando el estatuto fije quórum mayor o menor”.

Mayorías. “Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que pueden emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número”.

Supuestos especiales: “Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero; del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se regirá por las normas sobre aumento de capital.

⁵⁸ Art 246 Orden del día: efectos. “Es nula toda decisión sobre materia extrañas a las incluidas en el orden del día, salvo:

1º) si estuviere presente la totalidad del capital y la decisión se adopte por unanimidad de las acciones con derecho a voto ;

2º) las excepciones que se autorizan expresamente en este título;

3º) la elección de los encargados de suscribir el acta.

contrato social con plazo de duración vencido, ya inscrita registralmente la designación del liquidador (art. 95, últ. Párr.⁵⁹).

La ley 19.550 en sus arts 243 y 244, prevé que la mayorías allí previstas para las asambleas de las S.A., se adoptarán (a diferencia de otros tipos societarios) por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, lo cual presupone, como requisito previo indispensable, la legitimidad en la emisión de ellos.

En consecuencia, la asamblea, como acto jurídico o negocio jurídico, debe reunir ciertos elementos, cuyos vicios, tienen trascendencia con relación al acto mismo, y pueden llegar a determinar su nulidad, por ejemplo el art. 251⁶⁰ de la L.S. establece legitimación activa para impugnar un acuerdo asambleario al accionista que ha votado favorablemente, cuando su voto es anulable por vicio de la voluntad, está presuponiendo que la emisión de ese voto debe carecer de los llamados vicios de la voluntad, es decir, que debe ser emitido con pleno discernimiento, intención y libertad, con ausencia de error, dolo o violencia.

También el legislador ha previsto una serie de supuestos en los cuales consagra incapacidades de derecho en cabeza de determinados accionistas que quieran adoptar ciertos acuerdos, en tutela, sobre todo del interés social.

Esas *incapacidades* están previstas en los arts, 241⁶¹ y 248⁶² de la L.S., conforme a los cuales los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión

⁵⁹ Art 95 L.S. (texto según ley 22.903. De la resolución parcial y de la disolución Prórroga: Requisitos. “La prórroga de la sociedad requiere acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario y lo dispuesto para las sociedades de acciones y las S.R.L.

La prórroga debe resolverse y la inscripción solicitarse antes del vencimiento del plazo de duración de la sociedad.

⁶⁰ Art. 251: Impugnación de la decisión asamblearia. Titulares. “Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad.

También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad contralor

⁶¹ Art 241 L.S. Inhabilitación para votar. “Los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales, no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión. Tampoco lo pueden hacer en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa”.

⁶² Art. 248 L.S. Accionista con interés contrario al social. “El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla.

Si contraviniese esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida.

ni en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa, estableciendo también que el accionista, o su representante, que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse de emitir su voto.

c) Las decisiones inspiradas en el interés social ponen límites al gobierno de las mayorías.

El interés social es algo distinto del interés individual de cada socio, por eso predomina la doctrina que considera al *interés social* como el común a todos los socios, así por ejemplo, Zaldívar⁶³ opina que “*es la conveniencia de la sociedad y de los socios en su conjunto, teniendo en mira el cumplimiento de los fines de la primera.*”

La ley de sociedades comerciales reconoce la diferencia entre el interés social y el de la mayoría o grupo dominante, como surge claramente el art. 54⁶⁴ de la L.S., que impone el resarcimiento de los daños causados a la sociedad por el uso desviado o indebido de la personalidad jurídica de aquella en beneficio del interés del socio o grupo de socios controlante de la sociedad. Puede agregarse, además, que la doctrina más reciente tiende a identificar el interés social con el interés de la empresa que es objeto de la sociedad respectiva⁶⁵.

En caso de conflicto entre el interés social y el de la mayoría, siempre deberá prevalecer el primero, porque es el tutelado por el ordenamiento jurídico societario.

Como bien señala De Gregorio⁶⁶, existe un límite genérico, consistente en la exigencia de que el poder de la asamblea sea ejercido en interés social, pues de lo contrario estaríamos frente a un acuerdo adoptado en “exceso o desviación de poder”.

El *interés social* puede ser definido como el fin perseguido por la sociedad según su objeto social⁶⁷, al cual debe subordinarse el interés de cada uno de los socios o accionistas, debido a que puede ser o no coincidente con aquél.

Por lo tanto deben conciliarse dos principios fundamentales para correcto funcionamiento de la asamblea de accionistas:

⁶³ Zaldívar, *Cuadernos de derecho societario*, volumen III, pág. 8

⁶⁴ Art 54 (texto según ley 22.903) L.S. De los socios en su relación con la sociedad. Dolo o culpa del socio o del controlante. “El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicar los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva”.

⁶⁵ Pailluseau, *Fundamentos del derecho de las sociedades*, RDCO, 1984-381 y siguientes, Mascheroni, F y Muguillo, R., ob., cit., pág 37

⁶⁶ De Gregorio. *De las sociedades y las asociaciones comerciales, en Vivante: Derecho Comercial*, tomo 6, Vol. I, pág 577, en Nissen, Ricardo. *Op. Cit*, pág 83

⁶⁷ Vanasco, Carlos: “*Revista de la inspección General de Justicia, 90 aniversario, pág. 50/51, n° 1.* en Nissen, Ricardo. *Op. Cit*, pág 83.

- 1) *el principio* mayoritario como criterio rector para adoptar los acuerdos sociales;
- 2) *el derecho de todos los socios o accionistas* de reivindicar para sí la defensa del interés social frente a acuerdos asamblearios que resulten violatorios de la ley o del estatuto o inspirados exclusivamente en interés extrasocietarios. En consecuencia para lograr ese equilibrio deberá considerarse la impugnación de aquellos acuerdos asamblearios contrarios o que lesionen los intereses de la sociedad.

13) Abuso del poder de la mayoría. Derecho comparado.

Suele suceder, que las mayorías acudan a una constante tendencia al abuso de un poder originariamente legítimo, pero viciado en la medida en que sea ejercido abusivamente.

El abuso de poder se inicia, de la identificación del interés del grupo mayoritario con el interés social y constituye, en definitiva, una categoría específica del abuso del derecho, caracterizado por el Cód. Civ. a través de las normas de los arts. 953⁶⁸, 954⁶⁹, 1198⁷⁰, entre otras.

Por ello, en caso de ejercicio abusivo del poder societario, deberá intentar solucionarlo atenuando el principio mayoritario, ya sea relativizándolo o bien suspendiéndolo.

En efecto, en caso de ejercicio abusivo del poder mayoritario se han concebido distintas doctrinas a saber: *la doctrina italiana* elaboró “la teoría del exceso de poder”, originaria del derecho público, para dar fundamento a la invalidez de las decisiones de los órganos sociales y especialmente de las asambleas de socios, cuando dichas decisiones fueron adoptadas por una mayoría lograda con votos viciados por coerción o manipulación de la voluntad, con el objetivo de imponer el interés del grupo dominante en perjuicio del interés social.

⁶⁸ Art 953 Código Civil de la República Argentina: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

⁶⁹ Art 954 Código Civil de la República Argentina: “Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de la partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

⁷⁰ Art 1198 Código Civil de la República Argentina “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

En Francia se ha elaborado, “la teoría del abuso de derecho y desviación de poder”. La Corte de Casación ha sostenido que si la mayoría de una asamblea societaria puede, dadas ciertas condiciones, imponer decisiones a la minoría, es sólo porque se presume que tales decisiones persiguen o se ajustan al interés social, pero si llegara a demostrarse que están inspiradas en la intención de dañar o perjudicar a la minoría, ellas constituirían un verdadero abuso de derecho⁷¹.

En la ley española de S.A. (1952) art. 67, encontramos el que contempla la impugnación de los acuerdos o decisiones asamblearias cuando son contrarios a la ley, estatutos o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.

En el derecho inglés encontramos la figura del *fraud on minority*, merced a cuya aplicación puede instarse la anulación de las decisiones asamblearias cuando importan un abuso de la mayoría.

Tanto en Suiza como en Francia, el legislador admite, en casos extremos, la disolución de la S.A. por justa causa o justos motivos. Ello se da cuando los accionistas, agotados los resortes o soluciones legales y estatutarias sin tener éxito, se ven en la necesidad de protegerse contra los abusos de la mayoría y concretamente contra los administradores cuya conducta resulta lesiva del interés social.

La doctrina y jurisprudencia de EEUU, ofrecen una demostración amplia y variada de la metodología en la lucha contra los abusos mayoritarios en la vida societaria⁷².

En algunos de los Estados (Carolina de Sur, Nueva Jersey, Connecticut, Montana y Michigan) los remedios legales son similares a los ya mencionados. En otros, la ley autoriza a los *accionistas minoritarios* a pedir la disolución de la sociedad a causa de actos ilegales, abusivos u opresivos e la mayoría.

Las leyes de California, Virginia occidental y Nueva York, con un criterio de conservación de la empresa y ante la promoción de un juicio de disolución por abuso de poder, permiten que accionistas representativos de un 50% (como mínimo) del capital en circulación, eviten la liquidación de la sociedad adquiriendo las tenencias del o de los actores a su justo precio, determinado por el tribunal a falta de acuerdo sobre aquél⁷³.

Salvo el Estado de Virginia occidental, los restantes han legislado sobre el derecho de receso como un instrumento defensivo de *las minorías*.

14) Abuso de las minorías. El equilibrio necesario entre los principios opuestos.

Debe tenerse en cuenta también la otra cara del problema: el abuso del derecho ejercido por la o las minorías societarias y su incidencia en la actividad social.

Mascheroni⁷⁴ entiende que *este tipo de minoría manifiesta el abuso mediante una conducta de obstrucción sistemática, de bloqueo. Se actúa como “una máquina de impedir”, aprovechándose a tal fin todos los resortes normativos instrumentados por la ley para la defensa y protección de la condición minoritaria.*

⁷¹ Fallo de Cass., Comm., 6/2/1957, “Revue des Sociétés”, 1958-29, en Mascheroni, F y Muguillo, R., ob., cit., pág 38

⁷² Garber, “El cesarismo de las mayorías”, en “Conflictos societarios”, tomo 1, pág. 36 y ss, en Mascheroni, F y Muguillo, R., ob., cit., pág 39

⁷³ Folk., *Corporation statutes: 1959-1966*, “Duke Law Journal”, 1966-875, en Mascheroni, F y Muguillo, R., ob., cit., pág 39.

⁷⁴ Mascheroni, F y Muguillo, R., ob., cit., pág 41.

Cuando se produce el conflicto, debe primar el interés social, solución indudable si se atiende al bien jurídicamente protegido en última instancia que es la preservación y desarrollo de la empresa, como fuente de producción, trabajo y recursos fiscales.

Los socios circunstancialmente minoritarios suelen acudir a varios procedimientos de hostigamiento, bloqueo o entorpecimiento de la actividad societaria, orientados en común a la obtención de una posición interna, a la valorización económica de sus participaciones sociales con vistas a su negociación y, a veces, al solo efecto de perjudicar o molestar a la mayoría, como vehículo de resentimiento o disputas familiares. Entre tales procedimientos, se pueden citar:

- a) no aprobación de estados contables, cuando su voto es necesario a tal fin;
- b) abusar del derecho de información, requiriendo constantes pedidos de informes casuísticos. Cuando funciona un órgano de fiscalización interno (síndico) acosan a dicho funcionario, buscando atemorizarlo con amenazas encubiertas;
- c) impedimento u obstaculización de las modificaciones contractuales o estatutarias propuestas por la administración social mediante el voto negativo o la abstención en la asamblea que debe tratarla. Esta obstrucción se torna más grave en los casos de aumento de capital social, cuando éstos son necesarios para el desarrollo de la empresa;
- d) Promoción de acciones judiciales y administrativas tendientes a crear un clima hostil entre los administradores y la mayoría que los sustenta. El objetivo inmediato es la obtención de medidas cautelares que paralicen la actividad social, invocando para ello supuestas intenciones de la mayoría (por ejemplo licuación de la participación social de los quejosos).

Las acciones utilizadas habitualmente son las de intervención judicial y de impugnación de decisiones asamblearias (art. 251 de la L.S.).

Por lo tanto, en todos los ejemplos mencionados, los mecanismos de protección han sido utilizados por la minoría en forma antifuncional, actuando en forma contraproducente como una verdadera “minoría de obstrucción”

El uso de un derecho de manera contraria a su finalidad o función constituye el abuso de ese derecho (art. 1071⁷⁵, Cód. Civ.) cuando el sector minoritario utiliza tales procedimientos.

El socio minoritario podrá concretar tal abuso ya sea a través del voto cuando lo habilite a bloquear u obstaculizar decisiones mayoritarias, o incluso mediante el ejercicio de acciones judiciales a título personal, como la establecida por el art. 279⁷⁶ de la L.S.

15) Pautas para resolver los intrincados problemas señalados

- a) Debe aplicarse el principio establecido por el art. 1071 del Cód. Civ., según el cual La ley no ampara el *ejercicio abusivo de los derechos*.

⁷⁵ Art. 1071 Código Civil de la República Argentina. De los actos ilícitos. “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

⁷⁶ Art. 279 L.S. Acción individual de responsabilidad. “Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores”.

b) También es necesario tener en cuenta el orden de prelación superior del principio del *interés social* frente al interés individual de cada uno de los socios. Es decir, si cualquiera de los socios, o un sector de ellos, ejerce sus derechos sin sujeción a la finalidad de éstos, o a la moral y buenas costumbres, o al interés social, incurre en abuso de su derecho subjetivo como socio, ya sea perteneciendo a la mayoría interna de la sociedad o a una de las minorías.

C) Debe encontrarse un adecuado equilibrio entre ambos principios, como premisa ineludible para el funcionamiento normal de la sociedad, es decir, impedir no sólo el abuso de las mayorías, sino también el correlativo de los sectores minoritarios, a través del establecimiento de límites precisos para unas y otros, en función del interés social. A modo de ej podemos decir que modificaciones en la ley 19.550 como la que surge del art. 284⁷⁷, por el cual se faculta a las sociedades por acciones para prescindir de la sindicatura, no contribuyen en absoluto a limitar con claridad la cuestión conflictiva que se está analizando.

En efecto, como bien sostiene Mascheroni⁷⁸ *la ausencia del órgano fiscalizador y la consecuente extensión en la aplicación del derecho de fiscalización directa de los socios (art. 55⁷⁹, de la L.S.), abren el camino para eventuales abusos de las minorías en el ejercicio de ese derecho.*

16) Cuadro legal de los medios de protección:

⁷⁷ Art. 284 (texto según ley 22.903). Designación de síndicos. “Está a cargo de uno o más síndicos designados por la asamblea de accionistas. Se elegirá igual número de síndicos suplentes. Cuando la sociedad estuviere comprendida en el art. 299 la sindicatura debe ser colegiada, excepto el inc. 2 (tendrán fiscalización estatal permanente aquellas que tengan capital social superior a \$210.000), la sindicatura debe ser colegiada en n° impar.

Prescindencia: “Las sociedades que no estén comprendidas en ninguno de los supuestos a que se refiere el art. 299, podrán prescindir de la sindicatura cuando así esté previsto en el estatuto. En tal caso los socios poseen el derecho de contralor que confiere el art. 55. Cuando por aumento de capital resultare excedido el monto indicado, la asamblea que así lo resolviera debe designar síndico, sin que sea necesaria reforma de estatuto”.

⁷⁸ Mascheroni, Fernando H., *Sociedades Anónimas*, pág. 287

⁷⁹ Art. 55 L.S. (texto según ley 22.903) Contralor individual de los socios. “Los socios pueden examinar los libros y papeles sociales, y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes.

Exclusiones:”Salvo pacto en contrario, el contralor individual de los socios no puede ser ejercido en las S.R.L. incluidas en el 2° párr. del art. 158.

Tampoco corresponde a los socios de sociedades por acciones, salvo el supuesto del último párr. del art. 284.

Art 158: De la S.R.L. De los órganos sociales. Fiscalización optativa. Puede establecerse un órgano de fiscalización, sindicatura o consejo de vigilancia, que se regirá por las disposiciones del contrato.

Fiscalización obligatoria. “La sindicatura o el consejo de vigilancia son obligatorias en la sociedad cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc 2.

Una de las preocupaciones de nuestros legisladores, es establecer el necesario y delicado equilibrio entre el principio mayoritario (medio técnico de expresión de la voluntad social) y la protección de los intereses de los socios minoritarios.

Es por ello, que han debido partir de una premisa evidente: la situación de relativa debilidad o desprotección del socio minoritario se acentúa en los tipos societarios de estructura más compleja, vale decir, en las sociedades de capital, fenómeno que adquiere mayor gravitación en nuestro medio por la índole cerrada de las S.A. y la virtual inexistencia de un mercado bursátil en el área de las “pymes”, que permitiría la negociación más fácil de los paquetes accionarios ajenos al control de aquéllas.

En consecuencia, es necesaria la implementación de los medios defensivos para que atienda preferentemente a la situación del accionista minoritario, cuya participación en la administración social y en la conducción empresaria es nula, a diferencia de los socios colectivos, los comanditados y los de una S.R.L., tipos societarios en los cuales, por naturaleza, la coparticipación personalizada del socio es mayor.

Problemática: la disparidad en el tratamiento de uno y otro supuesto se manifiesta claramente en el art. 55 de la L.S., que al consagrar el derecho de información, común a todos los socios, distingue en lo referente a su ejercicio, que será directo en las sociedades carentes de un órgano fiscalizador interno, e indirecto cuando dicho órgano se encuentre estructurado vía estatuto.

Precisamente, la existencia y funcionamiento del órgano fiscalizador interno constituye, una de las mayores garantías de protección de los intereses minoritarios, *sobre todo teniendo en cuenta la infortunada reforma al art. 284 de la ley 19.550, que contempla la prescindencia de la sindicatura*⁸⁰.

Reconocida la importancia de la fiscalización interna y externa y su real eficacia en nuestro medio, se puede afirmar que, *el instrumento de control por excelencia de todos los tipos societarios es indudablemente la normativa sobre estados contables*, por ser éstos el medio más idóneo para conocer la situación económico-financiera de una sociedad y el resultado de la gestión empresaria, balance y estado de resultados constituyen o debieran constituir, una verdadera rendición de cuentas de los administradores a los socios.

Nuestra ley societaria contiene disposiciones cuidadosas acerca de la contabilidad social, del acceso de los socios a su conocimiento, de su control técnico-legal y de su consideración por el órgano deliberativo (arts. 61 a 72, 159, 224⁸¹, 234, inc. 1 y cons. ley 19.550). Sin embargo es primordial, a los fines de los

⁸⁰ Mascheroni, Fernando H. Sociedades Anónimas , pág 284

⁸¹ Art 224 L.S Distribución de dividendo. Pago de interés. “La distribución de dividendos o el pago de interés a los accionistas son lícitos sólo si resultan de ganancias realizada y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado.

socios ajenos a la administración, llamar la atención sobre el art. 72 de la L.S., reformado por la ley 22.903, según el cual “*la aprobación de los estados contables no implica la de la gestión de los directores, administradores, gerentes, miembros del consejo de vigilancia o síndicos, hayan o no votado en la respectiva decisión, ni importa la liberación de responsabilidades.*”.

Debe ser concordada esta saludable norma, a modo de contrapeso, con la del **art. 241**(L.S. Inhabilitación para votar. “*Los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales, no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión. Tampoco lo pueden hacer en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa*”), favoreciendo de esta manera, los abusos de las minorías obstructoras y, con ello, maniobras de extorsión en perjuicio de la sociedad.

Esta corrección legal concurre a resguardar el equilibrio entre el principio mayoritario (medio técnico de expresión de la voluntad social) y la protección de los intereses de los socios minoritarios, evitando así una forma habitual de abuso de intereses minoritarios, en este caso ajenos totalmente al interés social.

También deben ser consideradas, las disposiciones antedichas, en concordancia y complementación con la del art. 69 de la L.S., que con carácter de orden público establece el carácter de irrenunciable del derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables y a la adopción de cualquier resolución a su respecto, declarando nula toda convención en contrario (en caso de aplicarse esta norma, sería nula toda cláusula incluida en un convenio de sindicación de acciones, aunque estos acuerdos sean parasocietarios).

Siguiendo con el cuadro o esquema legal de protección del socio comprende, asimismo las siguientes normas:

- a) normas sobre estipulaciones nulas en el contrato social (art. 13⁸² de la L.S.) cuando éstas favorecen a uno o más socios en evidente perjuicio de los restantes;
- b) sobre publicidad de los actos societarios (arts. 10, 14, 77, 83, 88, 194, 237, etc.);
- c) sobre régimen de aportes (arts. 37 a 53);
- d) sobre regulación del funcionamiento de la asamblea y directorio (arts. 233 a 250 y 255 a 269);
- e) sobre inhabilidades e incompatibilidades de directores, síndicos y consejeros de vigilancia (arts. 239, 241, 264, 280 y 286);
- f) sobre sistemas excepcionales para la elección de directores, sea por clases o categorías de acciones (art. 262⁸³) o por acumulación de votos (art. 263⁸⁴);

⁸² **Art. 13 L.S. Estipulaciones nulas.** “Son nulas las estipulaciones siguientes:

- 1º) que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir a las pérdidas;
- 2º) que al socio o socios capitalistas se les restituyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias;
- 3º) que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales;
- 4º) que la totalidad de las ganancias y aun de las prestaciones a la sociedad, pertenezcan al socio o socios sobrevivientes;
- 5º) que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.

g) sobre restricciones a la capacidad de contratación entre los directores y la sociedad administrada (arts. 271 a 273).

Todo ello, sin olvidar la acción judicial de impugnación de las decisiones asamblearias (art. 251 de la L.S.).

Accionistas participantes en las asambleas y reuniones de socios.

17) Participantes.

Los tenedores de acciones ordinarias son los partícipes por excelencia de las asambleas, ejerciendo en su plenitud los derechos inherentes a su calidad de socios. Debemos resaltar las siguientes situaciones en relación al ejercicio de la calidad de tal.

a) Suscriptores morosos: conforme con el art 192⁸⁵ L.S. quedan automáticamente suspendidos en el ejercicio de los derechos.

b) Cesionario de acciones nominativas. Sólo podrán participar de la asamblea una vez anotada la cesión en el libro de registro de acciones (art 215⁸⁶ L.S.), en concordancia con el art 2º, párr 1º y 2º⁸⁷ de la ley 24587 de nominatividad de los títulos valores privados.

c) Tenedores de acciones al portador: El derecho a participar de las asambleas se adquirirá con el depósito previo de sus acciones, o de un certificado de depósito expedido por un banco o “institución autorizada”; actualmente con la sanción de la ley

⁸³ Art. 262. De la administración y representación. Elección por categoría. “Cuando existan diversas clases de acciones el estatuto puede prever que cada una de ellas elija uno o más directores, a cuyo efecto reglamentará la elección.

Remoción: “La remoción se hará por la asamblea de accionistas de la clase, salvo los casos de los arts. 264 y 276.

⁸⁴ Art 263 (texto según ley 22.903). Elección por acumulación de votos.” Los accionistas tienen derecho a elegir hasta un tercio de las vacantes a llenar en el directorio por el sistema de voto acumulativo.

El estatuto no puede derogar este derecho, ni reglamentarlo de manera que dificulte su ejercicio; pero se excluye en el supuesto previsto en el art. 262.

El directorio no podrá renovarse en forma parcial o escalonada, si de tal manera se impide el ejercicio del voto acumulativo”

⁸⁵ Art 192 L.S. Del capital. Mora: ejercicio de los derechos. “La mora en la integración se produce conforme al art 37 y suspende automáticamente el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones en mora.

⁸⁶ Art 215 LS. De las acciones. Acciones nominativas y escriturales. Transmisión. “La transmisión de las acciones nominativas y escriturales y de los derechos reales que las gravan debe notificarse por escrito a la sociedad emisora o entidad que lleve el registro e inscribirse en el libro o cuenta pertinente. Surte efecto contra la sociedad y los terceros desde su inscripción.

⁸⁷ Art 2 Ley 24587 de nominatividad de los títulos valores privados: “La transmisión de los títulos valores privados (nominativos no endosables y acciones escriturales) y los derechos reales que recaigan sobre los mismos deben constar en el título, si existe, inscribirse en el registro que debe llevarse a esos fines y notificarse al emisor.

Los actos referidos sólo producen efectos entre el emisor y terceros desde la fecha de la inscripción.

24.587, el art 1º⁸⁸, dispone que todo título al portador deberá ser convertido en título nominativo no endosable. En consecuencia, todo título al portador que no hubiere sido presentado para su conversión, dentro del plazo fijado por la norma, no posibilitará el ejercicio de ningún derecho (art 7º, ley 24.587⁸⁹).

d) Titulares de acciones escriturales: podrán participar de la asamblea los accionistas a cuyo nombre se hayan abierto las cuentitas respectivas en el registro especial que debe llevar la sociedad, un banco comercial o de inversión o una caja de valores y efectúen la notificación del caso (art 238 ⁹⁰L.S.)

e) Tenedores de acciones preferidas: la L.S. prevé en su art 217 que las acciones con preferencia patrimonial pueden carecer de voto. No es una disposición forzosa, la carencia de derechos políticos en las acciones preferidas, pues el estatuto social puede establecer lo contrario, en cuyo caso cada acción preferida conferirá solamente derecho a un voto, en virtud del art 216⁹¹ de la LS. Lo dicho se refiere al derecho de votar, pero

⁸⁸ Art 1º Ley 24587 de nominatividad de los títulos valores privados: “Los títulos valores privados emitidos en el país y los certificados provisionales que los representen deben ser nominativos no endosables. También podrán emitirse acciones escriturales conforme a las prescripciones de las Ley de Sociedades Comerciales nº 19.55 y sus modificaciones. .

⁸⁹ Art 7 Ley 24587 de nominatividad de los títulos valores privados. Conversión. “Los títulos valores privados que no hayan sido presentados para su conversión no podrán transmitirse, gravarse ni posibilitarán ejercer derechos inherentes a los mismos”.

⁹⁰ Art 238 (Texto según Ley 22.903). Depósito de las acciones. “Para asistir a las asambleas, los accionistas deben depositar en la sociedad sus acciones o certificado de depósito o constancia de las cuentas de acciones escriturales, librado al respecto por un banco, caja de valores u otra institución autorizada, para su registro en el libro de asistencia a las asambleas, con no menos de 3 días hábiles de anticipación al de la fecha fijada. La sociedad les entregará los comprobantes necesarios de recibo, que servirán para la admisión a la asamblea.

⁹¹ Art 216 L.S. Acciones ordinarias: derecho de voto. Incompatibilidades: “Cada acción ordinaria da derecho a un voto. El estatuto puede crear clases que reconozcan hasta 5 votos por acción ordinaria. El privilegio en el voto es incompatible con preferencias patrimoniales. No pueden emitirse acciones de voto privilegiado después que la sociedad haya sido autorizada a hacer oferta pública de sus acciones”.

⁹¹ Art. 217 L.S. Acciones preferidas: derecho de voto: “Las acciones con preferencia patrimonial pueden carecer de voto, excepto para las materias incluidas en el cuarto párr. del art 244*, sin perjuicio de su derecho de asistir a las asambleas con voz.

Tendrán derecho de voto durante el tiempo en que se encuentren en mora en recibir los beneficios que constituyen su preferencia.

También lo tendrán si cotizaren en bolsa y se suspendiere o retirase dicha cotización por cualquier causa, mientras subsista esta situación”.

* (4to párr.) Art 244 (texto según ley 22.985): Asamblea extraordinaria. Quórum.

Supuestos especiales: “Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero; del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se regirá por las normas sobre aumento de capital.

es indiscutible, en cambio, el no poder participar en las deliberaciones de las asambleas, salvo el caso del art 192 L.S.

En caso de no reconocer el estatuto derecho de voto a las acciones preferidas, sus tenedores podrán, no obstante, participar de las deliberaciones de las asambleas, tanto ordinarias como extraordinarias, en los siguientes casos, con derecho a voto:

- 1) Al tratarse las materias incluidas en el párr 4º del art 244 conforme art 217 L.S.;
- 2) Tendrán derecho de voto durante el tiempo en que la sociedad incurra en mora en el pago de beneficios que constituyen su preferencia;
- 3) En caso de ser suspendida o retirada dicha cotización, sin distinción de causa y mientras subsista tal situación, también podrá votar.

f) Directores, síndicos y gerentes. El art 240 L.S dispone que “los directores, los síndicos y los gerentes generales tienen derecho y obligación de asistir con voz a todas las asambleas”. Si, a la vez son accionistas, participarán con voz y voto, con las restricciones del art 241 de la L.S.

Capítulo IV

El conflicto societario en la República Argentina.

18) Introducción

*Nuestros tribunales comerciales dictan a diario en materia societaria, en especial en supuestos de **intervención judicial y nulidad de decisiones asamblearias**, enorme cantidad de jurisprudencia que nos obligan a reflexionar sobre los motivos por los cuales existe semejante grado de conflictividad en el seno de las sociedades mercantiles y sobre todo, en la necesidad de reformular alguna de las soluciones previstas por la ley 19.550, que, aun en forma indirecta, alientan la existencia de litigios intrasocietarios. El estado económico caótico que presentan las pequeñas y medianas industrias, alientan muchas veces al socio o accionista que durante varios ejercicios no obtiene utilidades, a promover todo tipo de demandas a los fines de forzar la venta de su participación accionaria al grupo de control. Un simple análisis de la realidad nos demuestra que **las causas** que conducen al conflicto societario son varias y de diferente naturaleza, a saber:*

Causales del conflicto societario.

19) Defectos de la ley 19550: Uso distorsionado del tipo societario S.A.

La realidad argentina viene demostrando, desde hace muchos años, que la S.A. no es el modelo organizativo para los grandes emprendimientos, tal como fue la intención del legislador de 1972, sino que cualquier actividad, sin importar la magnitud o naturaleza, mercantil o no, con excepción de las actividades profesionales, se lleva a cabo bajo el molde de este tipo societario.

Hoy en día se busca como prioridad absoluta y excluyente, limitar la responsabilidad por el riesgo empresario a cualquier precio y de cualquier forma, razón por la cual han proliferado las sociedades extranjeras falsas, que aún ofrecen preservar el anonimato para los titulares de sus paquetes accionarios y con las cuales se pretendió superar la nominatividad accionaria que la ley 24587 estableció de manera obligatoria para todas las sociedades por acciones, y que constituyó una de las medidas más eficaces adoptadas en los últimos años para evitar el fraude societario.

Una de las razones por la cual las sociedades anónimas se constituyen para cualquier actividad es la responsabilidad de nuestro ordenamiento jurídico que sólo prevé como capital mínimo para este tipo societario la suma irrisoria de \$12.000. En consecuencia, de esta manera se desvirtúa la función de garantía que el capital social debe ofrecer a los terceros, que ha sido lamentablemente olvidada como consecuencia de determinadas doctrinas que, ignoran esa función de garantía y confunden de manera inadmisibile el capital con el patrimonio de la sociedad y lo tratan como si fuera una mera cuenta de los estados contables.

Las S.R.L., que constituyen el molde ideal para la *pequeña y mediana empresa*, nunca han respondido a las expectativas puestas por el legislador, a pesar de que, en materia de responsabilidad de los socios, el régimen legal es casi idéntico al de la S.A. y, en cuanto a su funcionamiento, mucho más flexible y menos oneroso.

a) Reforma a la Ley de Sociedades. Necesaria separación entre S.A. abiertas y cerradas.

Diversidad de Sociedades Anónimas con un único tratamiento legislativo.

Nuestro ordenamiento legislativo en materia de sociedades comerciales, confunde o trata de igual manera estos dos tipos de sociedades, las cuales son muy distintas.

En la sociedad de familia, por lo general, ningún extraño interviene en la gestión y administración social, y que es cerrada totalmente cerrada, a través de restricciones en la transmisión de sus participaciones, y que es conducida por sus mismos socios o accionistas; es por ello que nada tiene que ver con la S.A. abierta o que cotiza en bolsa, en la que se aúnan capitales, con afán de lucro, para lograr una actividad, que necesita de una buena gerencia o gestión social.

Se diferencian de las sociedades personales porque en éstas lo importante es la persona y no la inversión.

En la S.A. abierta, la solución con respecto a la transmisibilidad de acciones es mucho más sencilla, ya que a través de la Comisión Nacional de Valores y del mismo mercado, los socios pueden salir o retirarse la titularidad accionaria

En cambio, en las sociedades cerradas, es donde encontramos con mayor claridad el problema, debido a que es muy difícil vender el paquete accionario, si no se tiene el control social, porque queda atado a las decisiones que el controlante o la mayoría tome, con la única escasa defensa de ejercer el derecho de receso, incorporado de nuestra L.S. a través de los arts 245, 78⁹², 79⁹³ y 85.

b) Conclusión/ solución: de lo dicho, se espera:

A) La sustancial elevación del capital social mínimo para la S.A.,

B) También debería reservarse el tipo societario S.A. para las grandes empresas, y en consecuencia se elevaría el nº de constitución de *S.R.L o S.A. "cerradas"*, quedando así el tipo societario S.A. reservado para las *grandes empresas*, como es lógico y natural;

C) Separar legislativamente las S.A. abiertas de las cerradas, incluyendo a las últimas dentro de las sociedades personalistas o S.R.L.

20) 2do defecto de la L.S. como causal del conflicto:

Intervención judicial⁹⁴. (Arts 113⁹⁵ A 117 L.S.)

⁹² **Art 78 L.S. De la transformación. Receso.** “En los supuestos en que no se exija unanimidad, los socios que han votado en contra y los ausentes tiene derecho de receso, sin que éste afecte su responsabilidad hacia los terceros por las obligaciones contraídas hasta que la transformación se inscriba en el Registro Público de Comercio.

La sociedad, los socios con responsabilidad limitada y los administradores garantizan solidaria e ilimitadamente a los socios recedentes por las obligaciones sociales contraídas desde el ejercicio del receso hasta si inscripción

⁹³ **Art 79 L.S. Preferencia de los socios.** “La transformación no afecta las preferencias de los socios, salvo pacto en contrario”.

⁹⁴ **Concepto:** El pedido de intervención judicial *es una medida cautelar o precautoria, de tutela de sus derechos y, especialmente, de protección de la subsistencia de la sociedad, en Villegas, Carlos, Derecho de las sociedades comerciales, pág 172*

⁹⁵ **Art 113. De la intervención judicial.** Procedencia. “Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave, procederá la *intervención judicial*

a) Introducción.

Existen dos posiciones doctrinarias opuestas en cuanto a la utilización de este instituto. La primera sostiene (con carácter restrictivo para el otorgamiento de la intervención judicial) que ella es una **medida cautelar** cuyo uso abusivo puede llegar a lograr que una empresa funcione normalmente deje de hacerlo, al desplazar a su órgano de gobierno, por ello debe concederse con carácter restrictivo como lo establece la ley expresamente (art 114 L.S).

Para este sector de la doctrina, es probable que el instituto de la intervención judicial sea una protección para las minorías, pero en la realidad o práctica éstas en muchas ocasiones la usan para negociar sus mejoras o su alejamiento de la sociedad.

Según Junyent Bas⁹⁶, el interés social “es el interés del sujeto de derecho sociedad donde convergen el desarrollo o cumplimiento del objeto social y la obtención de utilidades para los socios, pero que implica también la **prosperidad de la empresa**”.

Otro sector doctrinario sostiene que existe una insuficiente respuesta del poder judicial ante el conflicto societario, de tal manera que los jueces resuelven de manera permanente lo siguiente:

1º) No conceder o denegar en forma sistemática las medidas cautelares societarias (intervención judicial y suspensión provisoria de decisiones asamblearias) con habitual recurrencia al criterio restrictivo o mediante el empleo de meras frases dogmáticas.

2º) Exigen infinitos requisitos de admisibilidad a las llamadas “acciones sociales”, que el mismo ordenamiento societario no requiere.

b) Carácter restrictivo de la intervención

La intervención judicial debe ser considerada como una medida cautelar de excepción, por tanto debe ser valuada con restrictivo, por la posibilidad de causar un daño aún mayor que el que se quiere evitar.

Una extensa intervención judicial causa perjuicios en la subsistencia de la empresa, por lo tanto debe encontrarse una solución más rápida y efectiva.

como medida cautelar con los recaudos establecidos en esta sección, sin perjuicio de aplicar las normas específicas para los distintos tipos de sociedad.

Art. 114. Requisitos y prueba. “El peticionante acreditará su condición de socio, la existencia del peligro y su gravedad, que agotó los recursos acordados por el contrato social y se promovió acción de remoción”.

Criterio restrictivo. “El juez apreciará la procedencia de la intervención con criterio restrictivo”.

⁹⁶ Junyent Bas, Francisco: Responsabilidad de los administradores societarios, Córdoba, 1996, pág 131, citado por Ton Walter. *Se debe regular la desvinculación del socio minoritario de la sociedad cerrada*, en Conflictos en sociedades cerradas y de familia, Ad hoc Bs. As. 2004, Pág 120.

Es la misma Exposición de Motivos de la ley 19.550 que advierte: “La importancia de esta medida y la consecuencia que frecuentemente produce, imponen que su procedencia deba ser apreciada con criterio restrictivo por el juez”.

La jurisprudencia ha sostenido que la intervención en la administración de una S.A. debe ser considerada con criterio restrictivo, habida cuenta de que las cuestiones suscitadas de resultas de invocadas irregularidades deben ser sometidas a la decisión de sus órganos naturales, conforme lo previsto por la ley y los estatutos⁹⁷

La intervención judicial no puede importar una injustificada intromisión o interferencia en los negocios de la sociedad, a fin de no provocar un daño mayor que el que se quiere evitar⁹⁸.

En principio, los problemas entre los socios deben ser resueltos dentro de la misma sociedad, con la intervención de sus respectivos órganos.

Según el tipo societario de que se trate, el socio disconforme debe requerir la actuación de todos los demás socios (en caso de la sociedades personales o S.R.L. común); o bien del síndico en las S.A. o de responsabilidad limitada especial.

Después de agotar esa vía, recién se considera legítimo que el socio recurra a la vía judicial a plantear sus problemas o quejas contra la sociedad o sus órganos.

Cuando un socio o un grupo de socios cuestionan al órgano de administración de la sociedad (gerencia o directorio), también debe, en primer lugar, agotar la vía societaria, recurriendo a la reunión de socios, al síndico y, por último a la asamblea.

En caso de no ser escuchado, entonces le queda abierta la posibilidad de recurrir a la vía judicial solicitando la remoción del o los administradores sociales.

La intervención judicial, suspende y altera el equilibrio contractual originario por vía de la intromisión del poder jurisdiccional, puesto que invade su dirección y manejo, cuando determinadas circunstancias excepcionales se dan en el caso⁹⁹.

Es decir aquella desplaza al órgano natural y legítimo del manejo de la operatoria societario.

En muchas ocasiones este socio disconforme, sin manejo de la voluntad social, no tiene nada que perder al ofrecer esa garantía, y en muchas ocasiones no alcanza para satisfacer los perjuicios cuantiosos que pudiera ocasionar.

⁹⁷ Cám. Nac. Com, Sala A, “Otero de Zapico, Alicia c/Zapico, Carlos A., ED, 97-811, citado por Ton , Walter, ob., cit., pág 124

⁹⁸ Cám. Nac. Apelaciones en lo Comercial, Sal C en Farengo Pablo c/ Química S.A. s/ Medidas cautelares. Banco Galicia y Bs. As. s/ Medida precautoria

⁹⁹ Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 268.

A modo de ejemplo podemos citar un caso en el se hizo la intervención judicial en una empresa que funcionaba con normalidad, y luego de dicha intervención terminó en un proceso de liquidación, en una quiebra.

c) Socio minoritario. Divergencias con los socios mayoritarios. La fuerte o mayor personalización del socio (intuito personae) genera tensiones internas cuando uno de ellos domina el paquete accionario mayoritario, o un grupo de socios así lo hace. Los conflictos derivados de tal situación afectan la estructura interna de la sociedad, cuya actividad social puede veces obstruida o entorpecida a causa del conflicto. Es por ello, que entran a jugar los abusos de las mayorías y, a veces los abusos de las minorías que, con el pretexto de la afectación del interés social, pretenden obtener medidas como la de **intervención judicial** a fin de presionar hacia la obtención de una valorización o transferencia de su porción accionaria.

De allí que no sólo la ley trata de **forma estricta** en cuanto a los recaudos y aplicación de la medida cautelar de intervención judicial (arts 113 y 114 L.S.).

Por ello, para una parte de la doctrina (entre ella se tiene en cuenta la opinión de Mascheroni¹⁰⁰) “la circunstancia de hallarse los socios en situación de minoría para la adopción de acuerdos sociales, no constituye *per se* fundamento suficiente para realizar esta medida cautelar, pues el mero desacuerdo con las mayorías no significa que tales decisiones sean perjudiciales para la sociedad. Así la jurisprudencia ha resuelto que *las divergencias entre los socios o grupo de accionistas, aun cuando se refieran a aspectos patrimoniales de la sociedad, no autorizan a decretar la intervención judicial de la sociedad si no se verifican las circunstancias de grave peligro o peligro inminente a que aluden los arts 113 y 114 L.S.*¹⁰¹.”

d) División en la doctrina

Este sector doctrinario sostiene que la ley 19550 legisla solamente de manera excepcional sobre medidas cautelares (arts. 91, 113 a 117, 252 y 346), porque ello es materia propia de los códigos procesales.

La jurisprudencia de los tribunales comerciales argentinos ha restringido los alcances de la medida precautoria prevista en el art. 91 de la L.S. (suspensión provisoria de los derechos del socio, como accesoria y cautelar de la acción de exclusión del socio), al

¹⁰⁰ Ver páginas 56 y 57 de este trabajo final, dice ahí lo contrario.

¹⁰¹ Cám. Nac. Com., Sala E, 22/2/88, “Doctrinas Judicial”, 1989-I339, n° 3486, en Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 280.

declararla improcedente cuando la referida acción es iniciada por un socio y no por la sociedad, distinción que la ley 19.550 no efectúa y que sólo se explica por la comprobada e inexplicable reticencia¹⁰² de nuestros jueces comerciales al dictado de medidas cautelares societarias.

Agregan que la ley 19550 ha definido como “controlantes”¹⁰³ a aquellos que disponen del patrimonio y de la marcha de los negocios de la sociedad en forma absolutamente unilateral, desconociendo o ignorando totalmente los derechos que la ley de Sociedades Comerciales reconoce a los accionistas minoritarios.

La ley 19550 fue muy celosa en resguardar y reglamentar los derechos de todos los socios, favoreciendo esta normativa a las minorías como por ejemplo lo establecido en el art 263 L.S, que reglamenta un procedimiento para facilitar el acceso de los accionistas no controlantes al directorio de la sociedad, los arts. 280¹⁰⁴ y 289¹⁰⁵ que extienden a la integración del órgano de fiscalización.

La intención del legislador ha sido la de garantizar el ejercicio de los derechos esenciales del socio por todos los integrantes de la sociedad a tal punto que ha establecido legalmente la nulidad de cualquier cláusula o decisión asamblearia que pretenda suprimirlos o enervarlos (arts 69, 194, 245, 263, etc.)

Sin embargo la práctica societaria revela un total desprecio del grupo controlante hacia los accionistas minoritarios, a quienes califican de “abusadores” , cuando pretenden ejercer tales derechos y de “extorsionadores” cuando promueven acciones judiciales en defensa de su ejercicio.

Por ello, esta postura doctrinaria, considera que la jurisprudencia debería dictar fallos ejemplificadores para evitar la utilización de mecanismos y privilegios societarios en supuestos donde aquel grupo se aprovecha de la estructura de la sociedad para obtener

¹⁰² Reticencia: decir una cosa sólo en parte o de decirlo de manera indirecta y con malicia.

¹⁰³ Art 33 L.S. Sociedades controladas: se consideran *sociedades controladas* aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:

1) posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;
2) ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre sociedades.

¹⁰⁴ Art. 280 (texto según ley 22.903) Del Consejo de vigilancia. Reglamentación: “el estatuto podrá organizar un consejo de vigilancia, integrado por 3 a 15 accionistas designados por la asamblea conforme a los arts 262 o 263, reelegibles y libremente revocables. Cuando el estatuto prevea el consejo de vigilancia, los arts 262 y 263 no se aplicarán en la elección de directores si éstos deben ser elegidos por aquél.

¹⁰⁵ Art 289 L.S. De la fiscalización privada. Elección por voto acumulativo: Los accionistas pueden ejercer el derecho reconocido por el art. 263, en las condiciones fijadas por éste.

beneficios exclusivamente personales, criticando el criterio restrictivo para la apreciación de las medidas cautelares.

e) Críticas al criterio restrictivo¹⁰⁶ para la apreciación de las medidas cautelares societarias.

El art 114 Párr. 2º L.S establece el *criterio restrictivo de los jueces para la apreciación de las medidas cautelares societarias, denegándolas cuando ellos lo estimen conveniente*. Sin embargo la L.S. establece en el art. 252¹⁰⁷ la suspensión provisoria de la ejecución de decisiones asamblearias, sin tener en cuenta dicho carácter restrictivo de los jueces.

Nissen sostiene que constituye un grave error imponer el criterio restrictivo, como pauta de juzgamiento, debido a que el criterio restrictivo o amplio de los jueces, bien referido a la apreciación de pruebas, y también aplicables al juzgamiento de una medida cautelar, no deben ser *excusantes retóricas del cometido de los jueces*¹⁰⁸ de analizar pruebas y de cuánto lo convencen tales diligencias. Ellos tienen el deber de oír a los testigos, leer los documentos y extraer una conclusión coherente en base a tales elementos.

f) Argumentos de los jueces con criterio restrictivo en cuanto a la intervención judicial:

Es necesario saber cuales son los argumentos de esta corriente jurisprudencial, para denegar todo tipo de intervención judicial en la administración societaria, inclusive la simple veeduría, y son los siguientes:

Se basan en que la intervención judicial, en cualquiera de las formas previstas por la L.S., es una medida cautelar societaria de excepción, a la cual puede recurrirse una vez agotadas todas las instancias para evitar el peligro potencial proveniente de acciones u omisiones de los administradores, no debiendo importar una injustificada intromisión o interferencia en los negocios de la sociedad, a fin de no provocar un daño mayor del que se quiere evitar”.

¹⁰⁶ En contra del criterio restrictivo: Nissen, en cambio a favor del criterio restrictivo: Mascheroni.

¹⁰⁷ **Art 252 L.S. Suspensión preventiva de la ejecución:** “El juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad”.

¹⁰⁸ Cám. Nac., Sala D, 16/3/1995, en autos “Barbone, Beatriz c/ Zylberman, Eduardo y otro, LL, 1998-D, 40640-S, en Nissen , Ob., cit, pág 57

Nissen¹⁰⁹, opina que dicha fórmula contiene gravísimos errores conceptuales, a saber:

1º) No debe considerarse a la intervención judicial de la administración de las sociedades comerciales constituya un remedio excepcional, a la cual puede recurrirse una vez agotadas todas las instancias para evitar el peligro potencial proveniente de acciones u omisiones de los administradores, debido a que es el único remedio que existe en nuestra legislación para poner fin, aun de forma provisional, a una comprobada administración negligente o fraudulenta de negocios comunes;

2º) No se encuentra fundamento alguno para negar la existencia de la figura de un veedor judicial que pueda afectar el funcionamiento de una sociedad comercial;

3º) Tampoco comparten el argumento de los jueces comerciales en cuanto a que sostienen que “la intervención judicial no puede importar una injustificada intromisión o interferencia en los negocios de la sociedad, a fin de no provocar un daño mayor del que se quiere evitar”, pues la acción de fondo, es la acción de remoción de los administradores, que tiende a desplazar definitivamente a éstos del órgano de la administración de la sociedad, su medida cautelar específica no puede ser otra que la suspensión temporaria de tales administradores en el cargo que ocupaban (porque no cumplen con sus funciones de lealtad y diligencia, realizando actos o incurriendo en omisiones que pongan a la sociedad en peligro grave (art. 113 L.S.).

4º) Por último resulta inaceptable el argumento del criterio restrictivo a juicio de los tribunales comerciales para la intervención judicial, que se basan en la necesidad “de no provocar un daño mayor del que se quiere evitar”, pues razonar de tal manera, validaría, por ejemplo, la actuación de directores de reconocida solvencia empresarial, que en vez de ingresar los fondos sociales en la caja de la sociedad comercial, se los guardan en sus propios bolsillos.

g) Otros argumentos utilizados para no conceder medidas cautelares societarias.

Clasificación

La jurisprudencia comercial recurre, para denegar medidas cautelares societarias, a dogmas que sólo son utilizados para denegar medidas precautorias de carácter societario, como el aludido criterio restrictivo, la preeminencia del interés social sobre

¹⁰⁹ Nissen, Ob., cit, pág 58

el interés particular del accionista impugnante, y la inadmisibilidad de las desavenencias o pugnas y hostilidad entre dos o más socios como fundamento de la admisión de la intervención judicial.

También utilizan dogmas genéricos que son aquellos a los cuales se recurre para denegar cualquier medida cautelar y no solamente las societarias.

A continuación se detallará cada uno de los dogmas:

g.1) ‘La preeminencia del interés social sobre el interés particular del accionista que requiere la medida cautelar’.

Los jueces en varios fallos se han expresado con las siguientes palabras, avalando la preeminencia del interés social sobre el interés particular del accionista: *“si las pretensiones de los peticionantes parecen inherentes a su interés particular y no al social, debe rechazarse la intervención judicial solicitada, ya que si bien se admiten intereses particulares de los socios que pudieran estar eventualmente en pugna con el interés social, ello no puede evaluarse y predicarse en ese contexto d apreciación liminar sin exceder el marco de continencia propia de dicha medida”*¹¹⁰

En nuestra opinión, este razonamiento podría ser admisible cuando lo que se debate es la preeminencia del interés social con el interés particular del socio, como por ejemplo el derecho al dividendo.

Supongamos un caso donde está en juego la capitalización de la sociedad mediante el pago de dividendo en acciones o el derecho del accionista de recibir sus dividendos en dinero en efectivo, parecería razonable sostener que el interés social, de aumentar el patrimonio del ente social descapitalizado, va predominar sobre el interés del accionista a percibir su dividendo, cuando ello no sea política reiterada de la sociedad y sido un recurso excepcional de la asamblea, debido a la mala situación financiera que presenta la empresa, tratando de mejorar su funcionamiento a través de su aumento de patrimonio.

g.2) ‘Las peleas entre los socios como fundamento insuficiente para requerir la intervención judicial’.

¹¹⁰ Cám. Nac. Com., Sala A, 24/6/1988, “Grisolía, Jorge c/ Tracfer S.A. , en Nissen , Ob., cit, pág 61

Los jueces dogmáticamente no han procedido a la intervención judicial de manera cautelar con respecto a la administración de una sociedad ante la existencia de peleas entre los socios, reflexionando de la siguiente manera: “*la intervención judicial es improcedente, cuando a través de la misma se pretende amparar únicamente desavenencias entre los socios*”¹¹¹;

Luego la jurisprudencia mejoró ese dogma y agregó: si ellas no derivan en la realización de actos u omisiones que pongan en peligro a la sociedad”.

g.3) La permanente mala interpretación de las funciones del veedor y su equívoca asimilación al interventor judicial.

¿Puede considerarse la figura del veedor societario como una forma de intervención judicial?

Consideramos necesario señalar los distintos grados de intervención judicial, a saber:

21) Distintos grados o tipos de intervención judicial.

a) Administrador judicial: esta es la medida más grave, pues reemplaza al órgano administrador natural de la sociedad, desplazándolo totalmente del ejercicio de sus funciones, quedando el funcionario judicial dentro del ente colectivo, y sus funciones limitadas dentro del contrato social preexistente (arts 115 L.S. 2do párr¹¹²).

b) Interventor coadministrador: la designación de este funcionario, no opera como un desplazamiento del órgano administrador natural, pero si bien no lo reemplaza debe acompañarlo necesariamente en toda la gestión social, tal designación atiende a preservar la integridad patrimonial del ente, buscándose otorgar mayor seguridad y orden a la gestión empresaria, en beneficio de la sociedad y del interesado peticionante.

¹¹¹ Cám. Nac. Com., Sala E, 29/11/1996, en autos “Pérez, Jorge Roberto c7 Pérez Santiago y otros s/ sumario, en Nissen, Ob., cit, pág 63

¹¹² **Art 115 Clases de intervención judicial.** “La intervención puede consistir en la designación de un mero veedor, de uno o varios coadministradores, o de uno o varios administradores.

Misión .Atribuciones. “El juez fijará la misión que deberá cumplir y las atribuciones que les asigne de acuerdo a sus funciones, sin poder ser mayores que las otorgadas a los administradores por esta ley o el contrato social. Precizará el término de la intervención, el que sólo puede ser prorrogado mediante información sumaria de su necesidad”.

c) Veedor judicial: este funcionario va a ejercer una tarea de observación personal directa de la actividad de la administración, la cual no será desplazada ni necesitará contar con la participación necesaria del veedor para llevar a cabo su gestión social.

La tarea de vigilancia del veedor de revisar comprobantes y solicitar explicaciones, en modo alguno conforma una injerencia en la administración de la sociedad.

En el caso del veedor, el órgano de administración sigue funcionando normalmente, por lo tanto podemos afirmar que no es una intervención propiamente dicha.

Nissen¹¹³ expresa que *debiera eliminarse la figura del veedor del capítulo intervención de sociedades, pues dicho auxiliar no desplaza a nadie ni quita funciones a ningún órgano de la sociedad. La figura del veedor se limita a observar, investigar e informar.*

d) Interventor informante: a similitud del veedor, la función de aquél será de dar noticia a cerca de las operaciones o actividades desarrolladas en la sociedad, con la periodicidad que el tribunal fije, conforme art 224 Cód Procesal Civ y Com de la Nac.¹¹⁴, sin posicionarse de mejor forma que la que normalmente tiene la operatoria de la sociedad comercial.

e) Interventor recaudador: esta designación se refiere, sin tener injerencia alguna en la administración societaria, a limitar exclusivamente su tarea a la recaudación de los montos que se determinen, debiendo recaer sobre los frutos o bienes que producen rentas, art 224 CPCCN¹¹⁵.

Luego de haber realizado esta reseña conceptual, es dable decir que la jurisprudencia ha interpretado defectuosamente la figura del veedor judicial, que se encuentra legislada en el art 115 de la L.S.

¹¹³ Nissen Ricardo.: “Un fallo ejemplar en materia de remuneraciones de los directores de S.A. “, LL, 1997-A, 134, citado por Ton, Walter, ob., cit., pág 123

¹¹⁴ **Art 224 CPCCN. Interventor informante**: De oficio o petición de parte, el juez podrá designar un interventor informante para que dé noticia acerca del estado de los bienes objeto del juicio o de las operaciones o actividades, con la periodicidad que se establezca en la providencia que lo designe”.

¹¹⁵ **Art 223. interventor recaudador**. “A pedido de acreedor y a falta de otra medida cautelar eficaz o como complemento de la dispuesta, podrá designarse un interventor recaudador, si aquélla debiera recaer sobre bienes productores de rentas o frutos. Su función se limitará exclusivamente a la recaudación de la parte embargada, sin injerencia alguna en la administración.

El juez determinará el monto de la recaudación, que no podrá exceder del 50% de las entradas brutas; su importe deberá ser depositado a la orden del juzgado dentro del plazo que éste determine.

Se trata de un funcionario que se limita a observar un estado de cosas, bienes, operaciones o actividades que se relacionan con el objeto del juicio para que sobre ellos dé noticia al juez de la causa.

Es decir, la figura del veedor no implica puramente una intervención judicial en una administración privada, pues dicho auxiliar no desplaza a nadie ni quita funciones a ningún órgano de la sociedad.

Existen grandes diferencias entre: veedor judicial y el administrador e interventor judicial, los cuales desplazan total o parcialmente a los integrantes del órgano natural de la administración de la sociedad.

*A la figura del veedor de manera dogmática, le ha sido aplicado con todo rigor el criterio restrictivo y el instituto de la contracautela, los cuales sólo se limitan a observar e informar.*¹¹⁶

Lamentablemente los jueces comerciales evitan la designación de un veedor judicial, recurriendo permanentemente al criterio restrictivo, alegando los mismos que *“no procede la intervención judicial requerida cuando la misma constituiría un modo indirecto de practicar una instrucción probatoria, en cuyos términos escapa del art. 113 y ss de la L.S.,*¹¹⁷ con lo cual se dice simple y sencillamente que cuando el veedor debe investigar un estado de cosas, su actuación es inadmisibles, lo cual demuestra una total ignorancia de las funciones de este funcionario que es precisamente investigar e informar, para poder obtenerse, con su actividad, el fin propio de toda medida cautelar, esto es, evitar que cuando el juicio de remoción de los administradores finalice, su resultado sea abstracto, por no quedar nada por administrar.

Sin embargo, existe algún lúcido precedente jurisprudencial que ha sostenido que: *“resulta procedente la designación de un coadministrador judicial cuando de los informes presentados por el veedor surge la existencia de irregularidades en la conducción de la sociedad y las divergencias de los socios”*¹¹⁸

22) Conclusiones: Postura mixta o ecléctica:

1º) Debe evitarse su uso abusivo, debido a que puede llegar a lograr que una empresa que funciona normalmente deje de hacerlo, al desplazar a su órgano de gobierno.

¹¹⁶ Nissen , Ob., cit, pág 65.

¹¹⁷ Cám Nac Com ., Sala D, 2/9/1979, Favre, Luis c/ Worwide Finantial Corp. Limitada2, en Nissen , Ob., cit, pág 66

¹¹⁸ Cám. Nac. Com., Sala D, 17/5/1996, en autos “Ferro, Juan Francisco c/ Laplace, María y otros s/ sumario, en Nissen, Ob., cit, pág 65.

2º) También, es probable que el instituto de la intervención judicial sea una protección para las minorías, pero en la realidad o práctica éstas en muchas ocasiones la usan para negociar sus mejoras o su alejamiento de la sociedad.

3º) Es un problema de difícil solución debido a los valores antagónicos en juego.

Por un lado debe conservarse al ente societario, la preservación y conservación de la marcha de la empresa, y por el otro no debe resultar perjudicado el socio minoritario, como así también debe evitarse el abuso del derecho que podría ser ejercido por las minorías societarias en caso de requerir la intervención judicial de manera sistemática con el solo fin de recuperar su inversión.

4º) Cabe agregar, que indudablemente, tampoco es solución pedir la intervención judicial lo cual puede causarle cuantiosos perjuicios a la sociedad; por lo tanto, los jueces deben ser muy cautos en la concesión de esta medida, y no permitir que a través de dicha medida la minoría impongan su criterio dentro del manejo societario, sólo debe usarse en casos especiales en que el desvío de la administración viole la ley, y cuando no se encuentre soluciones transaccionales.

5º) Por lo tanto propugnamos que exista un equilibrio entre el pedido de intervención judicial y la admisión con buen criterio de los jueces de dicho instituto, en pos de la marcha de la sociedad, para evitarle daños a la misma y a los socios que la integran.

6º) En caso de concederse la intervención judicial, la contracautela debe ser suficiente y adecuada para reparar todos los perjuicios que se causen y abonar todos los gastos que originan dicha medida.

Conclusión/ solución.

7º) Debe tenerse en cuenta al veedor informante e incluir sus funciones legislativamente dentro de la L.S.

Debe legislarse sobre la figura del veedor judicial o interventor informante, evitando así la aplicación de las normas específicas de los arts 113 a 117 de la L.S. y en especial de la contracautela, bastando al respecto la prestación de una simple caución juratoria, pues es evidente que la actuación del simple veedor, que no trasciende de la esfera interna de la sociedad, no puede ocasionar perjuicio alguno que deba ser anticipado mediante el instituto de la contracautela.

No se encuentra fundamento alguno para negar la existencia de la figura de un veedor judicial que pueda afectar el funcionamiento de una sociedad comercial;

Debiera eliminarse la figura del veedor del capítulo intervención de sociedades, pues dicho auxiliar no desplaza a nadie ni quita funciones a ningún órgano de la sociedad. La figura del veedor se limita a observar, investigar e informar.

8º) Lograr que el legislador consagre legislativamente las medidas autosatisfactivas, de gran aplicación dentro del derecho societario, evitando el proceso contencioso cuando se trata de facilitar el ejercicio de los derechos esenciales del accionista.

9) Actualizar o modernizar el instituto de la intervención judicial, incorporando a la ley 19.550 las siguientes soluciones:

i) Aceptar o admitir la intervención judicial del órgano de fiscalización de la sociedad, para asegurar el derecho de información, cuando el síndico fuera remiso a ello.

ii) Ampliar los sujetos legitimados para requerir la intervención judicial a los directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia de la sociedad, esto es, a todas las personas legitimadas activamente para requerir judicialmente la remoción de los directores de una S.A.

iii) Extender o ampliar lo establecido por el art. 113 de la L.S. en cuanto a los supuestos de la intervención judicial, debido a que sólo procede, como único caso, cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave a la sociedad. Resulta al respecto mucho más acertada la norma del *art 184 de la ley 16.060 de la República Oriental del Uruguay*, en cuanto admite dicha medida cautelar a la negativa de los socios a accionistas del ejercicio de los derechos esenciales o en supuestos donde, por cualquier causa, no actúen los órganos sociales o cuando actuando, no sea posible adoptar resoluciones válidas afectándose el desarrollo de la actividad social, situación ésta que no torna necesario, conforme a dicha norma, la iniciación de un juicio posterior. Esta última solución permite superar los insolubles problemas que presentan las vulgarmente llamadas “sociedades del cincuenta y cincuenta”, esto es, las sociedades en donde cada accionista o grupo de ellos tienen el 50% de las acciones, que según nuestro ordenamiento jurídico, tal circunstancia imposibilita adoptar decisiones válidas, y conduce a la disolución del ente, conforme jurisprudencia coincidente de nuestros tribunales.

10º) Por todo lo dicho, propugnamos que debe buscarse un equilibrio o justo medio en el tema del receso del socio de la sociedad, sin que se perjudique, la sociedad, ni él, por lo que resulta evidente que no es la solución el pedido de intervención judicial.

23) 3er defecto de la L.S como causal de conflicto:

La transmisión hereditaria y el problema de la incorporación de herederos en las sociedades comerciales

24) Introducción y planteo del problema

No es fácil armonizar las normas de Derecho Sucesorio con las normas del Derecho Societario, debido a que ambas normas se entrecruzan, pues, por un lado, las normas del Derecho Mercantil regulan el estatuto jurídico del empresario y la adecuación jurídica de la empresa como fenómeno jurídico económico, pero que no consideran, el problema cuando fallece alguno de los socios.

Por otro lado, las normas civiles del Derecho Sucesorio, paradójicamente, no piensa que el objeto de la sucesión pueda ser una empresa mercantil.

Por ello, es conveniente legislar teniendo en cuenta ambas ramas del derecho.

El objeto de este trabajo es abordar el tema del *fallecimiento del socio* que puede acontecer teniendo mayor gravitación en las *sociedades de personas o intuitu personae* y en las *sociedades capitalistas de familia*, (S.R.L y S.A. cerradas) que con respecto a las S.A. abiertas.

Cuando se produce alguna reducción de los socios, ya sea por fallecimiento, exclusión o retiro de alguno de los socios, se produce la resolución¹¹⁹ parcial del contrato de sociedad.

Este instituto jurídico se caracteriza: a) por proceder principalmente en las sociedades intuitu personae, incluso en las de dos socios; b) el socio es separado del contrato social; c) se produce la anulación del puesto o cargo del socio en el contrato, no sustituyéndose de inmediato con la incorporación de un tercero; d) la operatoria social no sufre alteración, debido al nexo plurilateral del contrato.

Al respecto, la L.S. solo se refiere a sociedades colectivas, de capital e industria, en comandita simple, accidental o en participación, y en comandita por acciones solamente para los socios comanditados (art 90 L.S.)¹²⁰.

Por lo tanto, queda evidenciado así el predominio del principio personalista en estos tipos societarios, que hace sensible a la sociedad de vicisitudes individuales de sus integrantes.

La actual Ley de Sociedades establece como norma general en su art 89 que “los socios pueden prever en el contrato constitutivo causales de resolución parcial y de disolución no previstas en esta ley”, estableciendo a renglón seguido en el art 90 que “en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato.

¹¹⁹ La ley utiliza la palabra resolución, mejorando la terminología empleada en el Cód de Comercio que se refería a “disolución parcial” lo cual era técnicamente inhábil.

Si la sociedad subsiste no puede haber disolución, ni siquiera parcial, debido a que continúa el ante y es uno solo, en Zaldívar, Enrique y otros. Cuadernos de Derecho Societario. T III, Capítulo V Resolución Parcial, pág 195

¹²⁰ **Art 90. Muerte de un socio.** En las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato.

En las sociedades colectivas y en comandita simple, es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos. Dicho pacto obliga a éstos sin necesidad de un nuevo contrato, pero pueden ellos condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria”.

La doctrina mayoritaria ha acogido favorablemente que se haya descartado tal normativa para las S.A., al igual que para las sociedades en comandita por acciones en lo que se refiere al socio comanditario, basándose en el carácter circulatorio de los títulos accionarios, regulándose solamente el retiro voluntario del socio a través del derecho de receso (art 245).

En nuestra opinión eso es desacertado, en aplicación a las S.A. cerradas o de familia, porque, a diferencia de lo que ocurre en las S.A. abiertas, el accionista de las S.A. cerradas no tienen un mercado al cual recurrir para transferir sus acciones, ni modo de resolver los conflictos relativos a la no incorporación de heredero, siendo especialmente relevante, permitir la resolución parcial del contrato de sociedad, la conformación de nuevas causales en el estatuto cuando no estén previstas legalmente, y no permitir la incorporación de herederos en el caso de fallecimiento del accionista, evitándose así conflictos que se presentan en las S.A. cerradas.

Debido al mal uso del tipo societario S.A. que efectúan los comerciantes y pequeños empresarios, es indispensable que el legislador separe legislativamente a las S.A. “cerradas” de las S.A. “abiertas”, incorporando para las primeras ciertas soluciones previstas para las sociedades personalistas o de responsabilidad limitada, que se presentan hoy por hoy como incompatibles para las S.A. cerradas ya que se las identifica erróneamente con las compañías o sociedades comerciales que hacen oferta pública de sus acciones.

En consecuencia, no debe descartarse la viabilidad del instituto de la resolución parcial¹²¹ para las S.A. “*cerradas*” o *de familia*, pues éstas representan muchas semejanzas, desde el punto de vista de la relación personal de los socios entre sí, con las sociedades de responsabilidad limitada o personales, en donde además de desempeñar las funciones directoriales, atienden el negocio en forma personal.

Es decir, no debiera existir el menor impedimento para prever, para las S.A. “cerradas”, una solución como lo establecido en el art 90 de la ley 19550 que predica para las sociedades personalistas, en sostener como principio general, que la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato de sociedad, salvo pacto en contrario.

Tal solución permitiría evitar el ingreso de los herederos del accionista fallecido a la S.A., a los cuales se les pagaría el valor de la participación accionaria de la que era titular el causante a la fecha de su fallecimiento.

La práctica habitual demuestra, que ni los herederos tienen el menor interés de ingresar a dicha sociedad y que los socios supervivientes se niegan terminantemente a resignar o compartir cualquier espacio de poder

¹²¹ **Concepto:** “resolución parcial es el instituto jurídico que deja sin efecto para el futuro el contrato social respecto de un socio; esto quiere decir, que se extinguen los derechos y obligaciones del socio en relación a la actividad futura de la sociedad, que subsiste como sujeto de derecho, en razón de que el contrato social conserva plena vigencia con respecto a los demás socios; en otras palabras la resolución parcial consiste en la desvinculación de uno o más socios, subsistiendo la sociedad con el resto de sus integrantes”. **Escuti (h), Ignacio**, Receso, Exclusión y Muerte del socio, Depalma, Bs. As., 1978, pág 43, en Villegas, ob., cit., pág 237.

en beneficio de quienes, hasta el fallecimiento de uno de ellos, fueron totalmente ajenos a los negocios sociales.

La realidad demuestra que en las S.A. cerradas o de familia, que constituyen más del 99% de las sociedades de este tipo que funcionan en nuestro medio, los accionistas se convierten en verdaderos prisioneros de un esquema al cual, en muchos casos, ni siquiera exhibieron voluntad para ingresar, es decir no pueden ingresar o salir de la sociedad como en las S.A. abiertas, porque sus acciones no son cotizables en el mercado de valores.

Por ello habría que reglamentar en forma minuciosa, detallada y separada el funcionamiento de cada una de ellas.

25) La sociedad comercial ante el fallecimiento del socio. Antecedentes históricos.

El fallecimiento del socio ha sido una de las causales típicas de disolución de las sociedades comerciales. Como señala Cámara¹²², en el antiguo Derecho romano, las sociedades comerciales se componían, cuando fallecía el padre, entre los hermanos que deseaban continuar la actividad que había desarrollado aquél, a cuyo efecto constituían una sociedad comprometiendo su responsabilidad solidaria e ilimitada. Al vínculo social se unía un vínculo de sangre entre los integrantes de la sociedad, de manera tal que la sociedad era muy cerrada, y excepcionalmente se admitía el ingreso de un extraño.

Lógicamente, en esos tiempos, el fallecimiento llevaba de manera irreparable a la disolución de la sociedad, y si los socios querían continuar esa actividad, los socios sobrevivientes, o aun con los socios herederos del socio fallecido, debían disolver la primera sociedad y constituir una nueva, solución que resultaba un conjunto de gastos, energías, etc., sin razón alguna.

Luego en la época de Justiniano, se admiten cláusulas estatutarias permitiendo la subsistencia de la sociedad sin necesidad de disolverla y constituir una nueva, permitiendo, cuando fallecía el socio, cláusulas de continuidad de la misma, incorporando a los herederos del socio fallecido.

Estas cláusulas no tenían respaldo legal, fueron impuestas por los hechos, debido a que en materia mercantil los usos y costumbres tienen gran importancia, debiendo el legislador adaptarse a los nuevos hechos.

Esas cláusulas son incorporadas por el Código francés, las cuales son defendidas por Pothier diciendo que son válidas porque no afectan el orden público, los derechos de terceros, la moral y las buenas costumbres, también tienen gran repercusión, por la influencia de la codificación napoleónica en todos los códigos del siglo pasado, pero que siguen manteniendo el sistema primitivo: la muerte del socio disuelve la sociedad comercial salvo estipulación de las cláusulas ya vistas.

Esta concepción francesa se encuentra en pugna con la concepción germánica, que declara expresamente que la muerte del socio no disuelve la sociedad.

¹²² Cámara, Héctor. *Efectos de la muerte del socio sobre la sociedad comercial*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Bs. As. Ad Hoc. 1993, pág. 23.

El dogma de la época fue superado por el Código Napoleónico, que a través de Pothier se plasma la alternativa del denominado “pacto de continuación con los herederos” o “la continuación de la sociedad con los sobrevivientes”.

Esto responde a intentar preservar las estructuras productivas que se encuentran detrás de las formas societarias, pensamiento que es conocido como la teoría de la conservación de la empresa, y que se encuentra volcada en toda nuestra legislación mercantil.

Así nuestra Ley de Sociedades 19.550 permite en el art 100 que en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, estará a favor de la subsistencia de la sociedad”.

Este principio de conservación de la empresa, tiende a que *“el fenómeno sucesorio no desemboque en perjuicio de los intereses generales de la economía en la liquidación y división de la empresa entre los herederos”*¹²³, por ello la L.S. admite en las sociedades colectivas y en comandita simple la continuación de la empresa con los herederos del socio fallecido (art 90, 2º párr).

Reafirma lo dicho, que dentro de los motivos de disolución que enumera el art 94 no figura el fallecimiento del socio que, sin embargo, es prevista expresamente como causal de resolución parcial.

Los tipos societarios. la resolución parcial y los pactos de continuación de la sociedad con la incorporación de herederos.

26) La resolución parcial en la sociedad colectiva

La actual Ley de Sociedades establece como norma general en su art 89 que “los socios pueden prever en el contrato constitutivo causales de resolución parcial y de disolución no previstas en esta ley”, estableciendo a renglón seguido en el art 90 que “en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato; el art 91 menciona a éstas y a las S.R.L y las en comandita por acciones en cuanto a sus socios comanditados, para aplicarles el régimen de exclusión.

El principio general de resolución parcial para el tipo societario personalista o de interés radica en que dentro de este grupo la persona de los socios tiene fundamental relevancia y, por lo general, es tenida en cuenta por el resto de los socios para conformar la sociedad. Por lo tanto, las características, el comportamiento y las eventualidades que recaigan a los socios pueden ocasionar el rompimiento del vínculo societario.

También debe tenerse en cuenta que toda resolución parcial del contrato afectará el capital social, porque implica siempre su disminución, repercutiendo con los derechos de los terceros (acreedores por ej) para los cuales la responsabilidad patrimonial es de fundamental importancia como garantía de sus créditos.

27) Pactos de continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido en la sociedad colectiva.

¹²³ Zaldívar, Enrique y otros, ob., cit., pág 223

Hemos comentado que el Código Francés aceptó la solución de la incorporación de los herederos o la continuación de la sociedad con los socios sobrevivientes, similares soluciones adoptaron en su momento la legislación alemana, italiana, suiza.

Sin embargo, a pesar de la influencia de la obra napoleónica sobre Vélez, éste no siguió la solución francesa y los arts de nuestro Código Civil con sus notas respectivas siguen el pensamiento tradicional del Derecho Romano.

El art 1670 establece que *“no tiene calidad de socios los herederos o legatarios de los derecho sociales, si todos los otros socios **no consintiesen** en la sustitución, o si ésta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero,* y el art 1761, establece que lo mismo se observará aun cuando se hubiese convenido en el contrato social que la sociedad continuará con los herederos, a no ser que éstos y los otros socios conviniesen entre ellos continuar la sociedad; la nota del art 1761 remite a la del 1670 y comenta que *“el heredero es una persona incierta, y no puede subsistir una obligación de tener sociedad con una persona que aún no existe, o que puede que no se conozca.*

La jurisprudencia y la doctrina han señalado ciertos reparos a esta estipulación contractual por entender que se violaría principios esenciales propios de las sociedades intuitu personae, v.gr.: calidad de los integrantes, confianza personal, aptitud de los miembros, etc y, lo que resulta más importante, la admisión de personas en la relación contractual sin consentimiento de los restantes integrantes.

Incluso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en un fallo anterior a la ley 19.500, en el caso “Columbia Hnos. S.R.L.¹²⁴”, del 30 de diciembre de 1947, declaró nula la cláusula de un contrato social que pretendió imponer a los herederos continuar en la sociedad con el socio sobreviviente, fundándose el Tribunal en que *el heredero, conforme con la nota al art 1761 del Código Civil, es una persona incierta, y no puede subsistir una obligación de tener sociedad con una persona que aún no existe o puede ser que no se conozca.*

Sin embargo existe otra de la doctrina que critican estos argumentos del fallo Columba Hnos. S.R.L, es así que Mauricio Yadarola¹²⁵, con sólidos argumentos opina que *“el heredero sea incierto o que aún no exista no es óbice para que un tercero asuma una obligación de la que podrá beneficiarse esa persona incierta o inexistente al tiempo en que se contrajo, pero cierta y determinada al momento de su perfeccionamiento. La obligación nace con pleno valor mediante la declaración unilateral de quien la asume. Aquí se trata de una obligación nacida de la voluntad unilateral del socio; hay una propuesta del socio que para él es vinculativa y, por ende, obligatoria, dirigida al heredero de su co-asociado si bien*

¹²⁴ Nissen, Ricardo. *Incorporación y exclusión de herederos*, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, pág 95 y 96.

¹²⁵ Yadarola, Mauricio, *La cláusula de continuación de la sociedad con los herederos del socio*, pág 449, citado por **Zaldívar, Enrique**, Manóvil, Rafael; Ragazzi, Guillermo; Rovira, Alfredo. *Cuadernos de derecho societario*. Tomo III, Vol IV. 1ra edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág 230

subordinado al hecho de la muerte del socio. Cumplida esa eventualidad la obligación adquiere pleno valor y el heredero puede aceptarla y exigir su cumplimiento”.

También, autores más modernos, apoyando el criterio de Yadarola, expusieron entre otras razones las siguientes: “... *que los socios no son coaccionados para proseguir la empresa con los herederos, desde que ellos libremente consignaron la estipulación, por lo cual de nada pueden quejarse: si quisieron obligarse conociendo los riesgos, el legislador no puede oponerse. El convenio es lícito, pacta sunt servanda*”¹²⁶.

Es decir que en relación al alcance de la obligación de los pactos de incorporación de los herederos, Mauricio Yadarola ¹²⁷ divide al tema en dos aspectos:

- a) el valor de la obligación asumida por el socio que resulta sobreviniente a la muerte del otro; y
- b) el valor de la convención otorgada por el socio que luego fallece en relación a sus herederos destinatarios de la cláusula.

En el primer supuesto existe una declaración unilateral de voluntad del socio dirigida al heredero del otro socio, y en consecuencia la fórmula es vinculante (art 1150¹²⁸ Cód Civ).

Con respecto al segundo supuesto, se trata de una estipulación a favor de terceros (art 504¹²⁹ Cod Civ), lo que trae aparejado según este autor que “los herederos, una vez producido el fallecimiento del causante, adquieren a su favor el derecho, no la obligación, de incorporarse a la sociedad en las condiciones estipuladas en el contrato social pactado entre su causante y el otro u otros socios”.

En resumen, esta corriente doctrinaria¹³⁰, *sostiene la posibilidad de ampliar dicho precepto, pero con la salvedad que en tal supuesto el esquema de funcionamiento del pacto de incorporación funcionaría dentro del marco de la adquisición de derechos a favor de los herederos, bajo el sistema de la estipulación del art 504 Código Civil, y ya no como una carga hereditaria, en consecuencia su aceptación o rechazo no tendría repercusión sobre su calidad o no de heredero.*

Podemos decir entonces que, nuestra legislación ha abandonado el principio que el fallecimiento de un socio en la sociedad de personas produce la disolución del ente, debido a que la normativa vigente impone la resolución parcial del vínculo (art 90 L.S.), y para arribar a la disolución, inexorablemente debe

¹²⁶ Cámara, Héctor. Efectos de la muerte del socio en empresas sociales personalistas y soluciones tutelando su subsistencia en la Ley 19550, en Revista Notarial, Colegio Escribanos de la Prov. Bs. As., La Plata, n° 805, pág 1531, 1972, citado por Zaldívar, Enrique y otros, ob. Cit., pág 231.

¹²⁷ Cesaretti, Oscar. Convenios de incorporación de herederos, en “Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria”. Bs. As. Ad Hoc 1993, pág 108y 109

¹²⁸ **Art 1150 Código Civil República Argentina. Del consentimiento en los contratos.** “Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada”.

¹²⁹ **Art 504 Código Civil: De la naturaleza de las obligaciones.** “Si en la obligación se hubiera estipulado alguna ventaja a favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada”.

¹³⁰ Cesaretti, Oscar. *Convenios de incorporación de herederos*, en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria, pág 110

ser pactada expresamente a tenor de lo establecido en el art 89 L.S., en base a los nuevos principios en juego (conservación de la empresa y contrato plurilateral).

La ley actual de sociedades en su art 90 2do párr sostiene que en las sociedades colectivas y en comandita simple, es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos. Dicho pacto obliga a éstos sin necesidad de un nuevo contrato, pero pueden ellos condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria, en procura a través de este pacto de la *protección de la familia y la continuación de la empresa*. Su no admisibilidad puede resultar contraria al interés de los socios, a la conservación de la empresa, (este es el pensamiento de una corriente doctrinaria).

Sin embargo otra corriente de la doctrina, no está a favor de los pactos de continuación, y han sostenido la no ampliación de ámbito de incumbencia del art 90 2da parte L.S.

La norma del art 90 2da parte L.S. establece expresamente que dicho pacto en las sociedades colectivas y en comanditas simple, obliga a los herederos sin necesidad de nuevo contrato., es decir se le impone a éstos la calidad de socio por la aceptación de la herencia.

Es dable recordar que estamos hablando de sociedades con un régimen de responsabilidad ilimitada, subsidiaria y solidaria por las obligaciones sociales a tenor del art 125¹³¹ L.S.

Como contrapeso de esta solución legal, la ley ha posibilitado que los herederos puedan condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria (responde sólo con el capital que se obligue a aportar, según art 134¹³² L.S.).

Cabe plantearse, como se dirime la situación del socio que se ha visto obligado a incorporarse por imperio del pacto y su aceptación de la herencia, ante la imposibilidad de transformar su parte en comanditaria. Al respecto, hay dos alternativas, a saber:

1º) la resolución parcial del contrato social en los términos y efectos similares al art 90 L.S.;

2º) La segunda posibilidad surge de la legislación francesa al establecer que cuando fenece el plazo legal de un año y habiendo menores, y no se hubiera obtenido la transformación social, la sociedad se disolverá.

¹³¹ **Art 125 L.S. De la sociedad colectiva. Caracterización.** “Los socios contraen responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria., por las obligaciones sociales”. El pacto en contrario no es oponible a terceros.

¹³² **Art 134. De la sociedad en comandita simple. Caracterización.** “El o los socios comanditados responden por las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva, y el o los comanditarios sólo con el capital que se obliguen a aportar”:

La L.S. impone otros supuestos de transformación legal como el del art 27¹³³ de sociedades entre esposos.

En caso de transcurrido el plazo de 6 meses se impone la sanción de nulidad y la correspondiente liquidación, es decir se produce la disolución legal por incumplimiento. En consecuencia podemos decir que se contraponen intereses distintos, a saber:

1º) por un lado el de los socios sobrevivientes, que desean protegerse o precaverse contra la injerencia de los herederos y evitar una liquidación inoportuna, ya sea total o parcial.

Al mismo tiempo, debe contemplarse el bienestar del ente colectivo que no resultará beneficiado con la extinción de la empresa a raíz de los desembolsos que hubieran de efectuarse para adquirir la cuota del socio desaparecido;

2º) pero a su vez, resulta necesario proteger a los herederos del asociado premuerto con el fin de evitar que se lesionen sus derechos con pagos insuficientes u obligaciones excesivas¹³⁴.

Según Nissen¹³⁵, *las razones que podrían justificar el pacto de continuación de los herederos en la sociedad integrada por el socio fallecido, consiste en evitar el desembolso que implica el pago a los mismos del valor real de la participación social del socio fallecido, ya que podría generar una descapitalización de la sociedad cada vez que fallezca alguno de sus integrantes.*

Esa solución, no perjudicaría a los herederos del socio fallecido, cuando decidan solicitar la transformación de su parte en comanditaria limitando así su responsabilidad por las obligaciones sociales, siempre que exista consentimiento de todos los socios o unanimidad, salvo pacto en contrario, (art 131¹³⁶ L.S.).

Así planteada la situación, parecería evidente que la no obtención de las mayorías necesarias para aceptar la transformación conduciría a la aplicación del principio general previsto por el art 90 de la L.S. 1er párr, es decir, la resolución parcial del contrato con respecto al socio fallecido, con derecho de sus

¹³³ **Art 27. Sociedad entre esposos.** “Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

Cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá transformarse en el plazo de 6 meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo”.

¹³⁴ Guastavino, Elías. “Cuestiones sucesorias en las leyes 19.550 y 19.551 de Sociedades y Concursos”. LL T147, pág 1064

¹³⁵ Nissen, Ricardo. *Incorporación y exclusión de herederos*, en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria, pág 90.

¹³⁶ **Art 131 L.S. De la sociedad colectiva. Modificación del contrato.** “Toda modificación del contrato, incluso la transferencia de la parte a otro socio, requiere el consentimiento de todos los socios, salvo pacto en contrario”

herederos de obtener el valor de su parte, evitándose así que ingresen a la sociedad afectando su responsabilidad en forma solidaria e ilimitada, pues asumir un compromiso de esa naturaleza requiere una decisión concreta y expresa.

El ingreso coactivo a la sociedad comercial de los herederos dio lugar a numerosas críticas, por parte de la Doctrina, sosteniendo que el socio no debe ingresar a la sociedad, con fundamento en que los herederos son considerados como terceros con respecto al contrato social.

Nissen¹³⁷ opina que es una excepción no justificada al principio general en materia contractual, previstos en los arts 504 y 1195 del Código Civil, conforme al cual los acuerdos contractuales no pueden afectar intereses de terceros.

El art 504 es categórico al respecto, cuando exige como requisito indispensable para la validez de una estipulación a favor de terceros, la expresa aceptación por parte de éstos.

Dicho autor agrega que,¹³⁸ la solución legal es groseramente inconstitucional, pues *no se trata de mejorar la situación de los herederos del socio fallecido en orden a restringir la extensión de responsabilidad que asumen al ingresar forzosamente a la sociedad, sino de hacerlos participar de un contrato del cual no formaron parte y, en lugar de recibir dinero en efectivo del valor de la participación del causante, deberán ingresar a una sociedad, por mero imperio de una cláusula contractual en cuya redacción no participaron, en la cual con toda seguridad carecerán de todo ánimo de colaboración y cuyos frutos están a merced de una mayoría de la cual no forman parte.*

Vélez Sarfield, en la nota al art 1670 del Cód Civ, sostiene que nadie puede ser socio por herencia, o de otra manera contra su voluntad.

En consecuencia, la ley no debe obligar a reemplazar al socio fallecido, debido a que de esta manera se estaría violando lo expresado en los arts mencionados.

Prever, como único medio de eludir la incorporación a la sociedad, el camino de la renuncia, resulta inconveniente, pues ello de manera implícita forzaría a los herederos a ingresar como socios, contra su íntima voluntad o predisposición, para no perder la herencia, y al faltar la affectio societatis, es probable que las actividades societarias se lesionen o resientan de un modo pronunciado¹³⁹.

¹³⁷ Nissen, Ricardo. "Incorporación y exclusión de herederos", en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria, Bs. As. Ad Hoc. 1993, pág 96.

¹³⁸ Nissen, Ricardo, *Curso de derecho societario*. 2da ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2006, pág 273 y 274

¹³⁹ Nissen, Ricardo. *Incorporación y exclusión de herederos*, en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria, pág 95.

El legislador¹⁴⁰, en la exposición de Motivos de la ley 19.550, refleja la intención de evitar la obligatoriedad de la incorporación a la sociedad al aceptar la validez de esas cláusulas, expresando que, a los fines de que ese pacto pueda ir en detrimento de los sucesores, en cuanto se les impondría una responsabilidad personal, se dispone que puedan condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria.

Es decir, los socios tienen la obligación de aceptar a los herederos del socio en calidad de coasociados, como así también los herederos del socio fallecido se encuentran obligados a incorporarse a la sociedad, por lo tanto, el o los herederos del socio fallecido no podrían oponerse a su ingreso a la sociedad, pero los arts y 155 de la L.S. les otorgan los siguientes derechos:

- a) en las sociedades colectivas y en comandita simple, para los herederos del socio comanditado, la transformación de su parte en comanditaria;
- b) en las S.R.L., la inoponibilidad de las cláusulas limitativas de la transferencia de cuotas, por un término de 90 días, de manera tal que los herederos podrán enajenar las mismas.

Para Nissen¹⁴¹, al tratarse de sociedades de personas se necesita el acuerdo unánime de los socios para transformar a la Sociedad en otro tipo societario.

Por lo tanto, en caso de negativa de alguno de los socios de aceptar dicha transformación se deberá aplicar el principio general previsto en el art 90 de la L.S., 1er párr, que implica la resolución parcial del contrato con respecto al socio fallecido, con derecho de sus herederos de obtener el valor correspondiente de su parte.

Zaldívar¹⁴², sostiene que en nuestro derecho positivo un acuerdo de esa naturaleza (pactos de incorporación) podrá ser considerado como de sucesión futura, prohibido por el art 1175¹⁴³, Cód Civ. Sin embargo por las razones expuestas según Cámara y otros autores, resultan válidas¹⁴⁴.

28) Sociedad de responsabilidad limitada. La resolución parcial por causa de muerte y el silencio de pactos de incorporación

¹⁴⁰ Nissen, Ricardo. Ob., Cit., pág 96

¹⁴¹ Nissen, Ricardo. Ob., Cit., pág 101

¹⁴² Zaldívar, Enrique y otros, ob. Cit., pág 232.

¹⁴³ Art 1175 Código Civ. Del objeto de los contratos. “No pueden ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares”.

¹⁴⁴ Cámara, Héctor *Efectos...*, pág 1562 admite esta modalidad y expresa en su apoyo que de esta forma “se precautela mejor la empresa social, evitando la intromisión de numerosas personas que pueden carecer de “*affectio societatis*” y *trabar la marcha, al cambiar el régimen de mayorías o tornar ilusoria la unanimidad en los casos exigidos*”, citado por Zaldívar, Enrique y otros, ob. Cit., pág 233.

a) Planteo del problema.

La primera reflexión que debemos hacer sugiere la clasificación de las sociedades en sociedades de personas y sociedades de capital, dicho de otra manera, debe buscarse un tratamiento diferente del instituto de entre aquellos tipos sociales en los cuales la figura del socio tiene una importancia fundamental (básicamente por el régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada que la ley establece), de las sociedades de capital, en las cuales el régimen de responsabilidad no tiene en cuenta la figura del socio limitando su responsabilidad.

Esta confusión mencionada se funda en lo siguiente:

De acuerdo a la concepción tradicional de las S.R.L. se considera a este tipo societario como una forma intermedia entre las sociedades de personas y las sociedades de capital (carácter híbrido¹⁴⁵);

Al respecto, es importante recordar sucintamente, que las cuotas sociales pueden transmitirse sea vía cesión de derechos, o bien por causa de muerte.

En el primer supuesto podemos decir que se trata de una cesión de derechos entre vivos (arts 152¹⁴⁶ a 156 y 150) y que las cuotas en que se divide el capital de toda S.R.L. son transmisibles por naturaleza, aunque no negociables como títulos valores (arts 152, 153 y concordantes).

El principio básico en la materia es el de la libertad de transmisión (art 152). El contrato social puede limitar la transmisibilidad de las cuotas, pero no prohibirla (art 153). Mascheroni¹⁴⁷ sostiene que *las restricciones contractuales no podrán ser de tal índole o severidad que, de hecho, impidan la transmisión, pues entonces se estaría violando, por esa vía, el espíritu de la ley y la misma naturaleza del tipo societario en concordancia con el art 214 L.S. referente a las acciones.*

El hecho de la transmisibilidad de las cuotas, constituye, un argumento más para encuadrar a la S.R.L. entre las sociedades de capital, agregando dicho autor que, la transmisión de cuotas sociales lleva inherente, con respecto al cesionario, la adquisición de la calidad de socio de la S.R.L.

En el segundo supuesto, es decir, transmisión de cuotas por fallecimiento, los socios, en el contrato social pueden pactar que, en caso de que alguna fallezca, la sociedad continúe con sus herederos.

Es así que el antiguo art 155 L.S. excluía a la resolución parcial de manera expresa por lo que la S.R.L. no se resolvía parcialmente en caso de muerte de algunos de sus socios. En efecto, el primer párrafo disponía expresamente que la transferencia por causa de muerte se rija por el art 152, salvo disposición en

¹⁴⁵ Híbrido. Figurativo. Dícese de lo que es producto de elementos de distinta naturaleza. Diccionario enciclopédico. El pequeño Larousse. 1998. Colombia 3ra edición.

¹⁴⁶ Art 152 (texto según ley 22.903. Cesión de cuotas. “Las cuotas son libremente transmisibles, salvo disposición contraria en el contrato.

La transmisión de la cuota tiene efecto frente a la sociedad desde que el cedente o el adquirente entreguen a la gerencia un ejemplar o copia del título de la cesión o transferencia, con autenticación de las firmas si obra en el instrumento privado.

La sociedad o el socio sólo podrán excluir por justa causa así incorporado, procediendo con arreglo a lo dispuesto por el art 91, sin que en este caso sea de aplicación la salvedad que establece su párrafo segundo”.

¹⁴⁷ Mascheroni, Fernando. *Manual de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 4ta edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1987, págs 95 y 96.

contrario del contrato, o sea que los herederos, si no fueren socios, tendrían que seguir el mecanismo del art 152 al que remitía el citado art 155, para incorporarse a la compañía.

Este régimen particular de compartir caracteres comunes con otros tipos societarios (de diversa concepción), ha generado el régimen híbrido e insuficiente previsto en el art 155¹⁴⁸ de la L.S., puesto que dicho art es una norma incompleta porque no establece cuál es el principio, en caso de pactarse expresamente la no incorporación de los herederos o si no se pactare sobre esto.

Esta casuística se centra en 2 posibilidades, a saber: a) la presencia de cláusula contractual; y b) la ausencia de tal previsión.

Esta circunstancia y el hecho que la S.R.L no se encuentra incluida en la previsión del art 90 1ra parte (resolución parcial por causa de muerte de un socio), constituirán el desarrollo de esta exposición.

b) Ausencia o silencio de cláusula de pacto de incorporación de herederos

La L.S. no establece cuál es el principio general sobre el silencio de pacto de incorporación de herederos, lo que acarrea una gran confusión.

La jurisprudencia¹⁴⁹ ha dicho que *de conformidad con lo normado en el art 155 L.S. la muerte de un socio en una S.R.L. resuelve parcialmente la sociedad cuando en su estatuto social nada se ha previsto en punto a la incorporación como socios de los herederos del causante.*

Indicaron los jueces que *la omisión del art 90 de la L.S. (al excluir a la S.R.L) entre los tipos sociales en los que procede la resolución parcial, sólo significa que el legislador trató el asunto en otro artículo del referido cuerpo normativo (155 L.S.).*

Para las S.R.L, el art 155 de la L.S. establece que: “Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios...”, de manera tal que, frente al silencio del contrato, hay que interpretar que el fallecimiento del socio en este tipo societario, también resuelve parcialmente el contrato de sociedad.

Acquarone¹⁵⁰ interpreta que la L.S consagra el principio de la libertad en la transmisión de las cuotas sociales. Por otro lado, la L.S. plantea la validez de las restricciones a la transferencia, sin que ellas importen la prohibición.

¹⁴⁸ **Art 155 (texto según ley 22.903). L.S. Incorporación de los herederos.** “Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios. Su incorporación se hará efectiva cuando acrediten su calidad; en el interín actuará en su representación el administrador de la sucesión.

Las limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas serán, en estos casos, inoponibles a las cesiones que los herederos realicen dentro de los 3 meses de su incorporación. Pero la sociedad o los socios podrán ejercer **opción de compra** por el mismo precio, dentro de los 15 días de haberse comunicado a la gerencia el propósito de ceder, la que deberá ponerlo en conocimiento de los socios en forma inmediata y por medio fehaciente”.

¹⁴⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A fecha 29/12/2008, en autos Rimieri de Gulisano, Elena y otros c/González y Cía. S.R.L. en WWW. online. La ley. Com. AR.

¹⁵⁰ Acquarone, María. “*Pactos de incorporación y exclusión de herederos*”, en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria, Bs. As. Ad Hoc. 1993, pág 129.

Con ello crea dos tipos o subtipos de S.R.L.: una, la del mero agrupamiento de capitales (cuotas libremente transmisibles), y otra que tendrá carácter personalista (restricciones a la transmisibilidad de las cuotas). En función de estas características deberá analizarse la posible incorporación de los herederos y los pactos existentes, como así también la posibilidad de silencio de los mismos. La L.S. mantiene en el art 155 la obligatoriedad en la incorporación de los herederos cuando hay un pacto. Dicha autora entiende que atento a los principios que rigen en la S.R.L., en caso de tratarse de una sociedad con cuotas libremente transmisibles, frente a la inexistencia o silencio de pacto, *la incorporación de los herederos a la sociedad sería obligatoria, desde la aceptación de la herencia, ya que las cuotas integran el haber hereditario y los socios sobrevivientes tendrán que aceptar a éstos, debido a que regirían los principios de las sociedades de capital.*

Sin embargo, en caso de *haberse pactado* limitaciones o restricciones a la libre transmisibilidad de las cuotas, a tenor del art 153 de la L.S., respecto de ellas, los herederos serán considerados como terceros, lo que acarrea, no lograda la conformidad en los términos del contrato social, la resolución parcial.

Cesaretti¹⁵¹ opina también que, en el supuesto de sociedades con restricciones a la transmisibilidad, regirían los principios inversos y ante la falta de previsión interpreta que corresponde la resolución parcial.

Para Nissen¹⁵² frente al silencio del contrato la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato de sociedad, con derecho a los herederos a reclamar el valor de la participación del socio fallecido.

Vítolo¹⁵³ sostiene una opinión en contrario ante el silencio del contrato con respecto a la incorporación de los herederos en caso de muerte del socio. El autor sigue el razonamiento impuesto por la ley, la cual omite decir que, frente a la muerte del socio no habría obligación de incorporación para los herederos ni para los socios ni para la sociedad. En consecuencia, ante la muerte del socio, se daría una situación compleja, a saber: a) No habría resolución parcial del contrato, debido a que la S.R.L. no se encuentra comprendida entre los tipos societarios mencionados en el texto del art 90 L.S.; b) No existiría incorporación de los herederos del socio de manera obligatoria para éstos, para los socios ni para la sociedad (interpretación a contrario sensu del art 155, 1ra parte), que prescribe que si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios y su incorporación se hará efectiva cuando acrediten su calidad de tales;

c) Los socios podrían decidir querer incorporarse a la sociedad, o elegir no hacerlo, generándose un conflicto societario en caso de no existir acuerdo entre las partes.

Concluye diciendo dicho autor que, *sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por los arts 89 y 90 L.S., la muerte del socio tampoco produciría la resolución parcial del contrato de sociedad, salvo que*

¹⁵¹ Cesaretti, Oscar. “*Convenios de incorporación de herederos*”, en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Bs. As. Ad Hoc. 1993, pág 117

¹⁵² Nissen, Ricardo. Ob., Cit., pág 91

¹⁵³ Vítolo, Daniel Roque. “*La situación de los herederos en las sociedades de responsabilidad limitada*” en *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Bs. As. Ad Hoc. 1993, pág 151

esta circunstancia se hubiera pactado expresamente en el contrato constitutivo, como causal de resolución parcial o de disolución.

c) Pactos de incorporación expresados en el contrato (transferencia de las cuotas por causa de fallecimiento). Introducción.

El régimen actual societario evita que la sociedad tenga una descapitalización como consecuencia del fallecimiento sucesiva de socios y pueda continuar con su giro comercial, pero en la realidad se plantean posteriormente ciertos conflictos societarios.

Tanto para las sociedades de personas como para las S.R.L, que se caracterizan por enfatizar la persona del socio como determinante de la constitución de la sociedad, la ley 19.550 ha protegido a los socios sobrevivientes, quienes pueden oponerse al ingreso de los herederos del socio fallecido, para preservar así el *affectio societatis* existente, que podría alterarse con el ingreso de terceros, (arts 131¹⁵⁴, 153¹⁵⁵, 155 y 366¹⁵⁶).

d) Régimen aplicable

Rige esta materia el art 155L.S. el cual mantiene el principio básico convencional: si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y los socios, produciéndose su incorporación efectiva en el momento que acrediten su calidad y siendo representados por el administrador de la sucesión.

Con este régimen del pacto de incorporación, los herederos se encuentran obligados a ingresar a la sociedad asumiendo los activos y pasivos debiendo responder por las obligaciones del causante (en principio).

En consecuencia, se impone la misma obligatoriedad que en las sociedades de personas. La doctrina mayoritaria se opone a dicha obligatoriedad de ingresar a la sociedad, por lo mismos argumentos que expusimos anteriormente.

¹⁵⁴ **Art 131 L.S. De la sociedad colectiva. Modificación del contrato.** “Toda modificación del contrato, incluso la transferencia de la parte a otro socio, requiere el consentimiento de todos los socios, salvo pacto en contrario”

¹⁵⁵ **Art 153 L.S. Limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas.** “El contrato de sociedad puede **limitar la transmisibilidad** de las cuotas, **pero no prohibirla.**

Son lícitas las cláusulas que requieran la **conformidad mayoritaria o unánime** de los socios o que confieran un derecho de preferencia a los socios o a la sociedad si ésta adquiere las cuotas con utilidades o reservas disponibles o reduce su capital.

Para la validez de estas cláusulas el contrato debe establecer bs procedimientos que se sujetará el otorgamiento de la conformidad o el ejercicio de la opción de compra, pero el plazo fijado para notificar la decisión al socio que se propone ceder no podrá exceder de 30 días desde que éste comunicó a la gerencia el nombre del interesado y el precio. A su vencimiento se tendrá por acordada la conformidad y por no ejercitada la preferencia”.

¹⁵⁶ **Art 366 (Texto según ley 22.903) De la sociedad accidental o en participación. Normas supletorias.** “Esta sociedad funciona y se disuelve, a falta de disposiciones especiales, por las reglas de la sociedad colectiva en cuanto no contraríen esta sección.”

Entonces resulta que el único medio que permite eludir el ingreso es la renuncia a la herencia, acarreado quizás la disolución de la sociedad.

Sin embargo, el 2do párr del art 155 otorga la posibilidad a los herederos dentro del plazo de 3 meses de su incorporación, de poder ceder libremente sus cuotas, sin que les sea oponible el régimen de limitaciones a su transmisibilidad.

Al mismo tiempo, se le otorga a la sociedad la opción de compra por el mismo precio, que deberá ejercer dentro de los 15 días de haberse comunicado a la gerencia el propósito de cesión de cuotas, la que deberá ponerlo en conocimiento de los socios en forma inmediata y a través de medios de comunicación fehacientes.

La existencia de un pacto de incorporación, obliga a ambas partes, razón por la cual no le resultarían oponibles a los herederos las eventuales cláusulas de limitación de la transferencia de las cuotas sociales. La sociedad o los socios podrán ejercer opción de compra por el mismo precio, dentro de los 15 días... art 155 L.S.

e) Otros Pactos usuales de continuación.

A fin de evitar las consecuencias de una disolución anticipada de la sociedad, suelen preverse pactos de continuación de la actividad empresaria.

Las modalidades que suelen asumir esas cláusulas son diversas, pero a efecto de su análisis, señalaremos las que consideramos más importantes, a saber:

e.1) Cláusula de continuación de la sociedad con los socios sobrevivientes, y sin los herederos del socio fallecido (exclusión).

Este pacto implica la exclusión de los herederos del socio fallecido. Diversos motivos pueden determinar que se establezca esta cláusula contractual, la cual debe considerarse válida a tenor de lo dispuesto en el art 90 L.S, y conforme al principio al principio de autonomía de la voluntad¹⁵⁷.

Sin embargo, estas cláusulas tienen el límite de las normas de orden público interno establecidas en el Cód Civ (art 21¹⁵⁸ y concordantes), por ej lo establecido en el art 1654¹⁵⁹, inc 3º...que dice que no son válidas las estipulaciones que afecten **la legítima** de los herederos forzosos.

¹⁵⁷ Art 1137 Cód Civil. “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”

¹⁵⁸ Art 21 Código Civil. “La convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

¹⁵⁹ Art 1654 Código Civil. “Son válidas las estipulaciones siguientes: inc3º) que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos solo tengan derecho a percibir como cuota de sus ganancias una cantidad determinada, o que el socio o socios sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social, pagándose una cantidad determinada. Empero la aplicación de esta estipulación, **no podrá afectar la legítima de los herederos forzosos**. Además será invocable en cualquier caso el derecho que acuerda el art 1198 respecto de las circunstancias imprevistas sobrevivientes”.

También la L.S. ha sido terminante al establecer expresamente que son nulas las estipulaciones por las cuales “la totalidad de las ganancias y aún de las prestaciones a la sociedad pertenezcan al socio o socios sobrevivientes” (art 13 L.S.)

En forma similar, el art 13 inc 5° L.S. establece la protección a los herederos de cláusulas leoninas que pudieran contener el contrato de sociedad, al establecer que *son nulas las cláusulas que permitan la determinación de un precio para la liquidación de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva*”, en cuyo caso son nulas.

e.2) Cláusula de opción para la sociedad de continuar o no con los herederos

También resulta lícita la estipulación contractual que deja a los sobrevivientes la decisión de incorporar a los herederos de un socio fallecido. Pero en caso que tal decisión sea afirmativa, será necesario contar con la voluntad concurrente de las partes ya que el desistimiento de una de ellas implica la no conclusión del pacto.

En caso de no incorporarse los herederos y exigir el valor de la cuota parte del socio muerto, ésta se liquidará siguiendo las siguientes pautas, a saber:

Ha de recibir el valor según el balance le corresponde;

Ha de aplicarse el art 92 (exclusión) y concordantes¹⁶⁰, a todos los casos de resolución parcial, cualquiera sea la causa que la origine.

¹⁶⁰ De la resolución parcial y de la disolución

Art 89. Causales contractuales. “Los socios pueden prever en el contrato constitutivo causales de resolución parcial de disolución no previstas en esta ley”.

Art 90. Muerte de un socio. En las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato.

Art 91. Exclusión de socios. “Cualquier socio en las sociedades mencionadas en el art anterior, en las S.R.L. y los comanditados de las en comandita por acciones, puede ser excluido **si mediare justa causa**. Es nulo pacto en contrario.

Justa causa. “Habrà 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 S.R.L.

Art 37. Mora en el aporte: sanciones. “El socio que no cumpla con el aporte en las condiciones convenidas incurre en mora por el mero vencimiento del plazo, y debe resarcir los daños e intereses. Sin no tuviere plazo fijado, el aporte es exigible desde la inscripción de la sociedad.

La sociedad **podrá excluirlo** sin perjuicio de la reclamación judicial del afectado o exigirle el cumplimiento del aporte. En las sociedades por acciones se aplicará el **art 193**”.

Art 193. Del capital. Mora en la integración. Sanciones. “El estatuto podrá disponer que los derechos de suscripción correspondientes a las acciones en mora, sean vendidos en remate público o por medio de un agente de bolsa si se tratare de acciones cotizables. Son de cuenta del suscriptor moroso los gastos de remate y los intereses moratorios, sin perjuicio de su responsabilidad por daños.

Art. 92 Exclusión: efectos: la exclusión produce los siguientes efectos:

1°) el socio excluido tiene derecho a una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de la invocación de la exclusión;

2°) si existen operaciones pendientes, el socio participa en los beneficios o soporta sus pérdidas;

3°) la sociedad puede retener la parte del socio excluido hasta concluir las operaciones en curso al tiempo de la separación;

4°) en el supuesto del art. 49 (pérdida del aporte de uso y goce), el socio excluido no podrá exigir la entrega del aporte si éste es indispensable para el funcionamiento de la sociedad y se le pagará su parte en dinero;

5°) el socio excluido responde hacia terceros por las obligaciones sociales hasta la inscripción de la modificación del contrato en el Registro Público de Comercio”.

29) Responsabilidad que asumen los herederos por las deudas sociales al adquirir la calidad de socio

Una de las formas de incorporarse a una sociedad comercial como la calidad de socio es por sucesión universal “mortis causa”: el fallecimiento de un socio, transmite en principio, esa calidad a los herederos, quienes se incorporarán a la sociedad ocupando el lugar de aquél, asumiendo derechos y obligaciones dentro de la sociedad.

Decimos “en principio” porque el art 1195¹⁶¹ del Cód Civil, especifica que la extensión de los efectos activos y pasivos de los contratos a los sucesores universales reconoce las excepciones emergentes de la ley o del contrato mismo (en este caso, el contrato de sociedad). En consecuencia, no existiendo norma legal ni cláusula contraria en el contrato social, los herederos se incorporarán a la sociedad como titulares de la porción del causante, cuando se halle representada por partes, cuotas o acciones sociales.

Es importante destacar:

1º) que la incorporación no es automática, pues debe atenderse al principio rector de que toda herencia se presume aceptada con beneficio de inventario (art 3363¹⁶² Cód Civil);

2º) cuando sean varios los herederos, y la herencia permanezca en estado de indivisión, se incorporará como socio el ente sucesorio y no cada uno de los herederos, aun cuando las respectivas participaciones resulten de las proporciones legales.

Lo trascrito plantea el interrogante de si los herederos del socio fallecido que se incorporan a la sociedad, responden con sus patrimonios particulares por las deudas sociales.

En efecto, debe recordarse que en ciertos tipos sociales sus integrantes asumen una responsabilidad ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales.

Si bien la solución no surge del texto legal, estimamos que el espíritu del legislador ha sido que los herederos limiten su responsabilidad a la parte social recibida por herencia. Apoyando esta tesis, se puede argumentar que la misma L.S. art 90 2do párr, otorga facultad a los herederos a transformar la parte recibida en comanditaria, es decir limitando su responsabilidad y haciendo frente a las deudas sociales con los bienes que constituyen el aporte social.

Este espíritu de la L.S. de limitar la responsabilidad concuerda con la norma civilista del art 3363.

Es decir que la totalidad de los bienes del causante continúan garantizando la efectividad de los aportes, pero no se hace extensiva dicha responsabilidad a los bienes propios del heredero¹⁶³.

En relación a este punto, el régimen de los contratos civiles está plasmado en los arts 1195 y 3279¹⁶⁴ y concs del Código Civil, según los cuales colocan al heredero en la misma situación que tenía el causante.

¹⁶¹ **Art 1195 Cód Civil. Del efecto de los contratos.** “Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros”.

¹⁶² **Art 3363 Cód Civil. De la aceptación de la herencia con beneficio de inventario.** “Toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga”.

¹⁶³ Zaldívar, Enrique y otros, ob. Cit., pág 238.

¹⁶⁴ **Art 3279 Cód Civ.** “La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en esta Código”.

30) Sociedades anónimas. Introducción y planteo del problema

Tratándose de S.A., la muerte de un accionista es indiferente para la sociedad y no resuelve parcialmente el contrato social.

Cabe recordar que, el hecho de haberse derogado las acciones al portador, y la obligatoriedad de emitir acciones nominativas no endosables (ley 24.587), obligan a los herederos del accionista fallecido a promover su sucesión, ingresando a la sociedad una vez acreditado su carácter de tales, inscribiendo la correspondiente declaratoria de herederos en el Libro de Registro de Acciones (art 213 L.S.) como requisito indispensable para el ejercicio de los derechos políticos y patrimoniales que los títulos accionarios heredados otorgan.

En este tipo societario, el título accionario es por su naturaleza esencialmente transmisible (art 214 L.S.), entonces en principio, no requiere como presupuesto determinada calidad en quien lo detenta.

Nissen y Martorell¹⁶⁵, opinan que el 1er párr del art 214 L.S. afirma el principio de la libre transmisibilidad de los títulos accionarios, el cual debe ser considerado característica esencial y rasgo tipificante de la gran S.A., y cuando se produce la muerte de algún socio, debido a que quienes integran el ente social, resultarán herederos de esos títulos.

En consecuencia, hoy en día el instituto de la resolución parcial se exhibe como solución incompatible con el tipo societario S.A., debido a que la normativa vigente y a una versión dogmática de la cuestión, enseñan que cualquier persona puede ingresar o salir de las S.A. (abiertas), merced a la existencia de mercado para la compra o venta de sus acciones.

Pero la realidad demuestra todo lo contrario, pues en las *S.A. cerradas o de familia*, los accionistas se convierten en verdaderos prisioneros de un esquema organizativo al cual, en muchos casos, ni siquiera tuvieron la voluntad para ingresar en esos esquemas organizativos familiares.

Nissen¹⁶⁶, señala que en materia de S.A. la resolución parcial del contrato social no es admisible, pues en este tipo societario, la personalidad del socio, en principio, es indiferente. Dicho autor utiliza las palabras en principio, puesto que opina que a pesar del esfuerzo del legislador de reservar este molde societario a las grandes empresas, es costumbre de parte de los comerciantes u hombres de negocios, constituir S.A. para cualquier emprendimiento comercial, seducidos por la limitación de la responsabilidad y por razones impositivas, que benefician de manera poco comprensible a las S.A. sobre otros tipos societarios.

En consecuencia, ello ha llevado a la constitución y funcionamiento de innumerables S.A. que son, en rigor de verdad, sociedades colectivas o S.R.L. disfrazadas de S.A., en las cuales no se cumplen con todos los requisitos de funcionamiento que la ley establece a este tipo social, que se caracteriza por garantizar

¹⁶⁵ Nissen, Ricardo: *Ley de sociedades comerciales*, T 3, Ábaco, Bs. As., 1997, Martorell, Ernesto: *S.A.*, Depalma, Bs. As., 1988, citados por Sosa de Irigoyen, Maria, en *Conflictos en sociedades cerradas y de familia*, pág 134.

¹⁶⁶ Nissen, Ricardo. *Incorporación y exclusión de herederos*, ob., cit., pág 93.

los derechos de los socios accionistas, quienes se encuentran por lo general alejados de la administración de la misma.

La S.A. cerradas o de familia¹⁶⁷, constituyen la gran mayoría de las S.A. que funcionan en nuestro país, resultando incompatible el régimen establecido por la L.S. para el funcionamiento de las mismas, pues dicha normativa ha sido pensada para la gran S.A., es decir, aquella que concentra capitales para empresas de gran envergadura y no con el único propósito de limitar la responsabilidad de los socios. Por ello, la L.S. establece en el art 214 de la L.S. establece la libre transmisibilidad de las acciones. El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia

De lo expuesto, si el molde de las S.A. fue pensado solamente para las grandes empresas, ello explicaría que la resolución parcial no sea instituto aplicable a este tipo de sociedades, pues si la S.A. quedase reservada a las grandes empresas, el fallecimiento de un accionista resultaría intrascendente para la vida de la sociedad, puesto que al heredero le sería fácil vender su paquete accionario (recibido por herencia) a los otros accionistas, suponiéndose que por definición existe un gran número de ellos.

Pero, en la práctica, se constituyen S.A. cerradas o de familia, en las cuales ingresan herederos del accionista, quienes no tienen otro mercado, para la venta de sus acciones, que los propios integrantes de la sociedad, lo cual deriva, generalmente, en un estado de conflicto permanente.

La ley 19.550 acepta en las sociedades colectivas, en comandita simple y S.R.L., que el contrato social prevea la incorporación de los herederos del socio, el cual es obligatorio para éstos y para la sociedad.

Es así, que el heredero se convierte en un “socio forzado” que, en lugar de recibir su herencia, deberá ingresar a un ente asociativo del cual quizás nunca tuvo ánimo de ingresar.

En cuanto a las sociedades por acciones, atento a su naturaleza pecuniaria, la muerte del accionista no resuelve parcialmente el contrato de sociedad y la transmisibilidad de las acciones a los herederos se encuentra sujeta a las mismas reglas de la transmisión de los demás bienes del causante, es decir no se realiza un nuevo contrato de sociedad.

La jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de limitación de la transferencia de acciones mortis causa, rigiendo al respecto el régimen previsto por el art 214¹⁶⁸ de la L.S.

¹⁶⁷ La gran mayoría de las S.A. de familia se constituye sobre la base de empresas unipersonales, empresa en las que el capital la dirección y la buena parte del trabajo corresponden a una sola persona, y la sociedad comenzará a ser tal, a partir del fallecimiento de ese fundador, padre de familia, cuando sus acciones, que representan el capital de la sociedad, pasen a sus herederos, convirtiéndose así en una sociedad anónima familiar.

Cabe citar que son numerosos los ejemplos de **sociedades cerradas** de gran envergadura, por **ej Ford Motor Company**, que fue una sociedad cerrada de familia hasta 1956 en que decidió cotizar sus acciones en la bolsa; otro caso es el de Cargill. En Báñ. Thánh: La sociedad anónima familiar, Hispana Europea, Barcelona, 1951, citado por Irigoyen, María. “*Situación de los herederos de los socios o accionistas en las relaciones societarias*”, en Conflictos en S.A. cerradas y de familia, pág 139

¹⁶⁸ Art 214 (Texto según ley 22.903) Transmisibilidad. “La transmisibilidad de las acciones es libre.

a) Opinión de la doctrina.

En relación a las cláusulas limitativas de la transferencia de acciones ínter vivo o mortis causa en nuestro derecho la doctrina se ha referido de la siguiente manera, a saber:

1º) Nissen¹⁶⁹ opina que el art 214 de la L.S (2do párr) tiene como fundamento restringir el ingreso a la sociedad de personas que no responden a los mismos intereses de los socios, ya sea para mantener la cohesión del grupo, la hegemonía en la conducción u otros motivos;

2º) Los arts 3410 y ss Cód Civ no son aplicables al negocio societario y, por lo tanto, los herederos del socio fallecido no se encuentran en la misma posición que éste tenía en la sociedad, debiendo ser considerados como terceros ajenos a la sociedad.

Por el contrario, las especiales características del contrato de sociedad hacen plenamente aplicable las excepciones previstas en el art 3417¹⁷⁰ Cód Civ, debiendo incluirse a la transferencia mortis causa de las participaciones societarias entre aquellos derechos que **no son** transmisibles por sucesión, pues el plexo de derechos y obligaciones que el estado de socio supone torna inadmisibile la extensión de los efectos del contrato social a los sucesores universales del socio o accionista (Art 1195 Cód Civ).

3º) Es importante agregar que en cuanto a la admisibilidad del art 214 L.S. en relación a las transferencias mortis causa de las acciones nominativas, requiere una expresa cláusula estatutaria que asegure a los herederos del socio fallecido el justo precio del valor de los títulos accionarios del que el difunto era titular.

Por su parte, Richard y Muño¹⁷¹ expresan lo siguiente:

El art 214 L.S. determina el régimen de libre transmisibilidad de las acciones, autorizando incorporara en el estatuto limitaciones a la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de la transferencia. La prohibición absoluta de transferencia sería nula por afectar a la propia esencia de este tipo societario.

El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia.

La limitación deberá constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos.”

¹⁶⁹ Nissen, Ricardo : Negocios sobre partes, cuotas, acciones y otros títulos societarios, Ad-Hoc, Bs. As, 1995, citado por Irigoyen, Maria, ob., cit., pág 140

¹⁷⁰ **Art 3417 Cód Civ.**: “El heredero que ha entrado en la posesión de la herencia, o que ha sido puesto en ella por juez competente continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor , **con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión.**

Los frutos y productos de la herencia le corresponden. Se transmiten también al heredero los derechos eventuales que puedan corresponder al difunto.

¹⁷¹ Richard, Efraín y Muño, Osvaldo. Derecho Societario. Sociedades comerciales, civil y cooperativa, Astrea, Bs. As., 1997, citado por Irigoyen, Maria, ob., cit., pág 142.

Luego, agregan: "... también suelen pactarse cláusulas de preferencia que funcionan en caso de transferencia, respecto de los accionistas actuales, por un precio adecuado y determinado, quienes deben ser debidamente notificados de tal situación.

Estas cláusulas limitativas deben figurar en el título para tornarse oponibles...

La sociedad no puede imponer a través de modificaciones a los estatutos restricciones a la transferencia que no sean aceptadas por todos los accionistas.

La asamblea sólo tiene facultades para imponer normas de organización y aquellas referidas a los derechos de los socios en beneficio de otros (por ej, impidiendo la transmisión mortis causa)".

Además Richard¹⁷² sostiene que: "...son válidas las restricciones que se impongan las partes en sus propios contratos, conforme el principio del art 1197 Cód Civ...", mencionando que dentro de esas restricciones estarían las cláusulas de preferencia y las cláusulas de consentimiento, que podrían hacer referirse a la transferencia intervivos o mortis causa, donde es necesario recordar que nuestra ley no hace referencia o distinción a esta últimas para las sociedades por acciones, limitándose hacerlo para las S.R.L (art 155 L.S.), y agrega Richard que la doctrina no ha cuestionado que las restricciones que refiere el art 214 L.S. sean también para las relaciones mortis causa si así estuviere previsto".

Surge el siguiente interrogante, ¿podría perjudicar a terceros?, (en este caso considerando a los herederos como si fueran terceros, debido a que accederían a ser socios y esta cláusula se los impediría), entonces, ¿se les causaría algún perjuicio?

Opina Richard que no, en caso de otorgarles justa compensación, debido que al hacerlo no se genera un abuso de derecho o una situación de imprevisible, como señala el art 1198 Cód Civ, no afectando así los derechos de los herederos.

En conclusión esta cláusula restrictiva no puede afectar los principios básicos como el de propiedad y la compensación con justo valor y también que no puede ejercitarse un derecho de manera abusiva (art 1071 Cód Civ), debe evitarse el fraude a la legítima hereditaria.

b) La jurisprudencia.

Respecto de la limitación de la transferencia de las acciones nominativas en caso de muerte de alguno de sus accionistas la jurisprudencia ha aceptado la limitación de la transferencia de acciones mortis causa, y reflejo de ello es el pronunciamiento judicial en autos "El Chañar SA" s/ inscripción ante I.G.J. (trámite de precalificación) Cám., Nac., Com. - Sala B - 27/10/1993¹⁷³, en donde la Cámara tuvo oportunidad de dilucidar

¹⁷² Richard, Efraín, "Limitación a la transferencia de las acciones mortis causa", presentado en las II Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, 1994, citado por Irigoyen, María, ob., cit., pág 142 y 143.

¹⁷³ Cámara Nacional de apelaciones en lo Comercial, Sala B. El Chañar S.A. 27/10/1993, publicado en LL 1994-D, 275- DJ 1994-2, 888

un caso sumamente controvertido donde la Inspección General de Justicia, había resuelto, en base a los siguientes argumentos:

a) "...que el heredero del socio fallecido no puede ser considerado como tercero por la sociedad ni por los restantes socios, pues de conformidad con lo establecido por los artículos 3279, 3417, 3234 y concordantes del Código Civil, el heredero continúa la persona del difunto y es propietario de todo lo que el difunto era propietario y, entre ello, las acciones de una sociedad anónima";

b) Que con tal posibilidad se prohíbe disponer de sus títulos accionarios al heredero del accionista, apartándose no solo de los principios del derecho civil, que son de orden público, sino también de la naturaleza de la S.A. que permite a cualquier tercero adquirir una fracción de capital;

c) Que si la intención de los socios es elegir al tercero que va a participar del capital social, aquéllos debieron optar por lo reglado por la L.S. en los arts 125 y ss, para la sociedad colectiva o 146 y ss (en especial el art 153 para las S.R.L.);

Por su parte, en dicha oportunidad, la Cámara rechazó el fundamento de la Inspección General de Justicia, resolviendo que:

a) "...si bien el artículo 214 de la ley de sociedades comerciales se refiere en general al caso de transmisión de acciones nominativas 'inter vivos', una especial disposición del estatuto permite extenderlo al supuesto de transmisión 'mortis causa'" y agregando que :

b) " de conformidad con el art 214 L.S, tratándose d acciones nominativas (tipo de acciones con rasgos próximos al carácter "intuitu personae"), el estatuto puede prever las cláusulas de limitación a la transferencia de acciones nominativas, pues estas cláusulas tienden a resguardar, cuando no a impedir, el ingreso de personas, o grupo de personas, a los efectos de mantener la cohesión del grupo fundador, la hegemonía en la conducción de la sociedad, evitar perturbaciones en la marcha de la misma o por otros motivos";

c) que si bien es cierto que los sucesores universales se encuentran, en principio, en la misma situación que las partes a las cuales suceden (art 3417 del Cód Civ), ello no es principio absoluto, pues dicha norma excluye a los derechos que no son transmisibles

por sucesión, entre los cuales están previsto “los derechos intransmisibles en virtud de una cláusula contractual (art 1195 del Cód Civ);

d) sin embargo, la admisibilidad de cláusulas de limitación a la transferencia de acciones nominativas en caso de muerte de uno de los accionistas, vía estatuto, debe subordinarse a la previsión de un procedimiento que permita al heredero o legatario ser reconocido como accionista, frente a la negativa o desinterés de los restantes socios de ejercer su derecho de opción en la adquisición de las acciones del accionista fallecido, o la posibilidad de obtener un justo precio por dicha participación.

En conclusión, tales cláusulas de limitación según dictamen del Procurador y la Cámara son válidas

c) Análisis de los fundamentos de IGJ para denegar la validez y legitimidad de las cláusulas estatutarias que limiten la transmisibilidad.

Sosa de Irigoyen, María¹⁷⁴, analiza lo siguiente: *resulta evidente que los títulos accionarios de una S.A. forman parte de los derechos activos del causante y que el heredero, al continuar la persona del difunto, es propietario de todo lo que éste era propietario, en la medida que cualquier participación societaria de cualquier tipo entraría dentro de este razonamiento.*

Por otro lado, la norma del art 3417 de Cód Civ que pareciera para ser la base del fundamento emitido por IGJ en el caso, no puede interpretarse bajo ningún punto de vista en el sentido de que los herederos se identifican con la persona del causante, sino que continúan la persona de aquél a los efectos de la propiedad de los bienes del causante y de las relaciones patrimoniales de las que era titular.

Por ello, los herederos no son la misma persona del causante, ni pueden ser considerados otorgantes o partes del acto fundacional de la S.A., conforme al art 166 de la L.S., pues solo considera esta norma como tales a los firmantes del acto constitutivo.

31) Conclusiones del fallo:

Concluye diciendo que en este fallo, la Cámara dispuso:

1º) “La situación provocada por la muerte de un socio en orden a las cuotas o partes societaria de las que era titular, no puede resolverse por remisión directa a la regla genérica de la continuidad sucesoria de los herederos respecto de la persona del causante, desde que dicha previsión debe ajustarse a las particularidades del tipo societario, y a las variantes que, en punto a la autonomía de la voluntad acuerda la propia L.S.”

¹⁷⁴ Sosa de Irigoyen, María.”Situación de los herederos de los socios o accionistas en las relaciones societarias”, en Conflictos en S.A. cerradas y de familia, 1ra edición. Ad-Hoc. Bs. As. 2004, pág 149

2º) Esta armonización de las normas previstas por los arts 3410 y 3417 del Cód Civ, con el principio general que en materia de contratos establece el art 1195 del mismo ordenamiento, cuando prescribe la no extensión de los efectos de los contratos a los herederos del causante, cuando las obligaciones que nacieren de ellos fueren inherentes a la persona o que resulte lo contrario de una cláusula contractual, resulta plenamente aplicable a las sociedades en general (art 19 L.S.) y la permisón que en general y sin limitaciones prescribe el art 214 L.S..

3º) de conformidad con el art 214 L.S, tratándose d acciones nominativas (tipo de acciones con rasgos próximos al carácter “intuitu personae”), el estatuto puede prever las cláusulas de limitación a la transferencia de acciones nominativas, pues estas cláusulas tienden a resguardar, cuando no a impedir, el ingreso de personas, o grupo de personas, a los efectos de mantener la cohesión del grupo fundador, la hegemonía en la conducción de la sociedad, evitar perturbaciones en la marcha de la misma o por otros motivos”;

4º) que si bien es cierto que los sucesores universales se encuentran, en principio, en la misma situación que las partes a las cuales suceden (art 3417 del Cód Civ), ello no es principio absoluto, pues dicha norma excluye a los derechos que no son transmisibles por sucesión, entre los cuales están previsto “los derechos intransmisibles en virtud de una cláusula contractual (art 1195 del Cód Civ);

5º) sin embargo, la admisibilidad de cláusulas de limitación a la transferencia de acciones nominativas en caso de muerte de uno de los accionistas, vía estatuto, debe subordinarse a la previsión de un procedimiento que permita al heredero o legatario ser reconocido como accionista, frente a la negativa o desinterés de los restantes socios de ejercer su derecho de opción en la adquisición de las acciones del accionista fallecido, o la posibilidad de obtener un justo precio por dicha participación.

6º) El fallo “el Chañar” no va en desmedro del derecho de los herederos, en la medida en que se les garantice un precio justo por el valor de la participación del causante y una liquidación razonablemente rápida de esa partición;

7º) La protección de los herederos del accionista fallecido no puede asegurarse con su ingreso a la sociedad y su posterior posibilidad de enajenar las acciones de que han resultado titulares.

32) Derecho Comparado.

El art 240 de la Ley de Sociedades de Perú establece que “*La adquisición de las acciones por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio. Sin embargo, el pacto social o el*

estatuto podrán establecer que los demás accionistas tendrán derecho a adquirir, dentro del plazo que uno u otro determine, las acciones del accionista fallecido, por su valor a la fecha del fallecimiento. Si fueran varios los accionistas que quisieran adquirir estas acciones, se distribuirán entre todos a prorrata de su participación en el capital social. En caso de existir discrepancia en el valor de la acción se recurrirá a tres peritos nombrados uno por cada parte y un tercero por los otros dos. Sin se logra fijar el precio por los peritos, el valor de la acción lo fija el juez por el proceso sumarísimo”.

Esta norma tiene por fundamento el propósito de mantener como socios únicamente a un grupo conocidos de personas. Así cuando un socio fallezca, los otros accionistas podrán adquirir de los herederos o legatarios las acciones de las que era titular. Esta obligación de transferirlas a los demás accionistas se da cuando ello está establecido en el pacto social o en el estatuto.

33) Conclusiones/soluciones

1º) Debido al mal uso del tipo societario S.A. que efectúan los comerciantes y pequeños empresarios, es indispensable o fundamental, modificar nuestra L.S. propiciando soluciones concretas para las S.A. cerradas o de familia, debiéndose regular el instituto de resolución parcial (art 90 L.S) de manera idéntica al de las sociedades personalistas o S.R.L, debido a que a nuestro juicio es importante la consideración de la persona como socio, y que además en las S.A. cerradas o de familia, a diferencia de los ocurre en las S.A. abiertas, el socio-accionista no tiene un mercado al cual recurrir para transferir sus acciones, ni modo de resolver los conflictos relativos a la no incorporación de heredero, siendo especialmente relevante, permitir la resolución parcial del contrato de sociedad, la conformación de nuevas causales en el estatuto cuando no estén previstas legalmente, y no permitir la incorporación de herederos en el caso de fallecimiento del accionista, evitándose así conflictos que se presentan en las S.A. cerradas.

2º) En las S.A., el principio general es la no resolución parcial del contrato de sociedad por fallecimiento del socio, debido a que la personalidad del socio en este tipo societario es indiferente, predominando el *intuitu pecuniae*.

Sin embargo en la práctica, se ha desvirtuado el concepto o naturaleza del tipo S.A. y se lo utiliza indiscriminadamente para cualquier emprendimiento comercial.

3º) Debe seguirse el criterio civilista de la no incorporación del socio de manera forzada.

Vélez Sarfield, en la nota al art 1670 del Cód Civ, sostiene que nadie puede ser socio por herencia, o de otra manera contra su voluntad, evitándose así el ingreso forzado a la sociedad.

4º) Prever, como único medio de eludir la incorporación a la sociedad, el camino de la renuncia, resulta inconveniente, pues ello de manera implícita forzaría a los herederos a ingresar como socios, contra su íntima voluntad o predisposición, para no perder la

herencia, y al faltar la *affectio societatis*, es probable que las actividades societarias se lesionen o resientan de un modo pronunciado.

5º) La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en un fallo anterior a la ley 19.500, en el caso “Columbia Hnos. S.R.L., del 30 de diciembre de 1947, declaró nula la cláusula de un contrato social que pretendió imponer a los herederos continuar en la sociedad con el socio sobreviviente, fundándose el Tribunal en que *el heredero, conforme con la nota al art 1761 del Código Civil, es una persona incierta, y no puede subsistir una obligación de tener sociedad con una persona que aún no existe o puede ser que no se conozca.*

En consecuencia, no debe descartarse la viabilidad del instituto de la resolución parcial para las S.A. “*cerradas*” o *de familia*, pues éstas representan muchas semejanzas, desde el punto de vista de la relación personal de los socios entre sí, con las sociedades de responsabilidad limitada o personales, en donde además de desempeñar las funciones directoriales, atienden el negocio en forma personal.

Es decir, no debiera existir el menor impedimento para prever, para las S.A. “*cerradas*”, una solución como lo establecido en el art 90 da ley 19550 que predica para las sociedades personalistas, en sostener como principio general, que la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato de sociedad, salvo pacto en contrario.

Tal solución permitiría evitar el ingreso de los herederos del accionista fallecido a la S.A., a los cuales se les pagaría el valor de la participación accionaria de la que era titular el causante a la fecha de su fallecimiento.

6º) En el Derecho comparado, el art 240 de la Ley de Sociedades de Perú establece que “*La adquisición de las acciones por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio. Sin embargo, el pacto social o el estatuto podrán establecer que los demás accionistas tendrán derecho a adquirir, dentro del plazo que uno u otro determine, las acciones del accionista fallecido, por su valor a la fecha del fallecimiento. Si fueran varios los accionistas que quisieran adquirir estas acciones, se distribuirán entre todos a prorrata de su participación en el capital social. En caso de existir discrepancia en el valor de la acción se recurrirá a tres peritos nombrados uno por cada parte y un tercero por los otros dos. Sin se logra fijar el precio por los peritos, el valor de la acción lo fija el juez por el proceso sumarísimo*”.

7º) La jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de limitación de la transferencia de acciones mortis causa, rigiendo al respecto el régimen previsto por el art 214 de la L.S. de la L.S.

8º) La armonización de las normas previstas por los arts 3410 y 3417 del Cód Civ, con el principio general que en materia de contratos establece el art 1195 del mismo ordenamiento, cuando prescribe la no extensión de los efectos de los contratos a los herederos del causante, cuando las obligaciones que nacieren de ellos fueren inherentes a la persona o que resulte lo contrario de una cláusula contractual,

resulta plenamente aplicable a las sociedades en general (art 19 L.S.) y la permisión que en general y sin limitaciones prescribe el art 214 L.S.

9º) De conformidad con el art 214 L.S, tratándose de acciones nominativas (tipo de acciones con rasgos próximos al carácter “intuitu personae”), el estatuto puede prever las cláusulas de limitación a la transferencia de acciones nominativas, pues estas cláusulas tienden a resguardar, cuando no a impedir, el ingreso de personas, o grupo de personas, a los efectos de mantener la cohesión del grupo fundador, la hegemonía en la conducción de la sociedad, evitar perturbaciones en la marcha de la misma o por otros motivos”;

10º) Si bien es cierto que los sucesores universales se encuentran, en principio, en la misma situación que las partes a las cuales suceden (art 3417 del Cód Civ), ello no es principio absoluto, pues dicha norma excluye a los derechos que no son transmisibles por sucesión, entre los cuales están previsto “los derechos intransmisibles en virtud de una cláusula contractual (art 1195 del Cód Civ).

En conclusión, estamos a favor de la estipulación en el estatuto de pactos que restrinjan la incorporación de herederos;

11º) Sin embargo, la admisibilidad de cláusulas de limitación a la transferencia de acciones nominativas en caso de muerte de uno de los accionistas, vía estatuto, debe subordinarse a la previsión de un procedimiento que permita al heredero o legatario ser reconocido como accionista, frente a la negativa o desinterés de los restantes socios de ejercer su derecho de opción en la adquisición de las acciones del accionista fallecido, o la posibilidad de obtener un justo precio por dicha participación.

12º) El fallo “el Chañar” no va en desmedro del derecho de los herederos, en la medida en que se les garantice un precio justo por el valor de la participación del causante y una liquidación razonablemente rápida de esa partición;

13º) La protección de los herederos del accionista fallecido no puede asegurarse con su ingreso a la sociedad y su posterior posibilidad de enajenar las acciones de que han resultado titulares.

14º) Para las S.R.L, el art 155 de la L.S. establece la obligatoriedad de ingreso a la sociedad en caso de pacto , pues dicha norma establece expresamente que: “Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios...”, de manera tal que, frente al

silencio del contrato, hay que interpretar que el fallecimiento del socio en este tipo societario, también resuelve parcialmente el contrato de sociedad. Es decir, correspondiente el pago a los herederos de su participación en las cuotas sociales.

La jurisprudencia¹⁷⁵ ha dicho que *de conformidad con lo normado en el art 155 L.S. la muerte de un socio en una S.R.L. resuelve parcialmente la sociedad cuando en su estatuto social nada se ha previsto en punto a la incorporación como socios de los herederos del causante.*

15º) Tanto para las sociedades de personas como para las S.R.L., que se caracterizan por enfatizar la persona del socio como determinante de la constitución de la sociedad, la ley 19.550 ha protegido a los socios sobrevivientes, quienes pueden oponerse al ingreso de los herederos del socio fallecido, para preservar así el *affectio societatis* existente, que podría alterarse con el ingreso de terceros, (arts 131, 153, 155 y 366).

16º) Frente al silencio del contrato la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato de sociedad, con derecho a los herederos a reclamar el valor de la participación del socio fallecido.

34) 4to Defecto de la L.S. El derecho de receso¹⁷⁶. Hacia una mejor regulación

a) Introducción y planteo del problema

Resulta como un hecho notorio la escasa posibilidad de solucionar los conflictos internos que se desarrollan en el seno de la sociedad comercial en razón de la falta de posibilidades concretas, por parte de los accionistas titulares de participaciones minoritarias, de poder transferir su participación en caso de desacuerdo o descontento con las decisiones de los mayoritarios, lo que acarrea una agudización del conflicto o agravamiento de la tensión.

En efecto, ante la ausencia de modos eficaces de salida o resolución parcial dentro de las relaciones societarias en sociedades de responsabilidad limitada y S.A. cerradas o de familia, hace a que finalmente se ingrese en un terreno conflictivo permanente que conlleve, en algún momento, a plantear un escenario de separación frente al acaecimiento de algunas de las causales que, por la propia vida societaria, o por la propia decisión de la mayoría que “induce o lleva forzosamente” a la separación de los accionistas minoritarios como una forma de “cierre o clausura” del conflicto, pueda habilitar la puesta en marcha del instituto del derecho de receso previsto en el art 245 de la L.S.

Sin embargo, esto que puede parecer como una suerte de salida o solución posible en relación al escenario de tensión, finalmente suele ahondar el conflicto disparando una nueva controversia con respecto a cuál es el valor que debe asignarse a la participación del socio que decide receder.

¹⁷⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A fecha 29/12/2008, en autos Rimieri de Gulisano, Elena y otros c/González y Cía. S.R.L. en WWW. online. La ley. Com. Ar.

¹⁷⁶ La palabra “receso”, etimológicamente, tiene un significado amplio equivalente a retiro, alejamiento o separación, acepciones éstas que se corresponden con las del lenguaje técnico-jurídico, Fontanarro, Consideraciones sobre el receso del socio, JA, 1964-III, sección doctrina, en Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 313.

En consecuencia, es sobre este punto que invitamos a realizar una reflexión, puesto que consideramos inadecuado el sistema previsto por la L.S. en cuanto a la fijación del valor del reembolso de las acciones del socio recedente.

El derecho de receso (art 245 L.S.) no constituye la menor solución para los integrantes de las S.A. cerradas, pues dicho derecho sólo se otorga para los casos de modificaciones trascendentes al estatuto, lo cual es poco frecuente dentro de esta hipótesis.

Además la Ley 19.550 ha incurrido en el error de valorar la participación del accionista recedente a tenor del patrimonio neto de los estados contables correspondientes al ejercicio en donde se generó el receso, los cuales, quizás, no incluyen el valor de los bienes intangibles (por ej clientela) de la empresa.

I) De lo expuesto, los socios o accionistas se encuentran en estado de cautiverio en esta clase de sociedades, generándose conflictos en su seno, lo cual podría ser superado con la admisión legal, para las *S.A. cerradas o de familia*, de previsiones estatutarias a través de las cuales se permita el retiro voluntario de los accionistas, lo cual constituye una variante del instituto de la *resolución parcial* del contrato de sociedad.

Retirarse de una sociedad cerrada no es nada sencillo cuando no se tiene el control de la voluntad social, es por ello que eventualmente y de manera anormal se utilizan los institutos de la intervención judicial y de impugnación de acuerdos assemblearios con el fin de presionar a la sociedad para poder vender el paquete accionario.

La Ley 19.550 no prevé, el modo o la manera idónea de retirarse de dicha sociedad, salvo el derecho de receso, cuando casuísticamente o taxativamente se den sus causales.

b) Derecho de receso. Definiciones. Clasificación.

Ramón Castillo¹⁷⁷ define el derecho de receso como “*la facultad acordada al accionista que esté disconforme con una resolución fundamental de la sociedad, para retirarse de la misma, recibiendo el valor de sus acciones, de acuerdo al capital de la sociedad establecido por el último balance aprobado*”

¹⁷⁷ Castillo, Ramón, Curso de Derecho Comercial, 3ra edición, Bs. As., Biblioteca jurídica Argentinas, 1935, t III, en Pennacca, Carlos Martín, *El derecho de receso*. 1ra edición. Editorial Astrea. Buenos Aires 1978, pág 13.

Francesco Messineo¹⁷⁸, citando el art 158 del antiguo Código de Comercio italiano de 1882, nos determina la naturaleza jurídica del derecho de receso, expresando que *“él mismo constituye una verdadera y real disolución parcial anticipada”*.

Zavala Rodríguez¹⁷⁹, nos dice que el derecho de receso *“es otra de las facultades que la L.S. otorga al accionista para defenderse de las mayorías”*.

Héctor Alegría¹⁸⁰, lo conceptúa diciendo que *“es la facultad conferida por la ley a los accionistas disidentes, ausentes o abstenidos al tratarse ciertos asuntos de importancia trascendentes para la sociedad, de separarse de ella mediante su simple declaración unilateral de voluntad en términos perentorios, recibiendo su participación social íntegra de conformidad con el último balance societario aprobado”*.

Por último, Carlos Martín Pennacca¹⁸¹ sostiene que *“el derecho de receso es la facultad acordada al socio de solicitar el reintegro d su capital social cuando se producen determinados cambios en la dirección empresaria”*.

En cuanto a la clasificación, resulta dable entender que la disposición del art 245 in fine L.S., al fijar pautas para el ejercicio del derecho de receso, determinando que el estatuto social no podrá agravar las condiciones de su ejercicio ni prohibirlo, permite (*a contrario sensu*) admitir la posibilidad de su regulación a través de los estatutos, con lo cual según Mascheroni¹⁸², se puede hacer la siguiente clasificación:

- a) *El receso legal, que está específicamente regulado por los arts 244 y 245 L.S.;*
- b) *El receso estatutario, para el supuesto en que el estatuto previera, causas o modos de ejercicio específicos, más allá de la normativa legal.*

c) El derecho de receso¹⁸³ en los textos legales vigentes.

¹⁷⁸ Messineo Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducido por Sentís Melendo, Bs. As., Ejea, 1945, t V, pág 507 y ss, en Pennacca, Carlos Martín, ob. Cit, pág 14.

¹⁷⁹ Zavala Rodríguez, Carlos, *Código de Comercio y leyes complementarias comentadas y concordadas*, Bs. As., Depalma, 1989-1967, en Pennacca, Carlos Martín, ob. Cit, pág 17.

¹⁸⁰ Alegría, Héctor, *Sociedades Anónimas, Bs. As. , Forum, 1970, en Pennacca, Carlos Martín, ob. Cit, pág 17.*

¹⁸¹ Pennacca, Carlos Martín, ob. Cit, pág 18.

¹⁸² Mascheroni, H. *Régimen Jurídico del socio*. Pág 314

¹⁸³ **Art 245 (texto según ley 22.903) Derecho de receso:**”Los accionistas disconformes con las modificaciones incluidas en el **último párrafo del art. 244**, salvo en el caso de disolución anticipada y en el caso de los accionistas de la sociedad incorporante en la fusión y en la escisión, pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones. También podrán separarse en los casos de **aumentos de capital** que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio, de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones y de continuación de la sociedad en el supuesto del **art 94, inc. 9.**

Este instituto ha sido regulado en la sección referente a la S.A. en los arts 245 y su remisión al art 244, párr 4º¹⁸⁴, y también en el art 316 L.S. aplicable a la sociedades en comandita por acciones, y a las S.R.L., como surge de los arts 157, párr último, y 160 in fine de la L.S.

Tampoco son ajenos al derecho de receso los restantes tipos societarios (arts 78, 79, 83 y 85) de la L.S.

d) Causales para el ejercicio de este derecho.

Debido a la reforma introducida por la ley 22.903, el nuevo art 245 de la L.S puede clarificar diferentes situaciones con respecto a este derecho de receso, otorgándose en los siguientes supuestos:

1º) *En caso de aumento de capital*, que competa o cuando lo requiera la asamblea extraordinaria y que implique desembolso para el socio (art 245, párr 1º, L.S.).

Al respecto cabe aclarar que no todo aumento de capital es causal de receso, quedando imposibilitado su ejercicio cuando dicho aumento no supere el quíntuplo del capital, tema cuyo tratamiento queda comprendido dentro de la esfera de actuación de la asamblea ordinaria (art 234 L.S.).

En este sentido, el aumento que supere el quíntuplo y que, por consiguiente, implique modificación del estatuto o contrato social (decidido por asamblea extraordinaria), debe significar para el accionista un desembolso efectivo y concreto, por lo cual no resultan comprendidos los casos de aumento de capital integrado por revalúos contables o técnico, capitalización de reservas, ganancias, etc¹⁸⁵.

La Ley, con esta causal, ha previsto un medio de defensa de los intereses de los socios minoritarios afectados por un brusco aumento de capital, permitiéndoles separarse de la sociedad cuando no se encuentran en condiciones de efectuar erogaciones no previstas en el estatuto de origen, o no desean hacerlo, y evitarles la pérdida de la influencia política interna que les acarrearía no suscribir dicho aumento.

Sin embargo, debe señalarse que existen muchos casos en que a través del aumento de capital se busca reducir la importancia o prescindir de ciertas minorías que podrían ser consideradas molestas para la mayoría societaria, tema que se relaciona y desarrollamos en cuanto a la impugnación de la decisión asamblearia.

Titulares. “Sin perjuicio de lo dispuesto por el art 244 para la determinación de la mayoría, el derecho de receso sólo podrá ser ejercido por los accionistas presentes que votaron en contra de la decisión dentro del quinto día y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas al tiempo de la asamblea, dentro de **los 15 días** de su clausura.

Caducidad. “El derecho de receso y las acciones emergentes caducan si la resolución que los origina es revocada por asamblea celebrada dentro de los 60 días de expirado el plazo sin más el ejercicio de sus derechos re trayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que notificaron el receso.

Nulidad. Es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio.

¹⁸⁴ Art 244 4to párr.: (ley 22.985): Asamblea extraordinaria. Supuestos especiales: “Cuando se tratara de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero; del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se regirá por las normas sobre aumento de capital.

¹⁸⁵ Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 320

Escuti (h)¹⁸⁶, en protección a esas minorías, al orden público del instituto y contra las formas indirectas de violar el derecho de receso, desarrolló una interesante postura, según la cual también podrá ejercerse el derecho de receso frente a una modificación del estatuto social, cuando éste, prevea la posibilidad de un aumento de capital hasta el quíntuplo, cuando se realice dicho aumento por vía del abuso de derecho (intención de licuar la participación del socio).

2º) *En caso de transformación de la sociedad*, (arts 244, último párr y 74 de la L.S.): es decir cuando se cambia un tipo societario por otro, por ej cuando una sociedad cambia por una sociedad colectiva, produciéndose de este modo una variación fundamental en cuanto a la responsabilidad del socio perjudicándose el mismo en forma considerable ya que pierde el límite de la misma;

3º) *En caso de prórroga de la sociedad*, (arts 244 últ párr, y 95, párr 1º, L.S), debido a que se priva al socio de una expectativa a plazo cierto, que se manifiesta en el diferimiento que sufre el derecho al reparto de la liquidación y del derecho a retirarse de la sociedad por disolución de ésta; en esta causal, el ejercicio del derecho de receso, no se aplica en el caso de las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones;

3bis) *Reconducción de la sociedad* (art 244, párr último, y 95, párr 3º, L.S.) con la misma excepción apuntada anteriormente;

4º) *En caso de transferencia del domicilio al extranjero*, ya que al socio lo sacan de la jurisdicción y de la ley que el accionista tuvo en cuenta al incorporarse a la sociedad;

5º) *En caso de cambio fundamental del objeto*, ya que éste determina la actividad de la sociedad siendo una garantía para la propia sociedad (en cuanto a que los actos de sus administradores y representantes que le sean imputables son aquellos que no sean notoriamente extraño a ese objeto); para con los socios (por cuanto el objeto social da seguridad de que el patrimonio social no será expuesto a negocios ajenos a aquél); y en relación a los terceros que contratan con la sociedad (porque les otorga tranquilidad de saber anticipadamente las operaciones y actos que son imputables al patrimonio social);

6º) *En caso de reintegro total o parcial del capital*, porque implica un esfuerzo del socio al exigirle nuevos aportes de capital sin tener el derecho a recibir acciones, siendo oportuno recordar que el reintegro lo pueden decidir los socios accionistas para evitar así la disolución de la sociedad (art 96 L.S.);

7º) *En caso de fusión (pero con ciertas limitaciones)*: es así que se acuerda el ejercicio de este derecho a las sociedades que se disuelven (a todas las sociedades en caso de fusión “pura y propia” y a la sociedad “incorporad” en el caso de fusión por absorción. No se otorga el derecho de receso al accionista de la sociedad “*incorporante*” porque ésta no se disuelve y el accionista no sufre ningún perjuicio en sus derechos.

Sin embargo, se contempla una excepción para el caso de sociedades que hacen oferta pública de sus acciones o se hallan autorizadas a cotizar en bolsa;

¹⁸⁶ Escuti (h), Reforma de estatuto, receso y nulidad, ED, 147-118, en Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 320

8º) *En caso de escisión*, expresamente comprendido en la enumeración realizada en el 4to del art 244 L.S., con la excepción del 1er párr del art 245 L.S. para aquellos accionistas de la sociedad incorporante en la fusión y en la escisión;

9º) *En caso de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones*, para aquellas sociedades “abiertas” del art 299 L.S. La reforma (ley 22.903) ha modificado el párr de la ley 19.550 haciendo expresa aclaración que se refiere al retiro voluntario y no cuando el retiro o la no cotización derivan de una sanción;

10º) *En caso de continuación de la sociedad* en el supuesto del art 94, inc 9º (es decir sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones) En el supuesto referido, se produce la disolución de la sociedad si los socios no resuelven su continuación dentro de los 60 días. De modo que decidida la continuación de la sociedad, los socios disidentes podrán ejercitar el derecho de receso.

No corresponde el ejercicio del derecho de receso, en los casos siguientes:

1º) *en caso de disolución anticipada de la sociedad*, porque como es lógico, ello conlleva la liquidación de la sociedad y allí obtendrá el socio accionista, conforme o disconforme con tal resolución, su parte en el remanente de la liquidación;

2º) *en caso de fusión y escisión, para los accionistas de la sociedad incorporante*, porque dicha sociedad no se disuelve, por lo tanto el accionista de la misma nada pierde;

3º) *en el caso de sociedades comerciales que hacen oferta pública de sus acciones o están autorizadas para su cotización*, para los accionistas de las sociedades que se fusionan o escinden si las acciones que deben recibir como consecuencia de la fusión o escisión, están admitidas a la oferta pública o cotización. La exclusión del ejercicio de este derecho es lógica porque en tales supuestos en nada se perjudican los accionistas de ese tipo de sociedad, salvo que al inscribirse la misma dicho régimen fuera desistido o denegado, en consecuencia allí si hay derecho de receso.

e) Causales convencionales de receso.

Nuestra doctrina ha sostenido posiciones encontradas sobre la posibilidad de que el estatuto social pueda prever causales de receso no contempladas por la ley¹⁸⁷

¹⁸⁷ A favor de esta postura se encuentra Halperin, *Sociedades Anónimas*, pág 627, n° 57 *in fine*. En contra, Dasso, *El derecho de separación*, pág 80, en Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 321

En nuestra opinión, con sustento en el principio de autonomía de la voluntad, adoptado por la L.S. en su art 89 y con respaldo en lo establecido por el art 19¹⁸⁸ Constitución Nacional, es posible y válido que el estatuto social establezca causales de receso no previstas por la ley, siempre y cuando no resulten violatoria de éstas, de normas 953, 954, etc., Cod Civ, ni de la finalidad que persigue el instituto.

En este sentido, claramente establece el párr último del art 245 L.S. que “es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio, en consecuencia se permite así admitir la estipulación de causales de receso más allá de lo que propone la ley.

Sin embargo, cabe aclarar el pensamiento de Vanasco¹⁸⁹ que opina, que *dentro de la L.S. debe considerarse al receso como una herramienta legal dirigida a solucionar el problema que se pueda plantear por un enfriamiento de intereses corporativos y personales, y no de una manera de resarcir totalmente al socio que meramente disiente con alguna decisión adoptada por la asamblea y que no lo conforma o satisface.*

La jurisprudencia, en el caso Tacchi ha sostenido que *el derecho de receso es un derecho esencial, intangible, e irrenunciable, que no puede ser excluido por disposición estatutario asamblearia, siendo nula toda disposición que lo suprima o agrave las condiciones de su ejercicio.*

*En cuanto constituye un derecho que hace al interés de la minoría disidente, el derecho de receso debe ser considerado de orden público y, por ende, admitido al darse las circunstancias que posibilitan su ejercicio*¹⁹⁰.

Además el art 245 L.S. último párr prevé la nulidad de toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave su ejercicio.

En el caso Tacchi, Carlos c/ Peters Hnos.¹⁹¹, los jueces han concluido que:

Como consecuencia del ejercicio del derecho de receso, una vez notificada la sociedad el accionista queda separado de la misma y se convierte frente a ésta en un tercero y acreedor de ella, titular de un derecho creditorio al reembolso, por parte de la sociedad, del valor de sus acciones.

¹⁸⁸ Art 19 Constitución Nacional. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas solo a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹⁸⁹ Vanasco, Carlos A.: “Derecho de receso y la calidad de socio del accionista recedente”, citado por Vítolo, Daniel. Ob., Cit., pág 97

¹⁹⁰ Villegas, Carlos Gilberto., ob., cit. Pág. 534.

¹⁹¹ Cám., Nac., Com., Sala D, 8-V-992, 2Tacchi, Carlos c/ Peters Hnos.,”, LL., 1994-A, págs 384 y ss., en Villegas, Carlos Gilberto., ob., cit. Pág. 534.

El derecho de receso es una acción individual que otorga la ley al accionista en defensa de sus intereses particulares.

35) Solución para establecer una mejor regulación del derecho de receso. Establecer valores equitativos de compensación para los casos de receso.

¿El valor que fija la Ley, es un valor adecuado para compensar el retiro del socio? ¿Le da, este sistema, un valor real y justo por la participación? (la respuesta es no).

El derecho de receso resulta un instrumento de protección debido a que es el único medio por el cual el accionista disconforme puede obtener compensación real por sus acciones al separarse de la sociedad. Es por ello que la valuación de las acciones debe realizarse con un criterio de realidad.

En cuanto a la fijación del valor de las acciones, para su reembolso, la ley señala que dicho monto se hará por el valor resultante del último balance aprobado, realizado en cumplimiento de normas legales o reglamentarias (art. 245 inc 5º), y que dicho valor deberá ser ajustado (es decir, el derecho del socio recedente lo es a un valor y su contenido en dinero puede ser determinado en la época más próxima al pago o a la sentencia que manda pagarla, de modo tal que el monto fijado represente de la mejor manera posible el derecho del acreedor. No debe admitirse que se reembolsen las acciones recedidas por un valor histórico que no sea real, pues resulta inadmisibles).

En relación al art 245¹⁹² de la L.S., debería eliminarse la primera oración del 5º párr, que remite al “valor resultante del último balance aprobado o que debió aprobarse” como base para la determinación del valor de las acciones recedentes.

En su lugar debería introducirse la precisa norma que establezca que el criterio de valuación de las acciones recedentes es el del valor real.

Nosotros opinamos que este sistema no otorga al socio recedente un valor justo como reembolso de su participación, ya que si se trata de títulos sujetos a la cotización bursátil se reembolsa a los accionistas recedentes conforme al valor de cotización promedio de determinado período, y si se trata de sociedades cuyos títulos no pertenecen al mercado bursátil se establece el valor según el último balance aprobado.

La solución legal según el texto del art 245, párr 5º, L.S, no es valioso, y generó múltiples intentos jurisprudenciales de determinar el valor real de las acciones y no en base al último balance consolidado.

¹⁹² Art 245 L.S. Derecho de receso. (5to párrafo) Fijación del valor. “Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias. Su importe deberá ser pagado dentro del año de la clausura de la asamblea que originó el receso, salvo los casos de retiro voluntario, desistimiento o denegatoria de la oferta pública o cotización o de continuación de la sociedad en el supuesto del art 94, inc 9, en los que deberá pagarse dentro de los 60 días desde la clausura de la asamblea o desde que se publique el desistimiento, la denegatoria o la aprobación del retiro voluntario.

El valor de la deuda se ajustará a la fecha del efectivo pago.

Se plantean así una larga serie de discrepancias en caso de ejercer el derecho de receso.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, en el caso “Tacchi c/ Peters S.A.”¹⁹³, con voto del juez Cuartero, *estableció un plausible criterio en orden a la superación de las deficiencias del sistema al receptor la posibilidad de impugnar el último balance de ejercicio aun vencido el plazo de 3 meses del art 251 (de imposible aplicación al receso, pues la decisión causal suele acontecer cuando ese plazo ya venció), ordenando la rectificación para establecer el valor de las acciones recedentes, pues éste ofrecía resultados extraños a la realidad económica que significaban un ostensible deterioro en la determinación del valor patrimonial de las acciones.*

Una postura contraria sostuvo el juez Rotman en el caso “Cladis de Menéndez”¹⁹⁴, al sostener que *el parámetro para valorar las acciones recedidas establecido en el art 245, párr 5º, referido al último realizado no es sino una opción del legislador para desalentar el ejercicio del receso, pues se trata de un instituto de excepción que aparece en pugna con el principio general de la continuación de la empresa contra la cual conspira.*

Es decir, el voto del juez Rotman justifica lisa y llanamente justifica la solución legal de una respuesta patrimonial inadecuada, perjudicando patrimonialmente al accionista que ejerce dicho derecho de receso.

Por ello, Vanasco¹⁹⁵, opina que dentro de la L.S., *debe considerar al receso como una herramienta legal dirigida a solucionar el problema que se puede plantar por un enfrentamiento de intereses corporativos y personales, y no de una manera de resarcir totalmente al socio que meramente disiente con alguna decisión adoptada por la asamblea y que no lo conforme. Constituye, por ende, una alternativa que se deja a la libre elección del socio de manera que pueda elegir el camino que más satisfaga sus intereses, elección que, sin embargo se intenta que no afecte gravemente a la sociedad y a su continuación.*

Es menester en este sentido advertir que el derecho de receso tiene particular importancia en las sociedades cerradas, y que su ejercicio esta ostensiblemente limitado al s sociedades que cotizan en bolsa en las cuales el accionista disconforme con las decisiones asamblearias puede acudir al mercado para enajenar sus títulos accionarios al valor de plaza.

Según el régimen vigente aplicable a las S.A. cerradas o de familia, en todos los casos de controversia sobre el precio que la sociedad debe rembolsar al recedente, se acudirá a la determinación judicial y conforme a la norma del art 245, párr 5º, L.S., el valor resultará del último balance realizado o que debe realizarse.

¹⁹³ Dasso, Ariel A.: “La imputabilidad del último balance en caso de receso” LL, 1994-A, 380 a 404, Citado por este autor en Conflictos en Sociedades “cerradas y de familia, pág 74.

¹⁹⁴ Dasso, Ariel,: nota al fallo: “Cladis de Menéndez c/E. Daneri ICSA s/sumario”, ED, 181-428 a 460, en Dasso, Ariel. *Hacia la mejor regulación del derecho de receso*, en Conflictos en Sociedades “cerradas y de familia, pág 73.

¹⁹⁵ Vanasco, Carlos A.: “Derecho de receso y la calidad de socio accionista recedente, en Temas de derecho comercial, Depalma, Bs. As., p 299, citado por Dasso, *ob., cit.*, pág 73.

Se trata del balance de ejercicio cuyo objetivo es absolutamente extraño a la determinación del valor del título accionario, pues en él no se refleja el valor de los bienes que aparecen castigados por amortizaciones, que apartan el resultado de cálculo en base a dichas cifras respecto de valores reales.

Tales balances no valúan los bienes intangibles, cuya significación patrimonial puede ser, en ciertas ocasiones más significativa que en los tangibles.

En conclusión, el criterio del balance o estados contables de ejercicio debe rechazarse y nada justifica su permanencia en el ordenamiento actual.

La doctrina española¹⁹⁶ también considera conveniente el apartamiento del sistema valorativo referido al balance social o a sus estados contables para evitar el peligro de que sea la mayoría (que apruebe ese balance) quien fije el precio de las acciones.

Por último, agrega Dasso¹⁹⁷, que *la solución legal del art 245 párr 5º L.S. es inconsistente tanto desde el punto de vista dogmático como axiológico y es inconstitucional.*

Ningún derecho se confiere para luego imposibilitar su ejercicio y en tal caso la norma que obsta a su normal ejecución, no resistirá el examen de constitucionalidad.

Es así que, en el caso concreto, el valor del reembolso según los parámetros del mencionado art de la L.S., consiste en un valor reñido con el de la realidad económica, y que por lo tanto puede significar la violación de las garantías constitucionales del derecho de propiedad (art 17 C.N.).

36) Receso y valor de la participación. Los sistemas de valuación.

Siguiendo los sistemas clásicos de valuación, Vítolo¹⁹⁸ propone, los siguientes, a saber:

1) El libre valor de mercado: que es aquel importe o precio por el cual la empresa puede cambiar de manejo entre dos comerciantes o empresarios, un comprador y un vendedor, estando ambos debidamente informados con respecto a todos los aspectos relevantes del negocio y de la empresa y no estando ninguno de ellos obligado a malvender ni a comprar.

Éste no es el caso del sistema que debe adoptarse en el receso, debido a que el vendedor está obligado a vender por el régimen de transferencia forzosa y el comprador está obligado a comprar, salvo que se revoque la resolución que dio lugar al ejercicio del derecho de receso o se desista del receso;

2) El valor de inversión, que es el valor que tiene la empresa para un inversor determinado, conforme a sus requerimientos de inversión y que incluye: a) el cálculo de la inversión necesaria para llevar adelante el proyecto; b) el cálculo de retorno de dicha inversión, y c) el valor presente de ello.

Resulta evidente que no es el caso de valuación para el receso, pues en caso de receso no hay un inversor;

¹⁹⁶ Uría- Menéndez-Carlon: Transformación, p 43 y 57, citado por Vanasco, Carlos A, en Dasso, Ariel, Ob., Cit., pág 76.

¹⁹⁷ Dasso, Ariel, Ob., Cit., pág 77

¹⁹⁸ Vítolo, Daniel. *Las sociedades cerradas y de familia. Derecho de receso, valor de la participación e inscripción*, en Conflictos en sociedades cerradas y de familia, pág 104.

3) El valor intrínseco: que es el valor que se forma con los elementos primarios para la valuación, y que se realiza desde la óptica de un analista en particular (no de un comprador) y comprende:

- a) los activos físicos y tecnológicos, incluyendo los intangibles;
- b) las ganancias futuras esperadas;
- c) el eventual crecimiento esperado de la empresa;

Podemos afirmar que esto se acerca de manera clara a lo que puede ser la base del trabajo para fijar el valor de reembolso de las acciones para el caso de receso;

4) El valor libros, que en rigor de verdad no es una forma de valorar, pues se trata de un concepto meramente contable conformado por los activos, netos de depreciaciones y amortizaciones y deducidos los pasivos tal como se exponen en los estados contables de la compañía.

Es evidente que éste no es un supuesto de valuación para el receso, pues resulta contrario a la naturaleza de su esencia.

En conclusión, el valor que debe fijarse en el caso de receso si vincula con su relación respecto del valor intrínseco de la sociedad.

37) El “valor llave” o de “empresa en marcha” en caso de receso y su problema

Favier Dubois¹⁹⁹ aclara que *en relación con este tema se ha planteado como un problema a resolver el hecho de que la llave del negocio generada por la actividad empresarial no figura en el balance de ejercicio, a modo de ej puede observarse las empresas que no tienen activos tangibles como las empresas “punto com.”.*

El mencionado autor, ha sugerido, a modo de solución, que el defasaje jurídico contable podría ser corregido si se acepta como supuesto la confección de un balance especial o de salida que refleje todos los bienes inmateriales de la empresa por su valor real.²⁰⁰

La jurisprudencia ha sostenido la tesis de cálculo del valor de las acciones mediante el último balance de ejercicio, descartando el balance especial²⁰¹.

Sin embargo, la ley 19.550, por su parte , hace referencia al valor asignado por el último balance aprobado , el que no debe ser, necesariamente, un balance de ejercicio, sino que puede ser un balance especial a efectos de determinar una transformación, o una fusión, o una escisión,, o constituir reservas especiales.

¹⁹⁹ Favier Dubois, en “Liquidación de la parte del socio recedente, T II, Ad Hoc, Bs. As., 2001, p 767, citado por Vítolo, Daniel. Ob., Cit., pág 106.

²⁰⁰ Favier Dubois. Ob., cit., pág 106.

²⁰¹ Cám. Nac. Com., Sala D, Tacchi, Carlos c/Peters Hnos. S.A., cit, con nota de Dasso, Ariel: la impugnabilidad del último balance en caso de receso, en Vítolo, Daniel. Ob., Cit., pág 107.

Por ello, Bollini y Nissen²⁰², sostienen que *este criterio adoptado desalienta la decisión, por relacionar el valor con el asignado por un instrumento que, por lo general, no indica valores reales, obligando al socio recedente a acompañar su acción de receso con la impugnación de balance, a efectos de obtener una rectificación en él, en los términos de los arts 69 y 251 de la L.S.*

Agregan dichos autores que, en este sentido sería justo otorgar a las acciones recedentes el valor real que representan con relación al patrimonio social, tomando en cuenta todo aquello que hace a ese instituto, tanto la diferencia entre activo y pasivo, como el valor del fondo de comercio, valor de patentes, organización, participación en el mercado y clientela, entre otros²⁰³.

Com posible solución, la valuación podría efectuarse a través de un tercero especialista, o través de laudo que obligue a las partes.

Odrizola²⁰⁴ sostiene que no debe hacerse referencia a un valor comercial estático sino a un valor comercial vivo, atendiéndose, inclusive, a consideraciones de carácter subjetivo, como la participación del socio en la gestión social, y otros aspectos complementarios.

El Código Italiano de 1942 establece una diferencia, entre aquellas sociedades que cotizan en bolsa y las que no lo hacen. Las primeras fijarán el valor de reembolso conforme al precio promedio de cotización de los últimos seis meses. El precio puede ser influenciado por diversos factores políticos, económicos y especulativos.

Ahora bien, resulta necesario establecer, de manera definitiva, un sistema de valuación real y dinámica en cuanto a la efectivización del reembolso, en breve plazo, evitando así que aquellos accionistas que se encuentran en condiciones de ejercer el derecho de receso concluyan transfiriendo sus acciones por un valor mínimo o irrisorio a quienes detentan la mayoría del capital accionario.

Por lo tanto, propugnamos que el valor de reembolso de las acciones que corresponden al socio recedente en las sociedades cerradas, deberá surgir de una valuación específica (ad hoc) que a tal efecto deberá practicarse por parte de un experto en la materia al momento de operar el receso, sobre la base de una valuación dinámica de empresa en marcha, conocida en el ámbito de la economía y las finanzas como “**valuación intrínseca**”, pagándose dicho monto dentro del plazo de 6 meses, evitándose así a que las acciones se reembolsen por el valor resultante del último balance realizado, y como sostiene Vítolo²⁰⁵, *dicho valor deberá ser ajustado en excepción a las disposiciones de la ley 23.928, reformada por las leyes 25.561 y las sucesivas vinculadas a la emergencia económica (decretos 1269/02 y 664/03).*

38) Propuesta provisional o anteproyecto de reforma a la Ley de sociedades

²⁰² Bollini Shaw, Carlos y Nissen, Ricardo: “Los derechos de las minorías en las S.A., su protección, en la ley 19.500”, ED, 87-899, citado por Vítolo, Daniel. Ob., Cit., pág 107.

²⁰³ Ibídem, pág 108.

²⁰⁴ Odrizola, Carlos. “El derecho de receso en las S.A.”, LL, 86-786, citado por Vítolo, Daniel. Ob., Cit., pág 108.

²⁰⁵ Vítolo, Daniel. Ob., Cit., pág 109

El Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades elaborado por la Comisión creada por resolución del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos 112/02, no ha mejorado sustancialmente el conflicto, es más, en la práctica lo deriva a una inevitable decisión posterior, arbitral o judicial.

Efectivamente, la reforma proyectada al art 245 L.S. por parte del Anteproyecto²⁰⁶, mantiene el criterio que, en caso de receso, el valor de las acciones se reembolsará por el resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias, y dispone que el recedente que pretenda un mayor valor debe someter el diferendo al procedimiento de arbitraje pericial que la reforma²⁰⁷ pretende introducir en la modificación al art 15 de la L.S., a menos que opte por la demanda judicial.

Opina Vítolo²⁰⁸, según el Anteproyecto sin duda alguna, se derivará en una contienda arbitral o judicial, porque parte de un precio artificial, y que, sería mucho más sencillo regular desde un comienzo dicho procedimiento para obtener desde un principio un precio real y equitativo por el valor del recedente, y asimismo, mantiene el plazo de un año para el pago del precio, lo que a su dicho plazo es demasiado extenso. Por último, mantiene con buen criterio en este caso, que el valor de la deuda debe ajustarse a la fecha de efectivo pago.

Las posiciones encontradas aparecen dirimidas en el Anteproyecto con una solución que consagra la doctrina del valor real, lo cual resulta altamente calificable, que se alinea con un procedimiento de valuación que procura la determinación del valor económicamente razonable ("equitativo"), correspondiente a la realidad. (Deber tenerse en cuenta los índices inflacionarios que sufre nuestra realidad económica).

²⁰⁶ **Anteproyecto. Reforma al art 245. Derecho de receso. Fijación del valor:** "Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias. El recedente que pretenda un mayor valor, debe someter el diferendo al procedimiento de arbitraje pericial establecido en el art 15 (del anteproyecto), a menos que opte por la demanda judicial.

El reembolso del valor adeudado según balance debe ser saldado **dentro del año** de la clausura de la asamblea que originó el receso.

El valor de la deuda se ajustará a la fecha del efectivo pago.

Nulidad. Es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave su ejercicio.

²⁰⁷ **Art 15 del anteproyecto... Procedimiento. Arbitraje.** Cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de la acción judicial, ésta se sustanciará por el procedimiento más abreviado compatible con las características del litigio. En ningún caso queda sujeta a previos procedimientos alternativos de solución de conflictos, a menos que estén dispuestos por el acto constitutivo o estatuto.

Cláusulas compromisorias. Los contratos sociales o estatutos pueden incluir cláusulas que sometan los diferendos entre los socios o entre éstos y la sociedad al arbitraje o a la amigable composición.

Valuaciones. Arbitraje pericial. "Salvo que el contrato o estatuto prevea otras reglas, las controversias a que den lugar las valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones se resolverán por árbitros peritos. En tal caso el que impugne el precio atribuido por la otra parte, deberá expresar el que considere **ajustado a la realidad**.

Pero no estará obligado a pagar uno mayor que el afirmado por la contraparte, ni ésta a cobrar uno inferior que el aseverado por el impugnante. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación arbitral...". Dasso, Ariel, ob., Cit., pág 80.

²⁰⁸ Vítolo, Daniel. Ob., Cit., pág 110.

Dasso²⁰⁹ opina que, *la valuación de acciones es realizada en virtud de criterios plurales, pero el problema es decidir si tiene por objeto el valor real, o si en materia de ejercicio del derecho de receso, la justicia no está necesariamente vinculada a dicho valor real, en razón del desestímulo legislativo que respecto del instituto pretende parte de la doctrina, que sostiene que dicho ejercicio debe subordinarse al criterio de la continuidad de la empresa, tal como está establecido en el art 100 de la L.S. (19.550), argumentando que el derecho de receso constituiría una fórmula de desinversión adverso a la continuidad de tal empresa.*

En consecuencia, resulta necesario establecer el valor y la forma de pago de salida del socio de la sociedad.

Los que abogan y están en favor del principio de la conservación de la empresa, consideran que si el monto se determina en base al valor real de sus participaciones y la forma de pago es de contado, puede resultar injusto, porque normalmente la sociedad no podrá pagarlo y tendrá que disolverse y liquidarse.

Los que están en favor del socio recedente, dicen que si el valor es muy bajo o con largas financiaciones, se producirá una situación injusta para con el recedente.

El Anteproyecto mantiene el art 245, párr 5º, primera oración: “Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado que debe realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias”, pero novedosamente agrega: “El recedente que pretenda un mayor valor, debe someter el diferendo al procedimiento de arbitraje parcial establecido en el art 15, a menos que opte por la demanda judicial”

Es así que el anteproyecto en el art 15 (3er párr) indica el régimen de las valuaciones, a saber: “Art 15... Valuaciones. Arbitraje pericial. Salvo que el contrato o estatuto prevea otras reglas, las controversias que den lugar las valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones se resolverán por árbitros peritos. En tal caso, quien impugne el precio atribuido por la otra parte deberá expresar el que considere ajustado a la realidad”. Pero no estará obligado a pagar uno mayor que el afirmado por la contraparte, ni ésta a cobrar uno inferior al aseverado por el impugnante. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación arbitral”.

Según Dasso²¹⁰, es patente que, sin perjuicio de la clara adjunción a la doctrina del valor real, y el abandono de la tesis del valor según el último balance, el Anteproyecto se aproxima al sistema que nuestra L.S. (art 154²¹¹) establece para la valuación de cuotas de la S.R.L al tiempo de ejercer el derecho

²⁰⁹ Dasso, Ariel, ob., Cit., pág 79

²¹⁰ Dasso, Ariel, , ob., cit., pág. 81.

²¹¹ **Art 154** (Texto según ley 22.903) Del capital y las cuotas sociales. Acciones judiciales. “Cuando al tiempo de ejercitar el derecho de preferencia los socios o la sociedad impugnen el precio de las cuotas, deberán expresa el que consideren **ajustado a la realidad**. En este caso, salvo que el contrato prevea otras reglas para la solución del diferendo, la determinación del precio resultará de una pericia judicial, pero los impugnantes no estarán obligados a pagar uno mayor que el de la cesión propuesta, ni el cedente

de preferencia que asiste a los socios o a la sociedad si los adquiere con utilidades o reservas, consideramos que debe ser modelo para la valuación de las acciones recedentes. Esta solución es plenamente conveniente. Además encuentra apoyatura legal en la ley societaria española, que adscriben al criterio del valor real en la ley de S.R.L art100.1 y en el art 147.2 Ley 1564/1989 de S.A.²¹²

El Anteproyecto no establece explícitamente que los árbitros peritos deban aplicar el criterio de valor real, pero ello resulta del texto del párr 3º del art 15 que pone a cargo de quien impugne el precio atribuido por la otra parte la carga de expresar “el que considere ajustado a la realidad”.

Dasso²¹³, entiende que, *en este punto, la iniciativa en la expresión del precio debería ser puesta a cargo de la sociedad que es quien, de las dos partes, se encuentra en mejores condiciones para determinarlo.*

Con respecto al art 15, párr 3º del Anteproyecto, se deduce que se impone para la determinación del valor del reembolso el criterio del valor real, es decir el ajustado a la realidad.

Pero, lamentablemente, la interpretación resulta turbia ante la permanencia de la primera oración del párr 5º del art 245 L.S., también en el anteproyecto párr 5º (fijación del valor), que textualmente dice que el valor de las acciones se reembolsará por el resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias, lo cual conlleva indubitablemente a disputas legales, porque el último balance realizado o que deba realizarse, de ninguna manera incluyen los valores reales.

En verdad, con la redacción del anteproyecto, se establece una mejor forma de elección de personas idóneas en la materia (árbitros) y del procedimiento que ellos han de seguir para establecer el valor de los títulos accionarios, pero no tiene una clara definición.

En conclusión, el Anteproyecto sigue la buena doctrina que postula el valor real en la determinación del precio de las acciones recedentes o valor de reembolso, pero el texto proyectado debe ser mejorado pues la primera parte del art 245, párr 5º, primera oración (fijación del valor), es incompatible con el criterio del valor ajustado a la realidad que consagra el art 15 párr 3º.

Por ello, surge el siguiente interrogante, en relación a esa determinación del valor de reembolso, a saber, ¿deben incorporarse los bienes intangibles, definidos por la Federación Argentina de Consejo Profesional de Ciencias Económicas como “aquellos representativos de franquicias, privilegios u

a cobrar uno menor que el ofrecido por los que ejercitaron la opción. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación judicial.

²¹² Art 147.2 Ley de S.A. de España (nº 1564/1989): “Si las acciones cotizaren en un mercado secundario oficial, el valor del reembolso será el del precio de **cotización media del último trimestre**. En otro caso, y a falta de acuerdo entre la sociedad y los interesados, el **valor de las acciones** vendrá determinado por el **auditor de cuentas** de la sociedad y, si ésta no estuviese obligada a verificación contable, por el auditor a tal efecto designado por el Registrador mercantil del domicilio social”.

²¹³ Dasso., ob., cit., pág83

otros similares, que no son bienes tangibles ni derechos contra terceros y que expresan un valor cuya existencia depende de la posibilidad futura de generar ingresos?²¹⁴

La respuesta es afirmativa, con fundamento en el art 39 inc 2²¹⁵ Ley 25.589 (modificatoria de las leyes 24.522 y 25.563 de concursos y quiebras), cuando establecen que para determinar el valor de la empresa la base del informe general del síndico a cuyo caso pone la determinación de dicho valor, debe contener el cómputo de los bienes intangibles.

Evidentemente el tema no quedará agotado, pues la determinación de la valuación de las acciones en sociedades cerradas o de familia seguirá provocando, en relación a la inclusión o exclusión de ciertos valores como los intangibles, innumerables debates.

Además de lo expuesto, el Anteproyecto, incorpora nuevas modificaciones en orden a causales focalizadas a las decisiones asamblearias, las cuales puedan decidir que: i) introduzcan o renueven en el estatuto la previsión de aumento de capital hasta el quíntuplo por asamblea ordinaria sin necesidad de modificar el estatuto (Anteproyecto, art 245, párr 1º, segunda oración; ii) la introducción en el estatuto de una cláusula de limitación a la transferencia de acciones; iii) posibilidad de que el contrato o estatuto establezca otras causales de receso además de las establecidas en el art 245 L.S.,m párr 1º y en los demás casos que el estatuto establezca como causales de receso.

El Anteproyecto sigue la mejor doctrina que es aquella que reconoce el derecho de receso por previsión estatutaria, además de las ya establecidas en la L.S., intentando terminar con un largo debate doctrinario y jurisprudencial que pivoteaba entre el carácter taxativo y meramente enunciativo de las causales del derecho de receso.

Resumiendo, el anteproyecto consagra al criterio del valor real, desechando el valor contable pero debe eliminar la subsistencia de la primera frase del párr 5º del art 245 L.S.

39) Conclusiones

1) El derecho de receso resulta un instrumento de protección debido a que es el único medio por el cual el accionista disconforme puede obtener compensación real por sus acciones al separarse de la sociedad. Es por ello que la valuación de las acciones debe realizarse con un criterio de realidad.

La jurisprudencia sostiene que *el derecho de receso, al operar como una garantía para el socio, de modo tal que no pueda verse obligado a soportar obligaciones que desconozca o que considere injustas, es*

²¹⁴ García Cuerva, Héctor, Derecho de las minorías. ED, 6/5/2004, citado por Dasso, ob., Cit., pág 85.

²¹⁵ Art 39. Ley 25.589. Informe general del síndico. Oportunidad y contenido. “Treinta días después de presentado el informe individual de los créditos, el síndico debe presentar un informe general, el que contiene:

inc 2) La composición actualizada y detallada del activo, con la estimación de los valores probables de realización de cada rubro, incluyendo **intangibles**.

intangible e irrenunciable por anticipado considerándose nula toda renuncia genérica previa, considerándose tal derecho dentro de las normas de orden público.

2º) Deben establecerse valores equitativos de compensación para los casos de receso, pues nada justifica el criterio actual del balance o estados contables de ejercicio dentro del actual ordenamiento societario, pues resulta violatorio a las garantías constitucionales del derecho de propiedad (art 17 C.N.).

3º) Debería eliminarse la primera oración del 5º párr del art 245 L.S., que remite al “valor resultante del último balance aprobado o que debió aprobarse” como base para la determinación del valor de las acciones recedentes.

En su lugar debería introducirse la precisa norma que establezca que el criterio de valuación de las acciones recedentes es el del valor real

En este sentido sería justo otorgar a las acciones recedentes el valor real que representan con relación al patrimonio social, tomando en cuenta todo aquello que hace a ese instituto, tanto la diferencia entre activo y pasivo, como el valor del fondo de comercio, valor de patentes, organización, participación en el mercado y clientela, entre otros.

El valor del último balance, se trata del balance de ejercicio cuyo objetivo es absolutamente extraño a la determinación del valor del título accionario, pues en él no se refleja el valor de los bienes que aparecen castigados por amortizaciones, que apartan el resultado de cálculo en base a dichas cifras respecto de valores reales.

Tales balances no valúan los bienes intangibles, cuya significación patrimonial puede ser, en ciertas ocasiones más significativa que en los tangibles.

En conclusión, el criterio del balance o estados contables de ejercicio debe rechazarse y nada justifica su permanencia en el ordenamiento actual.

4º) Creemos que es conveniente regular desde un principio un procedimiento para obtener un valor real equitativo del valor de la participación del socio recedente, evitando así la propuesta del Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades, cuando el socio recedente pretenda un mayor valor de las acciones, deberá someterse al procedimiento arbitral, debido a que puede dilatarse el proceso por un plazo de un año, ocasionándole pérdida en su patrimonio.

5º) El Anteproyecto se aproxima al sistema que nuestra L.S. (art 154) establece para la valuación de cuotas de la S.R.L al tiempo de ejercer el derecho de preferencia que asiste a los socios o a la sociedad si los adquiere con utilidades o reservas, consideramos que debe ser modelo para la valuación de las acciones recedentes.

Esta solución es plenamente conveniente. Además, encuentra apoyatura legal en la ley societaria española cuyas regulaciones dedicadas a las S.A. (art 147.2) y a las S.R.L, que adscriben al criterio del valor real al cual alude explícitamente en la ley de S.R.L., apartado 100 punto, I

6º) Debe disponerse legalmente que el valor de reembolso de las acciones correspondiente al socio recedente en las sociedades que no hacen oferta pública de sus títulos accionarios ni se encuentran autorizadas para cotizar en bolsa, deberá surgir de una valuación específica (ad hoc) que a tal efecto deberá ser practicada por parte de un experto en la materia al momento de operar el receso, sobre la base de una valuación dinámica de empresa en marcha, conocida en el ámbito de las finanzas y la economía como “valuación intrínseca”.

7º) Para determinarse el valor de reembolso de los títulos accionarios, deben incorporarse los bienes intangibles, definidos por la Federación Argentina de Consejo Profesional de Ciencias Económicas como “aquellos representativos de franquicias, privilegios u otros similares, que no son bienes tangibles ni derechos contra terceros y que expresan un valor cuya existencia depende de la posibilidad futura de generar ingresos, con fundamento legal en el art 39 inc2 de la Ley 25.589 de Concursos y Quiebras, que establece que para determinar el valor de la empresa la base del informe general del síndico a cuyo caso pone la determinación de dicho valor, debe contener el cómputo de los bienes intangibles.

8º) Asimismo, también debe disponerse que el monto que arroje tal valuación deberá ser pagado por la sociedad al socio recedente dentro del plazo de 6 meses, y que dicho valor deberá ser ajustado en excepción a las disposiciones de la ley 23.928, reformada por las leyes 25.561 y decretos 1269/02 y 664/03.

9º) La solución debe ser otorgarle al socio disconforme un menú de posibilidades más amplio que el de receso y establecer un valor adecuado, permitiendo que ambas partes lo negocien, debiendo pagar las costas que resulte más alejado de la estimación final.

40) Derecho Comparado

10º) En el derecho comparado, la reciente modificación societaria española, adscribe al criterio del valor real al cual alude explícitamente el Art 100 Ley 2/1995 de S.R.L Española. Valoración de las participaciones, que establece: “A falta de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, las participaciones serán valoradas por un auditor de cuentas, distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones que hayan de ser valoradas.

11º) Art 147.2 Ley de .S.A. de España (nº 1564/1989): “Si las acciones cotizaren en un mercado secundario oficial, el valor del reembolso será el del precio de cotización media del último trimestre. En otro caso, y a falta de acuerdo entre la sociedad y los interesados, el valor de las acciones vendrá determinado por el auditor de cuentas de la

sociedad y, si ésta no estuviese obligada a verificación contable, por el auditor a tal efecto designado por el Registrador mercantil del domicilio social”.

12º) También debe tenerse en cuenta la Ley 2/2007 de 15 de marzo, de sociedades profesionales española, según el art 37.1: *“el contrato social podrá establecer libremente criterios de valoración o cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que corresponde a las participaciones del socio profesional separado o excluido, así como en los casos de transmisión mortis causa y forzosa cuando proceda”*.

41) Otra deficiencia de la L.S.

Deficiente notificación a los accionistas de las convocatorias a las asambleas

Es oportuno señalar que, con relación a la protección legal del socio, existe una carencia muy significativa de dicha estructura, y es el carácter meramente presuntivo y formal de las disposiciones sobre publicidad de actos societarios con respecto a su real alcance frente a terceros y a la vida interna de la sociedad, en perjuicio o desmedro de los socios alejados de la conducción y manejo de la gestión empresarial.

Un ejemplo concreto es el de la convocatoria a asambleas en la S.A. La mera publicación de avisos en el Boletín Oficial u órganos provinciales equivalentes (art. 237 ley 19.550) no es una auténtica y real publicidad.

Por otra parte, la publicación complementaria en un diario de circulación general en la República es sólo obligatoria en las sociedades comprendidas en el art. 299 de la L.S., (S.A. abiertas o que hagan oferta pública de sus acciones o debentures, por ej.), las cuales, además, son las que menos existen en nuestro país.

En consecuencia, él o los socios minoritarios en las S.A. cerradas, que son las más habituales, solamente llegan a enterarse de la celebración de asambleas en el caso de haber sido citados en forma personal por quienes ejercen el poder interno societario, con el riesgo de jamás enterarse sobre dicha convocatoria asamblearia, perdiendo eventualmente todas oportunidad para ejercer sus derechos en el seno del órgano de gobierno.

Efectivamente, lo que se supone que es el medio para garantizar la publicidad y comunicación de la realización de actos societarios con el objeto de permitir la participación del accionista, se convierte en las sociedades cerradas o de familia en un instrumento de fraude y de postergación de derechos, debido a que no puede imaginarse que en sociedades cerradas, debido a la estrecha relación personal que existe entre sus integrantes, éstos recurran a la lectura diaria o cotidiana del Boletín Oficial, ya sea para interiorizarse de la vida societaria, o para tomar conocimiento de las convocatorias a través de avisos publicados en esos medios.

Por ejemplo, se ha dado y se da con frecuencia en la práctica, la hipótesis referida, y con igual frecuencia ha sido utilizada la ignorancia y ausencia de los sectores minoritarios, para modificar el contrato o estatuto social en beneficio de la mayoría, o bien, lo que es más grave, para aumentar el capital social, emitiendo, para ello, acciones que solamente podrá suscribir el sector dominante o mayoritario,

umentando de manera ilegítima y dolosa su proporción en dicho capital y “licuando” la participación accionaria de los sectores excluidos de dicho acto.

En conclusión propugnamos para los casos de sociedades cerradas o de familia que la forma de notificar la convocatoria a asamblea se realice implementando una publicidad real y efectiva, utilizándose comunicaciones personalizadas a través de una notificación por medio fehaciente al domicilio que el accionista tenga inscrito en el libro de Registro de acciones de la sociedad o a través de medios de difusión masiva, reemplazando así el régimen de publicación de edictos que sí podría mantenerse para las sociedades que están autorizadas para hacer oferta pública sus acciones o cotizar en Bolsa, constituyendo de este modo una mejor protección para los socios en la sociedad comercial.

42) Conclusiones generales de este capítulo y propuestas

A continuación se mencionarán las deficiencias de nuestra L.S., generando una serie de conflictos, a saber:

- 1º) Existe una deficiente utilización del tipo societario S.A.
- 2º) No deben denegarse sistemáticamente el pedido de medidas cautelares (intervención judicial), como así también los jueces deben ser cautelosos en el otorgamiento de dicha medida.
- 3º) No cuenta la L.S. con la posibilidad de resolución parcial de contrato de sociedad en caso de fallecimiento de un socio en las S.A. cerradas;
- 4º) En caso de ejercer el derecho de receso, el socio no cuenta con valores equitativos de compensación;
- 5º) En materia de convocatorias a las asambleas, el socio no cuenta con un acceso fehaciente a las comunicaciones (la publicación de edictos no son los medios más idóneos);
- 6º) Ante el abuso de poder en las sociedades comerciales, no hay un mecanismo específico para permitir la salida del socio en conflicto.

Esta problemática se da porque los legisladores de la L.S. no previeron el tipo de la S.A. para la empresa familiar, ni para la pequeña empresa, sino solamente para la gran empresa industrial, comercial o de servicios, manteniéndose una diferenciación sólo en los casos en que éstas recurran a la oferta pública de sus acciones o tengan autorización para cotizar en Bolsa de valores.

En consecuencia, se puede advertir que la mayoría de los litigios que tiene lugar en conflictos societarios en sociedades de familia esconden, bajo la apariencia de impugnaciones de decisiones asamblearias, acciones de responsabilidad o impugnación de estados contables, un afán, por parte del impugnante, de obtener el reconocimiento del valor de su participación accionaria, luego de una larga disputa judicial que termina perjudicando gravemente la situación de la misma sociedad.

Propuestas de solución para prevenir y solucionar el conflicto societario.

De acuerdo a lo que se viene desarrollando hasta el momento, se pueden realizar las siguientes propuestas para solucionar y prevenir el conflicto societario dentro de las S.A. cerradas o de familia, a saber:

a) Disponer o establecer un capital social mínimo de envergadura o importancia para la constitución de S.A.;

b) Diferenciar definitivamente con criterios basados en la realidad y práctica societaria, entre las S.A. abiertas y las cerradas o de familia, con aplicación para estas últimas de algunas soluciones previstas por la ley L.S. para sociedades de personas o de responsabilidad limitada, concretamente debe tenerse en cuenta para las S.A. cerradas o de familia el instituto de la resolución parcial del contrato de sociedad, y aceptar para ellas el pacto estatutario de retiro voluntario, la acción de exclusión contra el accionista moroso en el cumplimiento de sus obligaciones, consagrando fundamentalmente el principio general para las S.A. cerradas o de familia que la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato de sociedad.

d) Poner en claro el concepto del interés social, para evitar la circunscripción del mismo a la defensa del patrimonio de la sociedad, teniendo en cuenta que dentro del concepto de interés social está comprendido el regular funcionamiento de la sociedad y el respeto al ejercicio de los derechos esenciales de todo accionista.

e) Lograr que el legislador consagre legislativamente las medidas autosatisfactivas, de gran aplicación dentro del derecho societario, evitando el proceso contencioso cuando se trata de facilitar el ejercicio de los derechos esenciales del accionista.

f) Actualizar o modernizar el instituto de la intervención judicial.

g) Legislar sobre la figura del veedor judicial o interventor informante, evitando así la aplicación de las normas específicas de los arts 113 a 117 de la L.S. y en especial de la contracautela, bastando al respecto la prestación de una simple caución juratoria, pues es evidente que la actuación del simple veedor, que no trasciende de la esfera interna de la sociedad, no puede ocasionar perjuicio alguno que deba ser anticipado mediante el instituto de la contracautela.

h) Regular mejor el derecho de receso.

i) Mejorar la forma de notificar la convocatoria a asamblea, y que se realice implementando una publicidad real y efectiva, utilizándose comunicaciones personalizadas a través de una notificación por medio fehaciente al domicilio que el accionista.

Capítulo V

Impugnabilidad de las decisiones sociales

43) Introducción. Características. Naturaleza jurídica de la acción de impugnación de acuerdos asamblearios

a) Introducción

Es en la asamblea de accionistas o reunión de socios, donde se expresan los asuntos que competen a la vida y consecución del objeto social de la sociedad comercial. Sin embargo las decisiones asamblearias de los mismos, si bien son soberanas, no pueden reflejar una voluntad omnipotente y arbitraria, pues se encuentran sometidas al control y pautas que fija la ley, y el estatuto social.

Es la propia ley que en defensa *del interés social* como principio rector o superior y *del interés individual del socio*, otorga la posibilidad del recurso de impugnación.

b) Características.

La finalidad del sistema de impugnación es la de perseguir la defensa del interés social como principio superior, enmarcado éste dentro del principio de conservación y continuidad de la empresa, pero también tiene por finalidad satisfacer la defensa del interés subjetivo e individual del accionista impugnante que no puede verse tampoco afectado o agraviado sin darle la posibilidad de una adecuada reparación. Dado un aparente equilibrio de intereses, siempre primará en la interpretación la defensa del interés de la sociedad.

Se pueden advertir 2 características de la acción de impugnación del art 251 L.S., a saber:

1º) En primer lugar, en aras de defensa del principio de seguridad jurídica, de conservación de los actos jurídicos de acuerdo al cual en caso de duda debe preferirse la interpretación que bonifica el acto, la validez y no la nulidad, la acción de impugnación de la decisión asamblearia debe entenderse con carácter restrictivo²¹⁶.

2º) En segundo lugar, la acción del art 251 debe considerarse como una acción social en el sentido de que tutelando un interés personal del socio, se está ejerciendo un poder de control y vigilancia sobre el funcionamiento de la persona jurídica, independientemente de la cantidad de cuotas o acciones que pudiera poseer el socio²¹⁷.

²¹⁶ Verón, Nulidades societarias, LL, 1987-B-334, en Mascheroni, F, Muguillo, R, *Op. Cit.*, pág 240

²¹⁷ Cám. Nac. Com., Sala B, 6/12/1982, LL, 1983-B-362, en Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 240

c) Naturaleza jurídica de la acción de impugnación de acuerdos asamblearios.

La naturaleza jurídica de la acción de impugnación de acuerdos asamblearios, ha sido objeto de discrepancia en la doctrina y jurisprudencia, en la medida en que ella es iniciada por accionistas afectados por decisiones mayoritarias y que la demanda debe ser promovida contra la misma sociedad.

La jurisprudencia ha debatido mucho sobre el tema, y ha cobrado relevancia el fallo de la Sala D de la Cámara Nac. De Apelaciones en lo Comercial de la Cap. Fed., con fecha 8 de Mayo de 1992, en el caso “Tacchi Carlos c/ Peters Hnos. S.A. s/sumario, LL., 1994 –A, págs 384 y ss en el cual, se sentaron las siguientes conclusiones²¹⁸:

1º) La tesis que predica que la acción prevista por el art. 251 de la L.S., es una acción solamente social, en defensa del interés social, parece un tanto excesiva, desde que ignora el interés propio y personal del accionista, debido a que éste es un defensor de sus propios intereses, como así también de los intereses que tiene en la sociedad.

2º) La acción del art. 251 de la L.S. aparece constituida por el interés del órgano de defensa social y el interés propio y personal del accionista impugnante, por lo tanto la acción sería mixta, en el sentido de comprender esas dos especies de intereses, si que resulte necesario determinar cuál de ellos son más importantes ni cuál es el principal o secundario, siendo sólo suficiente que ambos se encuentren presentes, de modo tal que no sería viable la acción ejercida en el solo beneficio del interés particular del socio.

En definitiva, la acción prevista por el art. 251 de la L.S. es una acción de naturaleza “social-particular” o mixta, en el sentido de que por ella se intenta la protección tanto de intereses sociales como particulares del socio, por lo tanto es una acción mixta, en la que necesariamente confluyen ambas especies de interés.

44) Causas de impugnación de acuerdos asamblearios:

La acción de impugnación judicial de un acto asambleario o de decisiones asamblearias adoptadas en él, puede tener las siguientes causas:

²¹⁸ Nissen, ob., cit., pág 91

44.a) Vicios en la convocatoria de la asamblea de accionistas: (cumplimiento de requisitos formales): como sabemos, el acto asambleario es por esencia formal y solemne, pues la ley determina las formas y requisitos indispensables para regular la celebración de las asambleas, y para que la resolución en ellas adoptadas sean válidas (por ej, deben cumplir con los requisitos de publicidad, necesidad de un determinado quórum o mayoría calificadas).

La falta de cumplimiento de los recaudos legales para la convocatoria de la asamblea y la no realización de la misma como lo previeron los socios en el estatuto, determina la nulidad de aquélla, debido a que la decisión de los socios singulares considerados, a través de sus votos, no puede extenderse al sujeto de derecho, cuando no emana del órgano societario debidamente constituido.

Sostiene Halperin²¹⁹ que cuando existan vicios de convocación y constitución de la asamblea, habrá nulidad absoluta (e inexistencia si se acepta esa categoría) y nulidad relativa o impugnabilidad de las decisiones, cuando median vicios en las formas no esenciales de la convocación o defectos de la reunión.

44.b) Jurisprudencia:

A continuación se destacarán los criterios rectores adoptados en materia de nulidad de actos y decisiones asamblearias por incumplimiento de los requisitos formales establecidos por la L.S. para la adopción de los acuerdos sociales y que cuya violación conlleva la nulidad de los mismos, a saber:

1º) *La mayoría se expresa voluntariamente por la suma de votos individuales, y sólo es tal cuando los votos se han formulado en una asamblea válidamente constituida*²²⁰.

2º) *Corresponde declarar la nulidad de una decisión asamblearia cuando se omitió convocar a determinados integrantes a la reunión de directorio que procedió a convocar aquélla, pero que tal sanción no corresponde cuando el director omitido, esta vez como accionista, concurrió y participó activamente en el acto asambleario*²²¹.

3º) *La convocatoria a asamblea que incumplió el n° de publicaciones exigidas o la anticipación requerida por el art 237 de la L.S. no constituye suficiente razón para la*

²¹⁹ Halperin, Isaac, Sociedades Anónimas, Ob. cit, pág 645, nota 21

²²⁰ Cám. Nac. Com., Sala A, 7/7/1978, "Facio, Juan y otros c/ de Crott, Alcira SCA"

²²¹ Cám. Nac. Com., Sala A, 16/11/1993, "Fridman Gerardo c/ Pullman Argentina S.A., en Nissen, Ricardo. Op. Cit, pág 133

*nulidad del acto asambleario, si el accionista impugnante concurrió a él y participó activamente, sin formular expresamente su oposición a la celebración de la asamblea, aun cuando haya votado posteriormente en forma negativa las resoluciones finalmente aprobadas*²²².

4º) *La ausencia de la publicidad prevista por el art 237 L.S. y la infracción a la norma imperativa e inderogable del art 233, en relación al lugar de reunión del acto asambleario, determinan la nulidad de la asamblea así celebrada y traen aparejada la invalidez de las decisiones adoptadas en ellas*²²³.

5º) *La adopción d decisiones asamblearias que suponen la invasión de la esfera de actuación de otro u otros órganos sociales implica un vicio tal que la doctrina y la jurisprudencia han calificado como de nulidad absoluta, incorpimable e imprescriptible, en tanto los actos societarios internos responden a una distribución de competencias de carácter inderogable y su cumplimiento es requisito de regularidad y validez*²²⁴.

6º) *La inexistencia de deliberación entre los socios accionistas al acto asambleario constituye un vicio que invalida el acto, pues la libre discusión en el seno de la asamblea constituye el camino legalmente previsto para que la sociedad, mediante su órgano de gobierno, exprese su voluntad sobre determinados aspectos específicos de la marcha de la gestión social*²²⁵.

7º) *Las anomalías que exhibe el libro de registro de acciones constituye un obstáculo insalvable para la validez del acto asambleario, cuando aquellas impiden conocer con certeza la exactitud, nómina e identidad de los accionistas que integran la sociedad*²²⁶.

²²² Cám. Civ y Com., Rosario, Sala I, 17/2/1994, “Malpiedi, Edmundo c7 Ferrari y Cía. S.A.”, en Nissen, Ricardo. *Op. Cit*, pág 133.

²²³ Cám. Nac. Com., Sala E, 21/12/1999, “Blotta, Gustavo y otro c/ Servi Curt S.A. s/ sumario, en Nissen, Ricardo. *Op. Cit*, pág 133

²²⁴ Cám. Nac. Com., Sala B, 19/5/1995, “Noel, Carlos Martín Marcelo c/ Noel y Cía. S.A. s/sumario, en **Nissen**, Ricardo. *Op. Cit*, pág 133.

²²⁵ Fallo de 1ra instancia, firme, Juzgado Comercial N° 5 a cargo del Dr. Gerardo Vasallo, Secretaría N° 10, 13/11/1998, en autos “Escasany, María Isabel c/ Rivadeo S.A. s/sumario”, en Nissen, Ricardo. *Op. Cit*, pág 134.

²²⁶ Resolución IGJ265/01, 10/04/2001, “Teba S.A.”, en Nissen, Ricardo. *Op. Cit*, pág 134

8º) *Resulta nula una asamblea de accionistas cuando el orden del día incluyó una más que vaga descripción de los temas de deliberación: aumento del capital, emisión de acciones, etc., lo cual impidió a los accionistas conocer cuál era el monto del aumento del capital social que se debatiría, ni las características de la emisión de las acciones que trataría el órgano de gobierno ni los alcances del acto*²²⁷.

9º) *La circunstancia de que en una asamblea extraordinaria se hayan tratado y decidido temas propios de una asamblea ordinaria, ello no puede invalidar lo resuelto en ella, ya que al obtenerse el quórum exigido por el art 244 de la L.S. se da cumplimiento lo exigido por el art 243 L.S.*²²⁸

44.c) Vicios en la celebración del acto asambleario

44. C.1) Violación al régimen de quórum y mayorías:

La asamblea de accionistas requiere como requisitos de validez del acuerdo adoptado regular tanto la convocatoria de los accionistas, como así también la presencia de un determinado quórum y su adopción por las mayorías legalmente previstas en la L.S. y que los accionistas presentes en la asamblea puedan ejercer sus derechos en forma amplia, ej derecho a las informaciones en relación al tema en discusión y poder debatir sin restricciones a los fines de emitir su voto en forma fundada.

*La presencia del quórum exigido por la ley por los arts 233 y 244 L.S. debe ser reputado, como requisito esencial para regular el funcionamiento de la asamblea, y su inexistencia provocará la nulidad absoluta del acto.*²²⁹

En nuestra opinión, el hecho de violar las normas establecidas por la L.S., en materia de quórum y mayorías en la adopción de decisiones asamblearias, infringen evidentes principios de orden público y normas inderogables del ordenamiento jurídico, susceptibles de dar lugar a la nulidad absoluta en los términos del art 1047 del Cód Civil, debido a que sin el quórum necesario no existe asamblea, pues se vulnera el principio mayoritario que gobierna a la declaración del ente colectivo.

²²⁷ Cám. Nac. Com., Sal B, 5/2/2004, “Errecart, Susana Luisa c/ La Gran Largada S.A. y otros s/ordinario, en Nissen, Ricardo. *Op. Cit*, pág 134

²²⁸ Cám. Nac. Com., Sala B, 6/12/1982, “De Carabaos, Isidoro, c/ Canale S.A. y otra”, en Nissen, Ricardo. *Op. Cit*, pág 134

²²⁹ Nissen, Ricardo. *Op. Cit*, pág 135

44. C.2) Irregularidades que afectan el pleno ejercicio de los derechos inderogables de los accionistas.

Los derechos de los accionistas (información, libre deliberación y emisión de voto) deben contar con las debidas garantías que el caso requiera.

La omisión, por parte de los órganos de administración y fiscalización de la sociedad, de suministrar en forma amplia y veraz los requerimientos que les soliciten los socios accionistas, es causa de nulidad del acuerdo asambleario correspondiente.

Cuando se incumple lo dispuesto por el art. 67 L.S. párr 1º de la L.S, que prescribe que en la sede social deben quedar copias del balance, del estado de resultados del ejercicio y del estado de evolución del patrimonio neto, a disposición de los socios, con no menos de 15 días de anticipación a la fecha e la asamblea donde se debatirá en relación o sobre ellos, nuestros jueces, por lo general, consideran que dicha falta es susceptible de provocar la nulidad del acuerdo asambleario que aprobó esa documentación y sus acuerdos relacionados (distribución de ganancias, determinación de dividendos, etc), argumentando, que el plazo establecido por la norma apunta a la protección del socio, y al buen funcionamiento del régimen de mayorías en cuanto a la necesidad del acceso al conocimiento e información sincera y amplia para que el debate sea pleno.

En importantes precedentes, se ha resuelto la nulidad del acuerdo asambleario que aprobó los estados contables de la sociedad demandada, cuando se omitió brindar al accionista las informaciones requeridas con anterioridad al acto asambleario, relativas a determinadas operaciones de la entidad reflejadas en dichos instrumentos²³⁰.

El grado de sanción de nulidad, relacionado con la falta de información como causa de invalidez de un acuerdo asambleario, es considerado por la jurisprudencia como de nulidad relativa, tendiente a custodiar el interés de los socios en el cumplimiento de las normas legales (ej cuando se omite poner a disposición los estados contables con la anticipación de 15 día según el art 67 L.S.).

Cuando se infringe el derecho a voto, también es causa de nulidad. En la práctica, se observa en el funcionamiento de las sociedades comerciales, que los socios o accionistas se limitan a firmar el acta redactada unilateralmente por el directorio o por el órgano de administración, sin celebrar el acto asambleario.

²³⁰ Cám. Nac. Com., Sala B, 19/5/1995, “Noel, Carlos Martín Marcelo c/ Noel y Cía. S.A. s/sumario, en Nissen, Ricardo. *Op. Cit.*, pág 139.

Podemos citar el siguiente precedente jurisprudencial²³¹: *“si los accionistas no se reunieron físicamente sino que se limitaron a labrar actas, para luego hacerlas circular para su firma, con el previo o posterior consentimiento de los socios,, tal metodología viola las formalidades establecidas por la L.S., en el sentido de que los accionistas no se han reunido en el sede del domicilio social, tampoco han depositado sus acciones con antelación a la reunión, y menos suscripto el libro de asistencia en tiempo oportuno, y al a la vez el acta confeccionada no ha resumido las deliberaciones sociales, en tanto ellas no se han concretado, violándose de tal manera lo dispuesto por los arts 233, 238, y 249 de la L.S”*.

Podemos agregar que la deliberación societaria es requisito ineludible para el normal funcionamiento del acto asambleario, del cual solamente se puede prescindir cuando existe unanimidad de los accionistas presentes.

En relación a las normas de los arts 241 (inhabilitación para votar) y 248 (accionista con interés contrario al social) de la L.S. (que prohíben a los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales emitir su voto en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión responsabilidad, remoción con causa o en cualquier asunto en el cual tuviesen aquellos interés contrario al social, ha dado lugar a que la mayoría de la jurisprudencia, interprete en forma literal al art 248 2º párr, considerando que la infracción a esa prohibición solamente genera responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, cuando sin el voto de aquellos funcionarios no se hubiera podido lograr la mayoría necesaria para una decisión válida, (dichos funcionarios tienen el deber de abstenerse a votar).

En consecuencia, en caso de votar dichos socios funcionarios (son incapaces de derecho), será causal de nulidad, en concordancia con el art 18 del Cód Civil²³² y al art 241 L.S

En relación al art 248 L.S. (accionista con interés contrario al social), cuando el accionista infractor hubiere votado, se declarará nulo dicho voto, y se ratifica lo establecido por el art 254 L.S 1º párr que el accionista se hará responsable en forma solidaria e ilimitada cuando hubieran votado favorablemente una resolución que se declare nula, por las consecuencias que ese acuerdo ocasione a la sociedad.

²³¹ Fallo de 1ra instancia, firme, Juzgado Comercial N° 5 a cargo del Dr. Gerardo Vasallo, Secretaría N° 10, 13/11/1998, en autos “Escasany, María Isabel c/ Rivadeo S.A. s/sumario”, en Nissen, Ricardo. *Op. Cit.*, pág 141.

²³² **Art 18 Código Civil. De las Leyes.** “Los actos prohibidos por la leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso d contravención”.

Se sostiene que la prohibición del art 241 de la L.S. tiene un fundamento ético, pues un director o gerente que vota aprobando su propia gestión, contra toda regla de ética y buena fe, se convierte en juez de su propia conducta.

La nulidad de tales actos es de carácter absoluto, las cuales han sido establecidas, para proteger el orden social, las buenas costumbres o cuando afectan el orden público, o responden a razones morales y éticas de carácter general. Dicha nulidad podrá ser declara de oficio, cuando aparece manifiesta en el acto (art 1047 Cód Civ).

44. C.3) Abusos de las mayorías. Vicios en el contenido de la decisión social adoptada.

Por último, la nulidad del acuerdo asambleario puede derivar de un vicio que afecte el contenido de la respectiva resolución, y ello se refiere el art 251 de la L.S.

Cuando dicho art se refiere a la adopción de una resolución “en violación de la ley, se refiere a todo el ordenamiento jurídico en general, incluyendo, como es obvio la L.S.

Cuando existe una desviación social que solamente interesan a un grupo de accionistas, en detrimento de los derechos de los accionistas minoritarios, configurándose lo que la doctrina ha llamado “abuso de mayorías”, se aplica al campo societario la teoría del abuso del derecho, consagrada en nuestro derecho positivo a través del art 1071 del Cód Civ.

En un ejemplar fallo²³³ se ha dicho que, *el carácter de decisión violatoria de la ley y del estatuto, a que se hace referencia el art 251 L.S., y que da origen a la acción de nulidad de acuerdos asamblearios, no puede quedar reducida a la violación expresa de normas legales formales, sino que comporta la preservación de un sistema de conductas que serán o mencionadas por la norma o inducidas de ésta, conclusión que es válida en todo el campo de lo jurídico...*”

Ello reconduce al tema del interés social, destacándose que si bien el principio mayoritario que gobiernan a las decisiones asamblearias es el instrumento de expresión de la voluntad del interés de la sociedad, ello no significa que ese principio pueda convertirse en una herramienta dirigida a imponer un abuso de poder, que vulnere los derechos de quienes no se han adherido a contribuir la formación de la mayoría.

Nuestra jurisprudencia a invalidado acuerdos sociales destinados a impedir el ingreso de minorías en el directorio de la sociedad mediante el procedimiento previsto en el art 236

²³³ Cám. Nac. Com., Sala D 15/1982, “Godoy, Eulogio c/ La casa de las Juntas S.A.”, ED, 101-353 y ss, con comentario de Bollini Shaw, Carlos: “La creación del Consejo de vigilancia como forma de alterar el sistema previsto para el art 263 de la L.S.”, en Nissen, Ricardo. *Op. Cit.*, pág 148.

de la L.S., ya sea con la redacción del n° d sus integrantes, creando un consejo de vigilancia, para que el voto acumulativo se ejerza exclusivamente para la elección de sus integrantes, o finalmente constituyendo la mayoría una minoría ficticia superior a la que pretende ejercer el derecho previsto por el art 263 L.S., maniobra todas éstas, que fueron advertidas por los legisladores quienes reformaron la original ley 19.550 por la 22.903 (arts 263 y 280), tratando de evitar semejantes abusos.

De la misma manera, la jurisprudencia ha declarado la suspensión provisoria del aumento de capital social resuelto con el único objeto de reducir o licuar la participación de uno o varios accionistas²³⁴.

En conclusión, cuando los acuerdo asamblearios, a pesar de ser formalmente correctos y ajustados al procedimiento legal, hayan sido adoptados a los exclusivos fines de perjudicar los derechos de determinados accionistas o terceros, encuadran en la hipótesis prevista por el art 1071 del Cód Civ, el cual consagra un verdadero principio general de derecho, y en tal sentido se declarará la invalidez y la responsabilidad (art 1109 Cód Civ)²³⁵ por los daños y perjuicios en perjuicio a la víctima de tal maniobra.

²³⁴ Cám. Nac. Com., Sala de feria, 11/1/1985, en autos “Lucino, Jorge y otro c/ Unión Comerciantes Cía. de Seguros”, LL, 1985 –C-483; ídem, conclusiones y jurisprudencia citada en el trabajo de Forestier, Juan Carlos: “Nulidad de la resolución asamblearia que decide el aumento del capital con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría”, LL, 13/9/1985, en Nissen, Ricardo. *Op. Cit*, pág 149.

²³⁵ **Art 1109 Cód Civ. De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos.** “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio”.

Capítulo VI

Conductas abusivas de la mayoría

45) Introducción

1) El objeto de este trabajo es analizar la situación de los socios minoritarios en las sociedades cerradas o de familia, explicando las conductas abusivas que sufren los mismos. Veremos cómo en otros países (los EEUU, en Inglaterra, Bélgica o en Alemania), existen mecanismos legales cuya finalidad es permitir a los socios minoritarios la recuperación del valor de su inversión en los supuestos de comportamientos abusivos de la mayoría.

Se analizarán casos en los que se observan ciertas clases de conductas abusivas dirigidas a asfixiar financieramente al socio minoritario, limitando sus ingresos, por ej la no distribución sistemática de dividendos, o el cese en el cargo de administrador o de empleado),

El ordenamiento jurídico argentino carece de estos sistemas para permitir la salida del minoritario sometido al abuso del derecho. Esto crea ineficiencias, porque la situación de conducta abusiva no se remedia con *juicios de impugnación* y de reclamación de daños perjuicios contra los mayoritarios y los administradores,

La protección de los socios minoritarios frente al abuso de derecho es una exigencia derivada de la salvaguarda del derecho de propiedad y en especial de la empresa familiar, pues de lo contrario el valor de la inversión se reduce y los conflictos internos se agravan.

Además, sostenemos que la regulación de la conducta abusiva debe figurar tanto S.A. como S.R.L. (teniendo en cuenta que las sociedades cerradas pueden ser también S.A.).

46) Tipología de las conductas abusivas de la mayoría creando juicios de impugnación de acuerdos asamblearios. Introducción.

Las clasificaciones que efectúa la doctrina de las *conductas abusivas de las mayorías recogidas* en la jurisprudencia son muy variadas, sin embargo pueden reducirse a tres grandes grupos de comportamientos o grupos de casos:

En primer lugar, puede contemplarse aquellos comportamientos abusivos, que consisten en la puesta en práctica de mecanismos dirigidos a privar a los socios minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos (por ejemplo, aumentos de capital injustificados, privación sistemática de derecho de información.

Forman un segundo grupo de conductas abusivas todas aquellas actuaciones dirigidas a apropiarse de los activos sociales y de las oportunidades de negocios de la sociedad;

En tercer lugar, se sitúan aquellas actuaciones de la mayoría dirigidas a limitar los ingresos de los socios minoritarios, entre las que podemos citar: a) la no distribución sistemática de dividendos, b) la reducción del nº de administradores con exclusión de los socios administradores minoritarios o el despido de los socios minoritarios empleados en la sociedad, con la correspondiente pérdida de retribuciones,

47) Análisis de conductas dirigidas a privar a los socios minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos.

a) Aumento de capital²³⁶: Pueden contemplarse en la vida societaria el primer tipo de prácticas abusivas, consistente en la adopción de comportamientos dirigidos a privar a los socios minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos. De este modo se conocen, entre otros, supuestos de privación de derechos de información combinado con aumento de capital injustificados, de privación de derecho de información.

b) Explicación de este tema

²³⁶ Art 188 (Texto según ley 22.686) L.S. Aumento de capital. "El estatuto puede prever el aumento del capital hasta su quíntuplo.

Se decidirá por la **asamblea** sin requerirse nueva conformidad administrativa. Sin perjuicio de lo establecido en el art 202, la asamblea sólo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago. La resolución de la asamblea se publicará e inscribirá.

En las S.A. autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones, la asamblea puede aumentar sin límite alguno ni necesidad de modificar el estatuto."

Art 191. Aumento de capital. Suscripción insuficiente. "Aun cuando el aumento del capital no sea suscrito en su totalidad en el término previsto en las condiciones de emisión, los suscriptores y la sociedad no se liberarán de las obligaciones asumidas, salvo disposición en contrario de las condiciones de emisión".

Art 192. Mora: ejercicio de los derechos. "La mora en la integración se produce conforme al art 37 y suspende automáticamente el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones en mora".

Art 37. Mora en el aporte: sanciones. "El socio que no cumpla con el aporte en las condiciones convenidas incurre en mora por el mero vencimiento del plazo, y debe resarcir los daños e intereses. Si no tuviere plazo fijado, el aporte es exigible desde la inscripción de la sociedad.

La sociedad podrá **excluirlo** sin perjuicio de la reclamación judicial del afectado o exigirle el cumplimiento del aporte. En las sociedades por acciones se aplicará el art 193.

Art 193. Mora en la integración. Sanciones. "El estatuto podrá disponer que los derechos de suscripción correspondientes a las acciones en mora, sean vendidos en remate público o por medio de un agente de bolsa si se tratare de acciones cotizables. Son de cuenta del suscriptor moroso los gastos de remate y los intereses moratorios, sin perjuicio de su responsabilidad por daños.

También podrá establecer que se producirá 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 abonadas. Sin perjuicio de ello, la sociedad podrá optar por el cumplimiento del contrato de suscripción."

Art 194 (Texto según ley 22.903) L.S. Suscripción preferente. "Las acciones ordinarias, sean de voto simple o plural, otorgan a su titular el derecho preferente a la suscripción de nuevas acciones de la misma clase en proporción a las que posea, excepto en el caso del art 216, último párrafo; también otorgan derecho de acrecer en proporción a las acciones que hayan suscrito en cada oportunidad".

Art 216 último párrafo. Acciones ordinarias: derecho de voto. Incompatibilidad. No pueden emitirse acciones de voto privilegiado después que la sociedad haya sido autorizada a hacer oferta pública de sus acciones".

En muchas ocasiones, según Farina²³⁷, *las S.A. se convierten en verdaderos “campos de batalla” donde combaten con todas sus armas a su alcance, una mayoría que desea acentuar cada vez más su dominio; y una minoría que advirtiendo esa circunstancia, trata de presionar en todos los ámbitos para lograr que la mayoría le adquiera a muy buen precio sus títulos accionarios.*

El aumento del capital social que resuelve la asamblea por voto de la mayoría presenta para la minoría todos los aspectos de una maniobra tendiente a disminuir o licuar su participación en el capital social, con la consiguiente reducción de sus derechos políticos, pues no es lo mismo contar con menos del 10%, del 5% o del 2% del capital que cuando se superan esos porcentuales.

Además, una reducción en la participación societaria significa en muchas ocasiones la pérdida de la chance en el uso del voto acumulativo.

Agrega dicho autor²³⁸, que el hecho de que los minoritarios puedan ejercer el derecho de preferencia no es argumento suficiente, pues esos accionistas no están dispuestos a seguir aportando dinero que en definitiva será administrado por la mayoría (adversarios) con el agravante, por lo común, de que cuando existen ganancias, los dividendos se pagan mediante la emisión de nuevas acciones, con lo cual la minoría no hace otra cosa que acumular papeles que no puede negociar.

Frente a la decisión asamblearia que resuelve el aumento de capital, esa minoría disconforme, por lo general toma el camino de la impugnación judicial por considerar que la mayoría, incurre en manifiesto abuso de derecho perjudicando a los impugnantes; y éstos, amparados en el art 252 L.S., piden como medida cautelar la suspensión de dicha resolución asamblearia.

c) La situación del impugnante

Lo importante para el impugnante, de acuerdo al fin que persigue, es lograr la resolución del juez a su favor de la suspensión preventiva de la decisión asamblearia en cuestión, pues esto produce efectos inmediatos, se dicta “inaudita parte”, y suele crear situaciones de conflictos en la sociedad, así como una situación de incertidumbre y de descrédito ante los bancos y acreedores.

Frente a este problema encontramos dos criterios dispares en nuestros jueces: por un lado, algunos se inclinan inmediatamente por la tutela de la minoría partiendo de la base que son la parte débil de la sociedad, que está expuesta a sufrir los posibles abuso de la mayoría, por ello, frente a un pedido

²³⁷ Farina, Juan M. *Aumento de capital de la S.A. Su impugnación judicial*. Revista Jurídica. La Ley. LL tomo 1989-d, Sección Doctrina, Buenos Aires 1989, pág 1066.

²³⁸ Farina, Juan M., ob., cit, pág 1067.

razonable de suspensión de la decisión asamblearia de aumento de capital la decretan sin mayor inconveniente.

Otros jueces, en cambio, se inclinan por la actividad, expansión y solidificación económica y financiera de la empresa, la cual se encuentra por encima de los conflictos entre los socios, ya que la misma interesa tanto a los accionistas, como a los empleados, proveedores, clientes, acreedores y al medio social en donde ella actúa.

48) A favor del criterio restrictivo ante el aumento de capital

Para cierto sector de la doctrina la interpretación de la norma del art 251 L.S. es de excepción y debe accederse a ella en los casos taxativos que enumera, entendiéndolos de manera restrictiva. La cuestión judicial de las decisiones asamblearias en tal sentido hacen al manejo empresario, por lo tanto los jueces deben ser muy cuidadosos al tomar injerencia en la operatoria de la empresa, restringiendo así su intervención, evitando una arbitrariedad o una irracionalidad dañosa en el acuerdo impugnado, El órgano jurisdiccional ha tenido oportunidad de pronunciarse en multiplicidad de supuestos, sea accediendo a la acción, sea rechazándola, por lo que resulta importante tratar un mínimo de casos, a saber:

En general la jurisprudencia no ha querido dejar sin efecto acuerdos asamblearios de aumento de capital. Se fundamentan en que no pueden revisar tal acuerdo porque *la necesidad, conveniencia y oportunidad de un aumento de capital constituye, en principio, una cuestión de política empresarial que debe quedar reservada exclusivamente a los órganos societarios competentes; por lo que sólo será revisable en caso de arbitrariedad manifiesta y dañosa, pues sólo en tal supuesto el acto ingresó en el campo de la ilicitud*²³⁹, (Caso Pereda)

Sin embargo, en otros supuestos, , ha sido admitida la procedencia de la acción de impugnación, declarándose la nulidad de la decisión asamblearia que reformará el estatuto para permitir futuros aumentos de capital hasta el quintuplo, pues se privaría, mediante tal acuerdo, del derecho de recesso futuro al accionista cuestionante²⁴⁰.

49) Fundamentos del criterio restrictivo acerca del aumento de capital: “A favor del interés de la sociedad y no del de la minoría”

²³⁹ Cám. NAC. Com., Sala D, 22/8/89, ED, 136-137; en Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 258

²⁴⁰ Cám. Nac. Com., Sala C, 14/6/91, LL, 1991-E-481, con nota de Gagliardo, *Nuevamente sobre el recesso*. En tal sentido, ver también Forestier, *Nulidad de la resolución asamblearia*, LL, 1985-D-972, Farina, *Aumento de capital de la S.A.*, LL, 1989-d-1066, en Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 259

Surge el siguiente interrogante:

¿El juez, puede, como medida cautelar suspender el aumento del capital?

- a) El art 252²⁴¹ de la L.S. faculta al Juez a suspender preventivamente la ejecución de la resolución asamblearia impugnada de aumento de capital;
- b) El art 252 parte del supuesto de una resolución asamblearia impugnada. Por lo tanto, si no hay resolución asamblearia no puede pensarse en su impugnación, ni en su correspondiente demanda;
- c) Si el juez ordena que se suspenda el aumento de capital convocada para determinada fecha, este tema ya no se podrá volver a tratar, una vez que la asamblea se dé por concluida, salvo que al llegar a este punto se pase a un cuarto intermedio y dentro de ese lapso pueda prosperar una revocatoria o una apelación
- d) El hecho de prohibir el tratamiento de determinados puntos del orden del día implica impedir a los accionistas que deliberen, y esto significa negarles el ejercicio de un derecho inderogable e inaleable.
- e) Puede ocurrir que la asamblea no llegare a celebrarse, por lo tanto el juez no puede entrar a suponer que habrán de decidir los accionistas, porque no debe prejuzgar en base a suposiciones.
- f) La ley y el sentido común exigen que los problemas societarios se resuelvan de manera interna como paso previo para luego sí poder acudir a la vía judicial.

En consecuencia, cuando un accionista tenga temor de que en la asamblea pueda adoptarse alguna resolución ilegítima o contraria a sus intereses sociales, deberá con más razón concurrir a la misma, participar en el debate, argumentar sus puntos de vista, y demostrar la improcedencia de la decisión que desea adoptar la mayoría, luego sí podrá acudir al poder judicial, porque lo que establece el art 251 de la L.S. es la impugnación de la decisión asamblearia y no la asamblea, quiere decir que mientras no haya decisión no podrá articularse su impugnación.

g) Las medidas cautelares, en nuestra opinión no pueden llegar al extremo de aniquilar el derecho de la otra parte, porque esa no es la finalidad.

De lo dicho, surge el siguiente interrogante: ¿puede un juez bajo pretexto de amparar el derecho de un 10% de una minoría impedir el derecho de los accionistas que representan el 90% del capital a concurrir, deliberar y resolver en la asamblea?

Respuesta: “los puntos correspondientes al orden del día, cuando son sometidos a su tratamiento, jamás pueden ser susceptibles de ocasionar algún perjuicio”.

50) La decisión de la asamblea de accionistas sobre un aumento de capital: ¿está amparado en el art 251 de la L.S.?

El **art 251** de la L.S. en su primer párr dispone que: “Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas...”.

En consecuencia, podemos analizar lo siguiente:

²⁴¹ Art 252 L.S. Suspensión preventiva de la ejecución. “El juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere ocasionar a la sociedad”

- 1º) Que el aumento de capital no puede considerarse violatorio de la ley ni del estatuto, pues el legislador así lo ha previsto;
- 2º) No es un acto ilícito, pues está dentro de las previsiones de la ley y constituye uno de los medios inherentes de la sociedad para consolidarla económica y financieramente;
- 3º) Nunca es perjudicial para la sociedad porque ésta ve incrementado su patrimonio sin necesidad de pedir préstamos y evita así pagar intereses;
- 4º) Los jueces no deben ejercer sobre la sociedad un control de oportunidad y conveniencia, debido a que son los socios o su administrador los que tienen el poder de la gestión de los negocios sociales, por ello los jueces sólo tienen que limitarse, con respecto a las decisiones asamblearias, al control de legalidad.

a) Soluciones al accionista disconforme

Cuando algún accionista alegue que el aumento del capital ha sido innecesario y ha obedecido a licuar el porcentaje de su participación, la acción a promover será la de *daños y perjuicios*.

Otra solución, en el caso que haya mala fe por parte de la mayoría societaria, es solicitar que dicho aumento se declare *ineficaz*, es decir que la sentencia ordenará que ese accionista continúe manteniendo su respectivo porcentaje a pesar del aumento de capital el cual no ha sido suscripto, a los fines de poder conservar así sus derechos patrimoniales y políticos.

b) El impugnante debe probar la malicia en el aumento de capital.

Para acceder al reclamo de impugnación, el aumento deberá ser declarado *malicioso*, es decir el juez deberá examinar que porcentaje tienen los minoritarios quejosos, por que si el porcentaje de éstos se reduce del 5% al 3%, no tendría diferencia para los mayoritarios que pasarían a contar con el 97% de los votos, siempre y cuando no quieran vulnerar los derechos políticos de aquellos.

c) conclusión: en opinión de los que están a favor del criterio restrictivo de la acción de impugnación, la medida cautelar no podrá consistir en suspender el aumento de capital, por que es altamente peligroso para el normal funcionamiento de la empresa y además no se encuentra amparada en las previsiones del art 252 de la L.S.

En todo caso la medida cautelar podrá consistir en un embargo preventivo hacia los responsables de los perjuicios que pudieren llegar a ocasionar a los minoritarios cuando dicho aumento sea innecesario y de mala fe.

51) División en la doctrina: Cuestiones controvertidas en torno a la impugnabilidad de determinados acuerdos sociales.

a) El aumento de capital como cuestión justiciable: La doctrina emanada del caso, "Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A." del 22/8/1989.

A manera de síntesis, se relatarán los hechos del caso: el juez de primera instancia declaró la nulidad de la decisión asamblearia que decidió aumentar el capital, por parte

de la sociedad Pampagro S.A., considerando el juez que se habían violado los derechos de información del accionista, y que por añadidura, era injustificado el aumento de capital dispuesto en la asamblea impugnada.

En consecuencia la sociedad apeló el fallo de primera instancia y la Cámara, con voto del juez Cuartero entendió que el conflicto se vincula con la cuestión justiciable de la decisión asamblearia que aumenta el capital de una sociedad.

Es decir, dicho juez se pregunta: ¿puede impugnarse la decisión que aprobó de manera legítima un aumento de capital?

La respuesta es que debe violarse la ley, el estatuto o el reglamento según el art 251 L.S., como así también debe verse afectado un eventual perjuicio al socio accionista impugnante.

La Cámara cita al jurisprudencia de los EEUU que han sostenido repetidamente *que no es tarea de los jueces rescatar a los litigantes de un mal negocio* (Restetment of the law of Contracts, 81-1932; Black industries, inc vs. Busch, 110 F. Supp. 801-1953)²⁴².

El fundamento se basa en el art 14 de la Constitución Nacional que establece la facultad de comerciar y de trabajar y ejercer toda industria lícita.

El hecho de comerciar lleva implícito el derecho al lucro, es decir, a ganar en los negocios, pero también a perder, a soportar las pérdidas de las actividades mercantiles.

Y si la participación en una S.A. es una manera de “hacer negocios”, no son los jueces quienes deben acudir al rescate del comerciante cuyos negocios no le permitan obtener la ganancia esperada.

Es así que en los autos “*Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A.*” del 22/8/1989, los jueces fundaron su decisión en que ni la ley ni el estatuto ni el reglamento, (art 251 L.S.), pueden prever las circunstancias o causas que autoricen el aumento de capital dentro de una S.A., debido a que “*la decisión sobre la necesidad, conveniencia y oportunidad del aumento del capital social constituye una cuestión de política empresarial, más particularmente de índole comercial y financiera..., que debe quedar exclusivamente reservada a los órganos sociales naturales, que tienen competencia sobre la materia...*”, “*tales decisiones constituyen cuestiones no justiciables , en el sentido de*

²⁴² Asbir, Carlos. Impugnación de aumentos del capital social. Revista Jurídica La Ley. Sección Doctrina. Buenos Aires 2 de Diciembre de 1996, pág 2

que lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, bien que con referencia a los actos de gobierno o actos de administración de los poderes estatales, pero como también lo ha sostenido el Alto Tribunal, esa cuestión no justiciable va a ser objeto de examen, control y juicio por parte del Poder Judicial en hipótesis de arbitrariedad extrema o la irrazonabilidad dañosa, de las que resulten un perjuicio para un sujeto, puesto que el derecho no consiente la arbitrariedad extrema o la irrazonabilidad dañosa...”.

De lo contrario, el tribunal dejaría de lado su función jurisdiccional para convertirse en una suerte de órgano superior de administración de los negocios privados, en tanto revisor de los actos comerciales y financieros cumplidos por el órgano natural de la sociedad de que se trata...”

El tribunal comercial concluyó, que el caso en examen debe ser juzgado restrictivamente en referencia a aquellos supuestos en que la arbitrariedad extrema o irrazonabilidad dañosa autorizara la intromisión del Poder Judicial en el análisis de la decisión que aumentara el capital social, que “...el impugnante de la decisión de aumentar el capital social debe demostrar la arbitrariedad extrema o irrazonabilidad dañosa del acto impugnado...”²⁴³

En conclusión el juez Cuartero entendió que el caso en examen debe ser juzgado restrictivamente, por lo cual el órgano jurisdiccional debe restringir su intervención, de modo tal que solamente va a actuar en supuesto hipotético de arbitrariedad extrema o irracionalidad dañosa para otro sujeto, y que será el impugnante de la decisión de aumentar el capital quien deberá demostrar la no justificación de la decisión acordada y la *arbitrariedad extrema o irrazonabilidad dañosa del acto impugnado...* y no la sociedad demandada (Pampagro S.A.).

Agrega el juez, que el impugnante disidente debe respetar la política comercial y financiera llevada a cabo por el órgano de gobierno de la sociedad, y optar por reflejar su disconformidad por la vía del ejercicio del receso y no por la vía de impugnación judicial.

b) Críticas a la doctrina del caso Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A.

Nissen sostiene que el precedente judicial del caso en análisis resulta sumamente peligroso en los hechos y resulta violatoria del régimen legal.

²⁴³ Nissen, Ricardo. Ob., cit., citando y transcribiendo el fallo Pereda c/ Pampagro S.A., pág 152.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la experiencia demuestra que la maniobra más frecuente y reiterada es *la simulación de un aumento del capital social para licuar las participaciones de los accionistas minoritarios, a los fines de asfixiarlos económicamente y disminuirlos en el ejercicio de sus derechos.*

Esa actuación se reitera eficazmente, en la medida que la ley 19.550 no impone obligatoriamente la emisión con prima de las acciones que son consecuencia de la decisión de aumentar el capital social, de manera tal que, ya sea aprovechando la mayoría capitalista la falta de disponibilidades de determinados accionistas, o la ausencia temporal de ellos, se quedaban en consecuencia, con la participación accionaria de los socios minoritarios, por unos pocos pesos²⁴⁴.

Manifiesta que la aplicación de la doctrina de este fallo pareciera legitimar un claro abuso del derecho y una violación al fin societario, a que se refiere el art. 54 *in fine* de la ley 19550²⁴⁵.

Agrega que dicho fallo ignora la declaración de nulidad de actos asamblearios por abuso de las mayorías. Por ello, Forestier²⁴⁶ sostiene que *para que un acuerdo o decisión asamblearia sea válida, deberá contener ciertos requisitos, a saber:*

- a) El objeto de la declaración de la decisión o acuerdo, es decir su contenido, no debe ser ilícito ni imposible;*
- b) Debe satisfacerse el interés social o colectivo;*
- c) El principio mayoritario, como instrumento de expresión de ese interés, debe ser una herramienta dirigida a no imponer un abuso de poder, ni lesionar los derechos individuales o intereses de un grupo de socios;*

Por lo tanto, cuando las decisiones asamblearias no se ajusten a tales presupuestos, entre otros, el art 251 de la L.S., abre el camino para impugnar tales decisiones asamblearias, pero haciendo simplemente o meramente referencia a la nulidad de la resolución adoptada en violación de la ley, estatuto o reglamento, sin distinguirse, en consecuencia, entre actos anulables o nulos o de nulidad absoluta o relativa, lo que obliga, en este sentido a remitirse a la legislación del Código Civil.

²⁴⁴ Nissen., ob., cit., pág 153

²⁴⁵ **Art. 54 (texto según ley 22.903): Inoponibilidad de la personalidad jurídica:** la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

²⁴⁶ Forestier, Juan Carlos. *Nulidad de la resolución asamblearia que decide el aumento de capital con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría.* Revista Jurídica Argentina La Ley. Tomo 1985-D, 6ta sección. Doctrina.. La Ley S.A. Bs. As. 1985, pág 975

Haciendo referencia a la “arbitrariedad extrema o irrazonabilidad dañosa” a que alude el tribunal, Nissen²⁴⁷ considera que no resulta suficiente para justificar la intromisión del Poder Judicial en el estudio de esa decisión asamblearia por las siguientes razones:

- a) La arbitrariedad o la irrazonabilidad son siempre pasibles de nulidad sin importar el grado de aquellas;
- b) No hay motivo alguno ni disposición de la ley 19.550 que vede la intromisión del Poder Judicial en el estudio de la legitimidad o ilegitimidad de determinados acuerdos asamblearios. Por el contrario, el principio general consagrado en el párr. 1º del art. 251 de la ley 19.550 veda formular ningún tipo de distinción:

El acuerdo asambleario que decide aumentar el capital social debe adecuarse o someterse a los principios generales del ordenamiento jurídico común o general (art. 953 Cod. Civil) y societario en particular (arts 54 in fine, 233 y 251 ley 19.550), para evitar así maniobras abusivas, que en la experiencia diaria son moneda corriente, lamentablemente. Es importante tener en cuenta que a diferencia de lo sostenido en el *fallo Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A.*, la decisión de aumentar el capital social no sólo pone en riesgo los intereses de la sociedad, sino también los de los accionistas, para quienes de su participación societaria depende el ejercicio de ciertos derechos (arts. 236 L.S.: “las asambleas ordinarias y extraordinarias podrán ser requeridas por accionistas que representen por lo menos el 5% del capital social), y 294 L.S.:...son atribuciones y deberes del síndico... suministrar a accionistas que representen no menos del 2% del capital, en cualquier momento que éstos se lo requieran, información sobre las materias que son de su competencia), además cabe destacar que ello no significa que un accionista pueda impugnar un aumento de capital social fundándose solamente en su imposibilidad de suscribir las nuevas acciones a emitirse, pues como se ha sostenido, *la acción impugnatoria de decisiones asamblearias está exclusivamente reservada a los casos en que existe una lesión al interés social y no cuando el afectado es exclusivamente un derecho particular del impugnante*²⁴⁸.

²⁴⁷ Nissen, ob., cit., pág 154.

²⁴⁸ Cám. Nac., Sala E, 6/2/1986, “Vallejo, Jorge c/ Cía. Azucarera Bella Vista S.A.”; Sala D, 8/5/1992, en autos “Tacchi, Carlos c/ Peters Hermanos S.A.”, LL, 1987-A-236; 1994-A-384. en Nissen, ob., cit., p 155

Para Nissen, también, la doctrina del fallo en análisis incurre en una gran contradicción cuando admite la intromisión del Poder Judicial en el caso que la decisión de aumentar el capital resulte de la arbitrariedad extrema o la irrazonabilidad dañosa de la cual resulten perjudicados los terceros, admitiendo la procedencia o legitimidad de la impugnación judicial de tales actos, pero subordinando su procedencia a la acreditación por parte del impugnante de la arbitrariedad extrema o la irrazonabilidad dañosa del acta atacado en cuestión, lo cual como es sabido *es inadmisibile puesto que como se sabe los acuerdos sociales son en principio inoponibles a los terceros*²⁴⁹, y por el otro lado impone a los impugnantes la carga de la prueba de acreditar la arbitrariedad extrema o la irrazonabilidad dañosa, cuando es fácil imaginar que los terceros carecen de toda posibilidad de interiorizarse sobre la marcha de los negocios sociales y como es obvio, de poder analizar “la oportunidad, conveniencia o necesidad” de un aumento de capital social.

Por ello, cabe tener en cuenta a la moderna doctrina procesalista nacional, que ha desplazado el principio general establecido por el art. 377 del CPCCN., conforme al cual incumbe la carga de la prueba a la parte que invoca la existencia de un hecho controvertido, reemplazándolo por el principio de la carga de la prueba dinámica, conforme la cual “*el principio de la buena fe conduce a exigir la producción de la prueba a aquella de las partes que se encuentre en mejores condiciones de lograrla*”, principio que ha obtenido amplia recepción en la jurisprudencia²⁵⁰, entonces, parece evidente, en base a lo expuesto, que si la sociedad invoca o aduce razones comerciales, económicas o financieras para justificar un aumento de capital social, debe ser ella quien deba probar la conveniencia de adoptar en el seno de la asamblea una decisión semejante, y por lo tanto no le corresponde al impugnante, el cual, como se ha explicado, se encuentra con enormes dificultades fácticas para acreditar la arbitrariedad extrema o la irrazonabilidad dañosa de un acuerdo social de esa naturaleza.

c) El caso “Abretcht Pablo A. y otra c/ Cacique Camping S.A. s/sumario.

²⁴⁹ Cám. Nac., Sala A, 28/12/1990, “Cristiani, Norma c/Cristiani S.A. y otros”, DS y C, IV- 26 y ss., en Nissen, ob., cit., p 155

²⁵⁰ Cám. Nac. Civ., Sala G 11/4/1986, ED, 121-446, en donde se resolvió que “tanto los balances como las resoluciones asamblearias limitan su valor vinculante a la entidad y los accionistas, sin que puedan extenderse sus efectos a terceros, que, por no serlo, carecen de legitimación para intervenir en el trámite interno que lleva a esa aprobación y a adoptar decisiones societarias derivadas de esos actos” en Nissen, ob., cit., p 156

El caso se trató de una sociedad de familia, en el que el grupo mayoritario de accionistas integrado por el padre y los hijos de su primer matrimonio aprovecharon la ausencia e incapacidad de los hijos del segundo matrimonio de aquél, con el propósito de licuar la participación accionaria de estos dos accionistas.

En consecuencia se demandó la nulidad del acuerdo asambleario que decidió aumentar el capital. La misma sala que resolvió el caso Pereda entendió, esta vez, que la impugnación por aumento de capital era una cuestión justiciable, y que además por tratarse de un acto ilícito, doloso, no estimó el plazo de caducidad de tres meses establecido en el art 251 L.S., sino el de dos años establecido en el art 4030 Cód Civ.

En conclusión este fallo²⁵¹ estableció lo siguiente:

- a) *La decisión asamblearia adoptada para perjudicar patrimonialmente a ciertos accionistas es nula, como si no tuviese objeto, porque tal decisión consistió y tuvo como objeto una ilicitud;*
- b) *Hubo voluntad con intención ilegítima, porque tendió al desapoderamiento de los bienes de otros, configurando así un supuesto del art. 953 Cod. Civ., pues el objeto de la resolución, elaboración societaria, de elevar el capital social, constituyó el resultado de una maquinación ilícita de los parientes constituyentes de la mayoría societaria, contraria a las buenas costumbres, opuesta a la libertad de disposición de la tenencia accionaria que se intentó expropiar a los actores y patrimonialmente perjudicial para éstos.*
- c) *Consideró inaplicable el plazo de tres meses previsto en el art. 251 ley 19.550 para cuestionar judicialmente una decisión asamblearia de esas características, cuyo transcurso había sido el argumento utilizado en primera instancia para denegar el planteo de nulidad de los accionistas actores.*

En consecuencia los jueces aplicaron el art. 4030 del Cód. Civ.: “La acción de nulidad de los actos jurídicos, por violencia, intimidación, dolo, error, o falsa causa, se prescribe por dos años, desde que la violencia o intimidación hubiese cesado, y desde que el error, el dolo o falsa causa fuese conocida”, debido a que la elevación artificiosa y dolosa del capital social fue tempestivamente impugnada dentro de los años contados desde que su dolo y su falsa causa fueron conocidos por los afectados.

²⁵¹ Nissen., ob., cit., pág 157

Por lo tanto el caso “*Abrecht Pablo A. y otra c/ Cacique Camping S.A.*”, sentó un importantísimo precedente, admitiéndose la procedencia de impugnaciones asamblearias iniciadas con posterioridad a los tres meses de celebrada la asamblea, cuando sus resoluciones lesionen tenencias de acciones de grupos minoritarios avasalladas por el ejercicio irregular del derecho de la mayoría, pues el accionar abusivo de ésta puede llegar a encuadrarse en la violación de conceptos comprendidos en la noción de orden público, en tanto llegue a afectar derechos que merecen tutela constitucional²⁵², como el de propiedad, aunque el patrimonio perjudicado se encuentre en la órbita de personas privadas.

En conclusión, se podría afirmar que la doctrina judicial sentada en el precedente caso “*Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A.*” ha sido muy relativizada, pues fallos judiciales posteriores pusieron en tela de juicio la existencia de **cuestiones no judiciales** dentro del funcionamiento de una sociedad comercial²⁵³, que, como cabe recordar constituyó el fundamento central de aquel fallo.

Cabe agregar que, la doctrina del caso “Pereda”, es utilizada como una regla general²⁵⁴ análoga al criterio restrictivo a que alude el art. 114 *in fine* de la L.S., sin dejar de analizar las circunstancias de cada caso y merituar la importancia del ingreso de nuevos fondos o capital al ente pero admitiendo, por el contrario, la nulidad de ese acuerdo asambleario cuando ha sido demostrado que el aumento de capital ha sido utilizado al solo efecto de frustrar los derechos de accionistas minoritarios, careciendo dicho acuerdo de toda fundamentación real, no justificado en las necesidades empresarias.

d) Otros casos de acuerdos asamblearios que en su ejercicio pueden resultar abusivos

d.1) Distribución de utilidades.

²⁵² **Art 17 Constitución Nacional:** “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino”

²⁵³ Cám. Civ y Com., de Azul, 17/10/1997, “Villani, Jorge y otro c/Remeda S.A. s/impugnación de decisiones asamblearias”, donde se sostuvo que “no hay motivo alguno ni disposición de la ley 19.550 que prohíba o vede la intromisión del Poder Judicial en el estudio o ilegitimidad de determinados acuerdos asamblearios, en Nissen, ob., cit., p 159.

²⁵⁴ Cám. Nac. Com., Sala D 20/3/2000, “Camaly, Alberto Jorge c/ Rotativos Venus San Juan S.A. s/sumario, donde se dijo que “si bien puede aceptarse que algunas decisiones pueden ser no revisables judicialmente, al menos como principio, así por ej., la decisión de aumentar el capital social por necesidades comerciales o empresarias, debe reiterarse que ello es como principio, pero que cede cuando se aprecia que el único objeto de la resolución asamblearia fue el de licuar las participaciones de los socios accionistas demandantes, pues en tal caso se configura un auténtico abuso de mayorías, y se afecta, el interés social, en Nissen, ob., cit., p 160.

La jurisprudencia ha decidido que los acuerdos asamblearios en relación a la distribución de utilidades y su capitalización pueden cuestionarse cuando *decidan que tal distribución mediante la forma de acciones ordinarias integradas con tales ganancias y entregadas éstas exclusivamente a los tenedores de tales acciones, sin dar participación ni reparto a los poseedores de acciones preferidas que representan la mitad del capital social,*²⁵⁵ como también cuando se procede a la distribución de dividendos en exceso de la norma legal²⁵⁶, o de la norma estatutaria²⁵⁷.

d.2) Remuneración de administradores.

El art 261²⁵⁸ L.S ha fijado límites y pautas máximas para la remuneración del directorio, de modo de no perjudicar al socio las utilidades a que pudiese tener derecho. En caso de que los administradores se excedan en la percepción de honorarios, tendrán responsabilidad ilimitada y solidaria.

Por ello la jurisprudencia ha sido generosa en atención a las pautas establecidas por la ley, admitiendo así la impugnación de los acuerdo asamblearios cuando éstos violen los topes establecidos de dicho art de la L.S (párr 4º).

52) Conductas dirigidas al vaciamiento patrimonial de la sociedad o a la apropiación de activos sociales.

El segundo grupo de comportamientos abusivos señalado hace referencia a las actuaciones de la mayoría dirigidas a despatrimonializar la sociedad perjudicando el interés patrimonial del socio minoritario en la sociedad.

²⁵⁵ Cám. Nac. Com, Sala D, 23/12/81, ED, 104-361, en Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 259

²⁵⁶ Cám. Nac. Com, Sala A, 20/2/80, ED, 87-510, Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 259

²⁵⁷ Cám. Nac. Com, Sala B, 28/3/1969, ED, 27-44, en Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 259

²⁵⁸ **Art 261 L.S. (texto según ley 20.468). De la administración y representación. Remuneración.** “El estatuto podrá establecer la remuneración del directorio y del consejo de vigilancia, en su defecto, la fijará la asamblea o el consejo de vigilancia, en su caso.

El monto máximo de las retribuciones que por todo concepto pueden percibir los miembros del directorio y del consejo de vigilancia, en su caso, incluidos sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de sus funciones técnico administrativas de carácter permanente, no podrá excederse del 25 % de las ganancias.

Dicho monto se limitará al 5% cuando no se distribuyan dividendos a los accionistas, y se incrementará proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquel límite cuando se reparta el total de las ganancias. A los fines de la aplicación de esta disposición no se tendrá en cuenta la reducción en la distribución de dividendos, resultante de deducir las retribuciones del directorio y del consejo de vigilancia.

Cuando el ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico administrativas por parte de uno o más directores frente a lo reducido o la inexistencia de ganancias imponga la necesidad de exceder los límites prefijados, sólo podrán hacerse efectivas tales remuneraciones en exceso si fuesen expresamente acordadas por la asamblea de accionistas, a cuyo efecto deberá incluirse el asunto como uno de los puntos del orden del día.

53) Jurisprudencia

La jurisprudencia española ha resuelto numerosos supuestos de acuerdos de retribución de los socios-administradores cuyas cuantías eran claramente abusivas, a saber:

Caso “Faro de Vigo”²⁵⁹: los hechos son los siguientes:

“El Tribunal Supremo anuló por abusivo un acuerdo adoptado por la Asamblea de Accionistas de la Sociedad por el que se modificaban los estatutos sociales en el sentido de fijar la retribución de los administradores en un 33% de los beneficios obtenidos en el ejercicio. En esta sentencia, el Tribunal expuso que (...) la jurisprudencia de esta sala viene cortando los excesos que reiteradamente se vienen cometiendo por los socios mayoritarios que, abusando de su fuerza numérica y capital, absorben los puestos directivos y de administración, para asignarse abundantes emolumentos (remuneración que corresponde a un cargo o empleo) con cargo a los beneficios sociales en proporción desorbitada con relación a su función, dejando para los accionistas una exigua cantidad que cubra el mínimo interés legal, que ellos compensan con su condición de administradores.”;

Caso Huerta Honda”²⁶⁰; el supuesto de hecho es el siguiente:”El Tribunal Supremo anuló por abusivo un acuerdo por el que se fijaba la retribución del Presidente del Consejo de Administración para el ejercicio 1977 en 1.430.000 pesetas, cuando los beneficios de 1976 sólo habían ascendido a 863.450 pesetas, argumentando que *‘la situación de la empresa no permite la retribución que en el acuerdo objeto de impugnación se fija para dicho Presidente, ya que absorbería todas las ganancias en detrimento de los demás accionistas’*”

Caso “Presentados Ejea”²⁶¹, *en la que se condena a Presentados Ejea porque el padre del socio mayoritario (titular del 55% del capital) cobraba a la vez como administrador de la sociedad y como empleado de la misma, sin que hubiera un acuerdo social que lo autorizara.*

²⁵⁹ STS 1 de julio 1963 (RJ 1963, 3509), en Vázquez Lepinette, Tomás. Ob., cit., pág 37.

²⁶⁰ STS 17 de mayo de 1979 (RJ 1979, 1886) en Vázquez Lepinette, Tomás. Ob., cit., págs 37 y 38.

²⁶¹ SAP Zaragoza de 26 de marzo de 2002, en Vázquez Lepinette, Tomás. Ob., cit., pág 38.

En la misma línea, también son frecuentes en la práctica los pleitos relativos a la retribución excesiva de los familiares de los socios mayoritarios, a saber:

Caso “Sociedad Gallega de Grasas”²⁶², *“Un socio minoritario de la sociedad ejercita una acción social de responsabilidad contra el administrador único de la sociedad, invocando como motivo que el salario del hijo demandado es excesivo, pues se incorporó a la empresa como peón en junio de 1987 y, tras el despido del actor el 17 de junio de 1987, pasó a asumir sus funciones, multiplicando por cuatro el salario del actor en 1987 y en 1988 fue promovido a Gerente. Todo ello con un volumen de negocios reducido y con resultados negativos;*

Caso Sugarman vs. Sugarman²⁶³, (en la jurisprudencia estadounidense), el supuesto de hecho es el siguiente: *‘El socio mayoritario- administrador contrata a su padre y lo retribuye por encima de lo habitual...’*

Caso “Hermanos Bartolomé”²⁶⁴, caso de utilización por los socios mayoritarios de activos de la sociedad para la realización de actividades concurrentes con las de la sociedad, supuesto de hecho: *‘La sociedad “Hermanos Bartolomé” es una sociedad familiar dedicada a la fabricación y venta de accesorios para automóvil que consta de tres socios a partes iguales, los hermanos José María y Rafael Bartolomé. En 1979, los dos últimos cesan al primero como administrador de la sociedad, invocando el hecho de que ha constituido una sociedad competidora con la sociedad “Hermanos Bartolomé” y, posteriormente, en 1993, la sociedad es disuelta. Sin embargo, con anterioridad a la disolución y liquidación de “Hermanos Bartolomé”, Rafael (con aquiescencia de su hermano Ángel), constituye (a través de su esposa e hija) la sociedad “Auto Zonari”. cuyo objeto social es el mismo que el de la sociedad “Hermanos Bartolomé” y utiliza para las actividades comerciales de esta mercantil dos vehículos propiedad de “Hermanos Bartolomé”. José María, en su condición de socio de “Hermanos Bartolomé” ejercita la acción de responsabilidad contra sus hermanos...’*

²⁶² STS 30 de octubre 2006 (RJ 2006, 8097, en Vázquez Lepinette, Tomás. Ob., cit., pág 38.

²⁶³ 797 F. 2d 3 (1 st Cir. 1986). En Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 39.

²⁶⁴ Caso “Hermanos Bartolomé, S.R.L.”. en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 40

Igualmente forman parte de este tipo de conductas de “vaciamiento “patrimonial, la aportación de rama de actividad de la sociedad a otra perteneciente a los socios mayoritarios valorándola a precio por debajo del mercado (caso “José Royo, S.A.)²⁶⁵ y la concesión de préstamos a una sociedad íntegramente participada por los socios mayoritarios, préstamos que no son devueltos (en la jurisprudencia española caso “*Promociones Contorno de Viesques*”²⁶⁶).

También son conductas dirigidas a despatrimonializar la sociedad la venta de los bienes pertenecientes al socio mayoritario a la sociedad por un precio excesivo (entre otros, cf el caso “*Orsi vs. Sunshine Art Studios Inc.*”²⁶⁷, y la conducta inversa, la compra de activos a la sociedad por un precio irrisorio (“*Atlas Coal Co. Vs. Jones*”)²⁶⁸ de los bienes pertenecientes al socio mayoritario a la sociedad por un precio excesivo.

54) Conductas dirigidas por la mayoría dirigidas a asfixiar financieramente al socio minoritario al limitar los ingresos (a través de la no distribución sistemática de dividendos).

Este comportamiento abusivo se refiere a todas aquellas actuaciones de la mayoría dirigidas a limitar los ingresos de los socios minoritarios con la finalidad de ahogarle financieramente, forzándolo de este modo a malvender su participación en la sociedad. Estos comportamientos son multiformes, y entre ellos se encuentra en primer lugar la no distribución sistemática de dividendos, por ej pueden citarse los casos jurisprudenciales siguientes, a saber:

²⁶⁵ STS 7 de marzo 2006, caso “José Royo, S.A.”. Los socios mayoritarios de la mercantil José Royo S.A. acordaron la realización de una aportación no dineraria a la sociedad Tejidos Royo S.A. (participada originariamente sólo por dos de los cinco socios de José Royo S.A.), consistente en la actividad de fabricación de tejidos de aquella. La aportación se hizo a valor de libros y no a valor real, por lo que se perjudicó a los socios minoritarios de José Royo SA. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que declaraba la nulidad del acuerdo social por lesionar los intereses de la sociedad demandada, en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, señalando que la valoración de la aportación debía hacerse siguiendo el criterio del valor real, por analogía con lo señalado para la fusión y la escisión. En Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 40.

²⁶⁶ SAP Madrid, 8 de marzo 2004 (JUR 2004, 249420) caso “*Promociones Contorno de Viesques, S.L.*”, en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 40.

²⁶⁷ Caso “*Orsi vs. Sunshine Art Studios Inc*”, 874 F. Supp. 471 (D. Mass. 1995). El socio mayoritario-administrador adquiere un inmueble de su madre por 210.000 dólares y lo revende por 600.000 a la sociedad, en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 41

²⁶⁸ Caso “*Atlas Coal Co. Vs. Jones*”, 245 Iowa 506, 61 N.W. 2d 663 (1953). Los administradores son los arrendatarios de minas propiedad de la sociedad, a la que pagan sólo 10 dólares por tonelada, un precio muy por debajo de mercado. En Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 41

55) Jurisprudencia

En la jurisprudencia alemana²⁶⁹, Caso “Productos capilares”: supuesto de hecho: *“el socio minoritario de una S.R.L. dedicada a la fabricación de productos capilares ejercita su derecho de separación por justa causa, al destinarse sistemáticamente los beneficios a reservas....*

En la Jurisprudencia estadounidense²⁷⁰, Caso “Fox vs. Bar Ranch Co”: supuesto de hecho: *“una sociedad comercial que mantiene más de u\$s 400.000 dólares en tesorería y, sin embargo, la mayoría se niega durante varios ejercicios seguidos a repartir dividendos...”*.

También podemos incluir dentro de este grupo la reducción del nº de administradores con exclusión de los socios-administradores minoritarios, así como el despido de los minoritarios empleados en la sociedad, con la correspondiente pérdida de retribuciones, a saber:

En la jurisprudencia española Caso “Dulcesol II”²⁷¹, los hechos son los siguientes: *Dulcesa, S.A., era una sociedad dedicada a la fabricación de bollería, cuyos abultados beneficios se destinan durante siete ejercicios seguidos (de 1988 a 1993 inclusive) a reservas, mientras que una sociedad íntegramente participada por los socios mayoritarios (“Juan y Juan, S.A.”) percibe elevadas retribuciones por la licencia de las marcas “Dulcesol” y “Valencianas”. El señor G. socio fundador Dulcesa S.A. con una participación minoritaria empieza a mostrar sus discrepancias con esta forma de gestionar la sociedad y es cesado en 1994, tanto de su cargo de miembro del consejo de administración como en su condición de empleado de la empresa;*

En la jurisprudencia española Caso “Margonza”²⁷², el supuesto de hecho es el siguiente: *Se trata de una sociedad en las que dos ramas familiares se reparten el capital social al 50% y, en la que existen dos administradores mancomunados. Aprovechando las vacaciones del mes de agosto del 2002, el administrador nombrado*

²⁶⁹ Sentencia Tribunal de Apelación (OLG) de Colonia, de 26 de marzo 1999, en Vázquez Lepinette, Tomás. Ob., cit., pág 35

²⁷⁰ Vázquez Lepinette, Tomás. Ob., cit., pág 35

²⁷¹ SAP (sala de apelaciones) Valencia de 15 de septiembre de 1997, en Vázquez Lepinette, Tomás. Ob., cit., pág 36

²⁷² SAP (sala de apelaciones) Madrid de 31 de marzo de 2005, en Vázquez Lepinette, Tomás. Ob., cit., págs 36 y 37.

por una de las ramas familiares convocó una Asamblea General siguiendo el procedimiento estatutario (pero no el habitual, que era el de la Junta General universal), publicándose la convocatoria en el Boletín Oficial y en el diario “La Razón”, con el objeto de aumentar el capital social de la sociedad. Los socios de otra rama familiar no acudieron a la Asamblea y la participación del administrador convocante pasó del 41,6% del capital social al 54.19%. Acto seguido, destituyó al otro administrador mancomunado. Los perjudicados interponen una demanda solicitando la anulación de los acuerdos sociales por fraude de ley y abuso de Derecho y, subsidiariamente, por lesión del interés social en beneficio de los intereses del administrador solidario y accionista convocante. El Tribunal, confirma íntegramente la sentencia de instancia y estima la demanda presentada por los perjudicados declarando la nulidad de los acuerdos por abusivos;

En la jurisprudencia canadiense caso “Caso “Ferguson vs. Imax Systems Corp.”, los hechos son los siguientes: *se trata de una pareja que se divorcia y el ex-esposo, que tiene la mayoría del capital de la sociedad despide a la ex- mujer, no reparte dividendos e intenta amortizar la participación de su ex cónyuge*²⁷³.

56) Otras conductas dirigidas a privar a los socios minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos.

Por último, también pueden contemplarse en la vida societaria el cuarto tipo de prácticas abusivas, consistente en la adopción de comportamientos dirigidos a privar a los socios minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos. De este modo se conocen, entre otros, supuestos de privación de derechos de información de privación y de separación de cargos del administrador minoritario acompañadas de compraventa simuladas.

a) Voto acumulativo²⁷⁴: a través del art 263 L.S. una minoría significativa de la sociedad se asegura su eventual participación en el órgano de administración, en cuya

²⁷³ Vázquez Lepinette, Tomás. Ob., cit., pág 37

²⁷⁴ Se puede definir como aquel sistema electoral societario, impuesto por la ley, por el cual se vota multiplicando los votos que un socio o grupo de socios pueda tener, por la cantidad de vacantes a cubrir en el órgano administrador, distribuyendo tales votos en forma no igualitaria y limitada. El art. 263 de la ley 19.550 asegura a la minoría eventual participación en el directorio: de allí que puede sostenerse que es un derecho y, por lo tanto, de libre disposición dependiente de la voluntad de su titular;

virtud se sostiene válidamente que es un derecho de libre disposición para su titular, y en consecuencia, nadie puede obligar a su ejercicio, como tampoco puede privarse a nadie de él.

Es por ello que se ha resuelto que *toda decisión assemblearia sobre aumento o reducción del n° de director que perjudique la expectativa normal de representación numérica de las minorías, debe considerarse contraria a la letra y espíritu de la institución, y ese acuerdo assembleario que así lo haya decidido será nulo*²⁷⁵

Fundamento: Dado que la invalidez o nulidad de las decisiones assemblearias debe acordarse con carácter restrictivo, tanto por la magnitud de tal declaración como por la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos, debe preferirse la interpretación jurisprudencial que bonifique el acto y no la que lo nulifique.

Siendo el art 263 L.S. un mecanismo tendiente a que una minoría suficiente y significativa (y no cualquier minoría), acceda a compartir la dirección societaria, *en caso de que el impugnante de la decisión no tenga tal carácter (socio minoritario), pierde virtualidad la demanda y cabe su rechazo, pues sólo tendrá por objeto un pronunciamiento en abstracto*²⁷⁶.

b) Cuestiones que hacen a los estados contables

A través del art 55²⁷⁷ L.S, el socio puede ejercitar su derecho de control de la gestión social, y también en caso de contar la sociedad con órgano de fiscalización.

y si bien nadie puede obligar a que sea ejercido, tampoco puede privarse la posibilidad de ejercerlo a quien decidió hacer uso de él.

Por ello como bien sostiene la jurisprudencia de nuestros tribunales, toda cláusula imitativa que directamente dificulte la aplicación del sistema de voto acumulativo se tendrá por inexistente y por lo tanto no se aplicará. En el fondo, ello tiende a que ninguna limitación al derecho de votar que no imponga la ley pueda ser invocada, y define así a la norma del art. 263 como de carácter imperativo, no admitiendo que se eluda o esquive su aplicación.

Fallo de Cám. Nac. Com., Sala B, 6/9/1990, "Doctrina Judicial", 1990-II-285, en Mascheroni, F, Muguillo, R, *Op. Cit.*, pág., 170.

²⁷⁵ Cám. Nac. Com., Sala B, 6/5/89, ED, 140-136, y LL, 1990-C-357, en Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 258

²⁷⁶ Cám. Nac. Com., Sala A, 11/12/86, ED, 122-141, y LL, 1987-B-346, en Mascheroni, *Op. Cit.*, pág 258

²⁷⁷ Art. 55 L.S. (texto según ley 22.903) Contralor individual de los socios. "Los socios pueden examinar los libros y papeles sociales, y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes.

Exclusiones."Salvo pacto en contrario, el contralor individual de los socios no puede ser ejercido en las S.R.L. incluidas en el 2° párr. del art. 158.

Tampoco corresponde a los socios de sociedades por acciones, salvo el supuesto del último párr. del art. 284.

2° párr. del art. 158. Fiscalización obligatoria. "La sindicatura o el consejo de vigilancia son obligatorias en la sociedad cuyo capital alcance el importe fijado por el art 299 inc 2.

Es dable aclarar que toda impugnación a los estados contables debe efectuarse con una adecuada mención de las irregularidades y detallando las presuntas falencias, señalando en que consisten c/u de ellas.

c) Jurisprudencia.

En la jurisprudencia española podemos citar el caso Maquinaver²⁷⁸ S.R.L, el supuesto de hecho es: “Los socios impugnaron el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, seguido de un acuerdo aprobando una operación acordeón de la que quedaron fuera los demandantes al no asumir el correspondiente desembolso. El juzgado apreció la violación del derecho de información de los minoritarios, y la Audiencia lo confirma, porque la memoria de las cuentas anuales ... () *no existía por no haber sido elaborada al tiempo de la celebración de la asamblea, estando incompletas las cuentas por faltar contenido que tendría que tener la Memoria, entre el mismo, la explicación de las causas de la quiebra técnica en que se encontraba la sociedad y, lo que suponía la vulneración del derecho de información de los accionistas y la nulidad de los acuerdos impugnados*”

En relación al ejercicio abusivo por separación de cargos del administrador minoritario acompañadas de compraventa simuladas podemos citar, en la jurisprudencia española el Caso el botijero²⁷⁹, el supuesto de hecho es:

“La sociedad *El Botijero S.A.* era titularidad de los cónyuges Ángel Daniel y Claudia, casados en régimen de gananciales, que cuando constituyeron la sociedad en 1986 , suscribiendo Ángel el 50% del capital, su esposa el 49%, y el hijo mayor del matrimonio, el 1% restante, siendo ambos cónyuges administradores solidarios. *En*

Art. 284 (texto según ley 22.903). Designación de síndicos. “Está a cargo de uno o más síndicos designados por la asamblea de accionistas. Se elegirá igual número de síndicos suplentes. Cuando la sociedad estuviere comprendida en el art. 299 la sindicatura debe ser colegiada, excepto el inc. 2 (tendrán fiscalización estatal permanente aquellas que tengan capital social superior a \$210.000). la sindicatura debe ser colegiada en n° impar.

Prescindencia: “*Las sociedades que no estén comprendidas en ninguno de los supuestos a que se refiere el art. 299, podrán prescindir de la sindicatura cuando así esté previsto en el estatuto. En tal caso los socios poseen el derecho de contralor que confiere el art. 55. Cuando por aumento de capital resultare excedido el monto indicado, la asamblea que así lo resolviera debe designar síndico, sin que sea necesaria reforma de estatuto*”.

²⁷⁷ Con la reforma al art. 284 de la ley 19.550, introducida por la ley 22.903, la existencia de órgano fiscalizador interno ya no es una cuestión de tipo societario, sino de previsión estatutaria, salvo para las sociedades comprendidas en el art. 299 de la ley de sociedades comerciales, en Mascheroni, S.A., pág 284

²⁷⁸ SAP Madrid de 4 de noviembre 2005, en Vázquez Lepinette, Tomás. Ob., cit., pág 42.

²⁷⁹ STS septiembre 2003, en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 42

enero de 1995, Ángel convoca por el procedimiento estatutario (que no es por el procedimiento habitual, que era el de la Junta universal) a los accionistas sin avisarles informalmente de la Junta, pese a que, en aquel entonces todavía convivía con su esposa. El 24 de enero de 1995 se celebra la Junta sin asistencia de su esposa, a la que destituye como administradora y poco después, el 7 de febrero, vende a su hija María Milagros su 50% del capital y el día 20 de marzo inicia los trámites de separación de su esposa. El Tribunal Supremo confirma la nulidad de la Junta por abusiva, así como el carácter simulado de la compraventa, dirigido a perjudicar a la esposa en el reparto de los bienes gananciales.

Causas estructurales de la conducta abusiva de la mayoría:

57) Introducción

Los comportamientos abusivos, como hemos visto, son muy variados al igual que sus causas, entre las que podemos citar las desavenencias familiares como consecuencia generacional en las empresas y de las rupturas matrimoniales. Cabe aclarar que no es objeto de este trabajo el análisis de tales motivos, puesto que forman más bien parte del campo de la sociología o psicología social y de la economía de la empresa, por ello, estudiaremos las causas estructurales que nos permitirán entender la existencia de dichos comportamientos abusivos, a saber:

58) Imposibilidad de desinvertir del socio minoritario en una sociedad cerrada:

En las *sociedades cerradas*, una de las características principales es la posición vulnerable que presentan los *socios minoritarios* frente a los comportamientos abusivos de la mayoría por una razón fundamental: *a diferencia de los accionistas de una sociedad abierta*, no disponen de la posibilidad de vender su participación en el mercado debido a que las acciones no son negociables, el socio minoritario en conflicto o insatisfecho no puede encontrar la solución de vender sus títulos (como en una sociedad abierta), y por lo tanto, depende completamente de una mayoría que actúa hostilmente.

59) No se prevé el establecimiento en los estatutos o en pactos parasociales de cláusulas de salida del socio para solucionar los conflictos derivados del comportamiento abusivo de la mayoría.

Para evitar los distintos problemas derivados del abuso de las mayorías en perjuicio de las minorías es la fijación en los *pactos parasociales* o en los propios estatutos de determinadas previsiones que sirvan para impedir o limitar la existencia de determinados casos abusos o bien para crear mecanismos para facilitar la salida de los socios minoritarios con la correspondiente recuperación de su inversión.

Así, uno de los procedimientos abusivos más habituales es la no distribución de dividendos con la consiguiente asfixia financiera del socio que vive de su inversión. Sería importante que los socios de una sociedad de responsabilidad limitada puedan prever estatutaria y extraestatutariamente la distribución anual de, como mínimo, un porcentaje determinado de los beneficios obtenidos, por ejemplo que los

estatutos sociales puedan señalar o establecer la obligación de distribuir un porcentaje mínimo del beneficio neto repartible a favor de todos los accionistas; o bien a favor de una clase de acciones o de participaciones.

Además, se puede decir respecto de los pactos de salida de la sociedad, no habría ningún problema en configurar en los estatutos sociales determinadas causas de separación, distintas de las legales.

Igualmente, cabría pactar una cláusula de compraventa alternativa. Técnicamente, esta cláusula constituye una combinación alternativa de una opción de venta con una opción de compra y está diseñada para permitir la salida en sociedades de accionariado limitado a dos socios que se encuentran en paridad: se faculta a un socio a vender a otro socio su participación a un precio dado, y en caso de que éste no la adquiriera, el socio inicial deberá adquirir la participación del socio al que se le ofreció comprar en primer lugar, en las mismas condiciones que la oferta inicial ²⁸⁰.

60) El sistema legal argentino carece de mecanismos específicos para permitir la salida de la sociedad de los socios minoritarios cuando se produce el abuso de las mayorías.

En diversos ordenamientos de nuestro entorno, ya sean de Derecho continental u ordenamientos de corte anglosajón que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho societario general argentino y español²⁸¹, han previsto mecanismos de “salida”, esto es, instrumentos jurídicos para poner término a la relación societaria como formas de defender a la minoría frente a los actos intolerables de la mayoría. Fundamentalmente, las soluciones que se han creado son dos: la construcción de la doctrina de la “opresión” en los Derechos anglosajones y en el ámbito del Derecho continental, la creación legal o jurisprudencial de un derecho de salida de la sociedad por justa causa.

61) Derecho comparado.

La construcción por parte de la doctrina anglosajona del concepto del abuso de la minoría (opresión) fue fruto de la elaboración doctrinal y jurisprudencial a partir de unos materiales legales escasos contenidos en sede de disolución de las sociedades²⁸². Allí, en la regulación de los “*remedies*”, se habilitaba a los

²⁸⁰ STS de 2 de marzo 1998, caso “*Publinformática S.A.*”: de este caso puede tomarse una cláusula de compraventa alternativa contenida en un pacto parasocial regulador de una “*joint-venture*” al 50% que dice así: “Si en los órganos de gobierno de “*Publinformática S.A.*” se produjera un desacuerdo entre los representantes “*producciones*” y de “*Ediciones*”, de tal manera que ello afectara al normal desenvolvimiento de las actividades de la sociedad, cada una de las partes tendrá el derecho de ofrecer a la otra la totalidad de sus acciones para separarse de la sociedad, indicando el precio de las mismas, la forma de pago y el plazo en que deberá llevarse a cabo la compraventa.

La parte que reciba dicha oferta, notificará su aceptación o rechazo de la misma. En este último caso, la parte que realizó la oferta quedará obligada de inmediato a comprar todas las acciones de la parte que recibió la oferta en los mismos términos y condiciones en que la oferta fue formulada y la parte que recibió la oferta quedará obligada a vender sus acciones en las mismas condiciones al oferente”, en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 47.

²⁸¹ Con la sabida excepción del Derecho de las sociedades profesionales. Recordemos en este sentido el art 15 de la reciente Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, que prevé un derecho de separación con preaviso y buena fe si la sociedad se ha constituido por tiempo indefinido o por justa causa en caso de sociedades constituida por tiempo determinado, en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 51.

²⁸² Cabe señalar que la doctrina de la “opresión” fue primero obra de los autores y sólo con posterioridad de los tribunales. Véase en ese sentido, Thompson, Robert B. “*Corporate Dissolution and Shareholders*

socios minoritarios a solicitar la disolución judicial de la sociedad siempre y cuando los administradores o los socios de control actuasen de manera “*ilegal, opresiva o fraudulenta*”, esto es, dolosamente en perjuicio de la minoría.

Sin embargo, toda vez que la disolución de la sociedad era un remedio demasiado drástico y que podía ser inadecuado para proteger los intereses en presencia, fue puesto en práctica en muy raras ocasiones

Los tribunales de EEUU interpretaron que, en caso de abuso de las mayorías, incluso a falta de previsión legal expresa, podían optar por una serie de soluciones derivadas del “*Common Law*” (“*equitable remedies*”), Así en el caso “*Baker vs. Comercial Body Builders Inc*”²⁸³, el Tribunal Supremo de Oregón estableció una lista de nada menos que diez soluciones alternativas a la disolución. A saber:

- I) Dictar una orden de disolución de la sociedad, cuya ejecución queda suspendida hasta determinada fecha, a la espera de un acuerdo de los socios, en caso de no llegarse a tal acuerdo, procedería la disolución;
- II) Nombrar a un administrador judicial para que continúe la gestión de la sociedad en interés de todos los socios hasta que cesen las diferencias entre los socios o la situación de opresión;
- III) Nombrar a un interventor, en protección de los socios minoritarios, manteniendo el tribunal su jurisdicción;
- IV) Mantener la jurisdicción del tribunal, en protección de los intereses de los socios minoritarios;
- V) Ordenar la realización de una auditoría para determinar la existencia o no de fondos que hayan sido desviados por la mayoría;
- VI) Ordenar el cese de las conductas abusivas, orden que puede incluir la rebaja de los emolumentos excesivos o no justificados percibidos por los administradores;
- VII) Ordenar la distribución de dividendos o una reducción de capital con restitución de aportaciones;
- VIII) Ordenar a la mayoría la compra de la participación de los socios minoritarios al precio justo y razonable señalado por el Tribunal;
- IX) Ordenar a los socios mayoritarios la venta a la minoría de parte de su participación en el capital de la sociedad en las condiciones señaladas por el Tribunal y, finalmente;
- X) Indemnizar los daños y perjuicios sufridos por los socios minoritarios como consecuencia de la conducta opresiva de la mayoría.

Es importante destacar, a nuestro juicio, que de todas estas soluciones posibles, la más aplicada por ser la más equilibrada es el establecimiento de la obligación de la mayoría de comprar la participación de la minoría por un valor a precio razonable.

Las estadísticas judiciales inglesas, ponen de relieve que en el período 1994-1995, el 69% de las demandas interpuestas solicitaban que se ordenara la compra de las participaciones de los socio

Reasonable Expectations”, 66 Washington University Law Quarterly, 1988, pp 193 y ss., en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 52.

²⁸³ Caso “*Baker vs. Comercial Body Builders Inc*” 507 p 2d 387, 395-96 (Or. 1973) en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 53.

minoritarios, el 25% solicitaban la adopción de determinadas medidas en relación al comportamiento de la sociedad, el 20.5% que los mayoritarios vendieran al minoritario su participación y el 16.7% que se permitiera el ejercicio de acciones judiciales en nombre y por cuenta de la compañía²⁸⁴.

En algunos Derechos de corte continental se establecieron mecanismos dirigidos a facilitar la salida de los socios de sociedades cerradas en los supuestos de comportamientos intolerables de la mayoría. El instrumento que a tal efecto se adoptó fue el establecimiento legal o jurisprudencial de un derecho de salida por “*justa causa*”. El concreto mecanismo en que se articula este derecho de separación es diverso según los distintos ordenamientos: bien un derecho de separación, bien mediante el establecimiento de un derecho de venta forzosa.

En los Derechos suizo y alemán, se recoge el modelo paradigmático de derecho de separación por justa causa. En el primero, el nuevo art 822. C).2 del Código de obligaciones reconoce de forma expresa un derecho de separación por “justa causa” al prever que “*Cualquier socio puede, mediante justa causa, solicitar del Juez la salida de la sociedad o la disolución de la misma*”²⁸⁵.

Por lo tanto, los jueces han permitido el ejercicio del derecho de separación por justa causa en los casos en que, es poco racional o irrazonable permitir que el socio suprimido permanezca en la sociedad. Particularmente se considera que existe justa causa cuando, se destinan sistemáticamente las utilidades a reservas, sin que haya una justificación económica para ello, como así también en el caso en que la sociedad le hiciera préstamos con baja tasa de interés al socio mayoritario.

Otro tanto sucede respecto del Derecho belga, en el que los arts 340 y 642 del “*Code des Sociétés*”, aplicables a S.R.L y S.A., respectivamente, disponen que “*Cualquier socio puede, por justa causa, instar judicialmente a que los socios causantes de esta causa adquieran todas las participaciones del instante*” y que “*Cualquier accionista puede, por justa causa, instar judicialmente a que los accionistas causantes de esta causa adquieran todas las acciones del instante, así como las obligaciones convertibles o los derechos de suscripción preferente de los que aquél sea titular*”²⁸⁶.

La jurisprudencia considera que existe “justa causa” si se da “*(...) un desacuerdo profundo y permanente que impide 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*”²⁸⁷. Más en particular, la jurisprudencia señala que cabe encuadrar dentro de estas “justas causas”, la violación de los derechos de información del socio o la adquisición de un vehículo para uso exclusivo de uno de los administradores, así como la privación “*de facto*” de los derechos inherentes a la condición de socio. Finalmente, el Juez fijará discrecionalmente el precio que se tiene que pagar al socio que ejercita este derecho de salida por justa causa de la sociedad.

²⁸⁴ Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 56

²⁸⁵ Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 58.

²⁸⁶ Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 58.

²⁸⁷ Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas de 21 de abril de 2006 (n° JB064L3_1) en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 58.

En conclusión tres son, por tanto, las notas de las conductas abusivas, a saber: 1º) por un lado, la expulsión del socio minoritario es antijurídica, 2º) por otro lado, se produce perjudicando al socio minoritario no sólo en sus derechos patrimoniales, sino en general afectando a su posición o status en la sociedad, y, 3º) dicha expulsión va acompañada de una retribución de su inversión a un precio por debajo de su valor razonable.

62) La vigente protección penal de las minorías societarias frente al abuso es inadecuada.

Tampoco la tipificación actualmente existente en el código penal de los delitos societarios socio es adecuada para dar una solución a los problemas causados por las conductas abusivas en las sociedades cerradas.

b) El Código Penal en el art. 300, inc. 3º, reprime con *prisión* de seis meses a dos años al “fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una S.A. o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas, publicare certificar, o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad o reticencia, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiese sido el propósito perseguido al verificarlo”, sin embargo, *los jueces comerciales en reiterados fallos han sentenciado que “las decisiones asamblearias que simplemente aprueban los estados contables de un ejercicio no se suspenden, dado que su virtualidad se agota con la resolución misma, sin que exista materia alguna que permita hablar de ejecución de la decisión respectiva”²⁸⁸.*

Por lo tanto mientras el Cod. Penal reprime con pena privativa de la libertad a determinados funcionarios de la sociedad comercial que presentaren balances falsos o incompletos, los jueces comerciales permiten la libre circulación de semejantes instrumentos, a pesar del fraude al comercio o a la industria que prescribe el ordenamiento jurídico penal.

En el derecho penal español se ha realizado una tipología de las conductas abusivas (opresión) incluyendo a todas aquellas actuaciones de la mayoría dirigidas a limitar los ingresos de los socios minoritarios, especialmente en la no distribución de los dividendos, en la reducción del nº de administradores

²⁸⁸ Cámara Nac. Com., Sala C, 22/5/1993, en autos “Trinova Holdings Inc. c/ Dulcypas S.A.”, en Nissen, Ricardo., ob., cit., pág 56.

excluyendo a los socios-administradores minoritarios o en el despido de los minoritarios que sean empleados de la sociedad, a través del art 291²⁸⁹ Código Penal español.

Los jueces españoles han considerado que el art 291 CP permite sancionar penalmente determinadas conductas admisibles en el ejercicio abusivo de los derechos (art 7.2 Cód Civ español), siempre y cuando dichos acuerdos abusivos no reporten de algún modo beneficios a la sociedad. Esta última nota es especialmente destacada en el Alto Tribunal, al indicar que: “El art 291 parte de la adopción de un acuerdo obtenido lícitamente pero que debe calificarse de abusivo, cuando en perjuicio de la minoría y siempre que ello no reporte beneficios a la sociedad, es decir, es atípica la concurrencia del mencionado ánimo como compatible con un resultado beneficioso para los intereses societarios, con independencia de que la minoría se vea perjudicada. En síntesis, la esencia de la conducta típica está constituida por el abuso de la mayoría en beneficio propio y exclusivo²⁹⁰”.

Por tanto, siempre que el acuerdo social beneficie de algún modo a la sociedad como ocurre, por ejemplo, cuando la sociedad destina sistemáticamente sus beneficios a reservas, nos encontramos ante un supuesto penalmente atípico. Otro tanto sucede, v. gr., respecto de la reducción del nº de administradores si éstos son retribuidos. En principio, al haber un nº de administradores (siempre y cuando se mantenga constante remuneración), cabe entender que con ello, aunque se perjudica a la minoría que se ve privada de representación en el órgano de administración, se beneficia a la sociedad, pues se limitan sus gastos.

Hoy en día, la vía penal no ofrece posibilidades de éxito para combatir los comportamientos abusivos de la mayoría.

Lo mismo sucede respecto del tercer tipo de prácticas abusivas, consistente en la adopción de comportamientos dirigidos a privar a los minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos. El art 293 del CP español sanciona a: “(...) *los administradores de hecho de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes (...)*”.

En conclusión, podemos decir que:

a) la jurisprudencia debería dictar fallos ejemplificadores para evitar la utilización de mecanismos y privilegios societarios en supuestos donde aquel grupo se aprovecha de la estructura de la sociedad para obtener beneficios exclusivamente personales;

²⁸⁹ **Art 291 CP español:** “Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido”.

²⁹⁰ Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 64.

b) Existe un vacío legal en el campo de los delitos societarios, y en particular del delito de abuso de las mayorías, cuando se dirigen a limitar los ingresos de los socios (no distribuyendo los dividendos, reduciendo el n° de administradores excluyendo a los minoritarios o despidiéndolos cuando son empleados de la sociedad).

c) Hoy en día, la vía penal no ofrece posibilidades de éxito para combatir los comportamientos abusivos de la mayoría, y debería crearse un capítulo nuevo sobre infracciones y delitos societarios.

63) Conclusiones de este capítulo:

1º) Debe aplicarse el principio establecido por el art. 1071 del Cód. Civ., según el cual La ley no ampara el *ejercicio abusivo de los derechos*.

2) También es necesario tener en cuenta el orden de prelación superior del principio del *interés social* frente al interés individual de cada uno de los socios. Es decir, si cualquiera de los socios, o un sector de ellos, ejerce sus derechos sin sujeción a la finalidad de éstos, o a la moral y buenas costumbres, o al interés social, incurre en abuso de su derecho subjetivo como socio, ya sea perteneciendo a la mayoría interna de la sociedad o a una de las minorías.

3) Debe encontrarse un adecuado equilibrio entre ambos principios, como premisa ineludible para el funcionamiento normal de la sociedad, es decir, impedir no sólo el abuso de las mayorías, sino también el correlativo de los sectores minoritarios, a través del establecimiento de límites precisos para unas y otros, en función del interés social.

4) El art. 55 de la L.S., consagra el derecho de información, común a todos los socios, y distingue en lo referente a su ejercicio, que será directo en las sociedades carentes de un órgano fiscalizador interno, e indirecto cuando dicho órgano se encuentre estructurado vía estatuto.

Precisamente, la existencia y funcionamiento del órgano fiscalizador interno constituye, una de las mayores garantías de protección de los intereses minoritarios, *sobre todo teniendo en cuenta la infortunada reforma al art. 284 de la ley 19.550, que contempla la prescindencia de la sindicatura.*

5) En relación al caso Pereda, no compartimos el criterio restrictivo en relación a “la decisión sobre la necesidad, conveniencia y oportunidad del aumento del capital social constituye una cuestión de política empresarial, más particularmente de índole comercial y financiera..., que debe quedar exclusivamente reservada a los órganos sociales naturales, que tienen competencia sobre la materia...”, y que tales “tales decisiones constituyen cuestiones no justiciables ..., sin embargo esa cuestión no justiciable va a ser objeto de examen, control y juicio por parte del Poder Judicial en caso de perjuicio para algún sujeto, debido que el derecho no consiente la arbitrariedad extrema o la irrazonabilidad dañosa...”

6) En consecuencia haciendo referencia a la “arbitrariedad extrema o irrazonabilidad dañosa” a que alude el tribunal, opinamos que aquellas decisiones assemblearias que son impugnadas por revestir ese carácter arbitrario y dañoso, merecen la intromisión del Poder Judicial por las siguientes razones:

a) La arbitrariedad o la irrazonabilidad son siempre pasibles de nulidad sin importar el grado de aquellas;

b) No hay motivo alguno ni disposición de la ley 19.550 que vede la intromisión del Poder Judicial en el estudio de la legitimidad o ilegitimidad de determinados acuerdos assemblearios. Por el contrario, el principio general consagrado en el párr. 1º del art. 251 de la ley 19.550 veda formular ningún tipo de distinción;

7) El acuerdo assembleario que decide aumentar el capital social debe adecuarse o someterse a los principios generales del ordenamiento jurídico común o general (art. 953 Cod. Civil) y societario en particular (arts 54 in fine, 233 y 251 ley 19.550), para evitar así maniobras abusivas, que en la experiencia diaria son moneda corriente, lamentablemente.

8) Debe aplicarse para la acción de impugnación el plazo del art. 4030 del Cód. Civ.: “La acción de nulidad de los actos jurídicos, por violencia, intimidación, dolo, error, o falsa causa, se prescribe por dos años, desde que la violencia o intimidación hubiese cesado, y desde que el error, el dolo o falsa causa fuese conocida”, y no el 3 meses establecido por el art 251 L.S.

Soluciones.

- 1) Ordenar la realización de una auditoría para determinar la existencia o no de fondos que hayan sido desviados por la mayoría;
- 2) Ordenar el cese de las conductas abusivas, orden que puede incluir la rebaja de los emolumentos excesivos o no justificados percibidos por los administradores;
- 3) Ordenar la distribución de dividendos o una reducción de capital con restitución de aportaciones;
- 4) Ordenar a la mayoría la compra de la participación de los socios minoritarios al precio justo y razonable señalado por el Tribunal;
- 5) Ordenar a los socios mayoritarios la venta a la minoría de parte de su participación en el capital de la sociedad en las condiciones señaladas por el Tribunal;
- 6) Indemnizar los daños y perjuicios sufridos por los socios minoritarios como consecuencia de la conducta opresiva de la mayoría.

7) Crear mecanismos dirigidos a facilitar la salida de los socios de sociedades cerradas en los supuestos de comportamientos intolerables de la mayoría. El instrumento que a tal efecto que se puede adoptar es el establecimiento legal o jurisprudencial de un derecho de salida por “*justa causa*”. El concreto mecanismo en que se articula este derecho de separación es diverso según los distintos ordenamientos: bien un derecho de separación, bien mediante el establecimiento de un derecho de venta forzosa.

En los Derechos suizo y alemán, se recoge el modelo paradigmático de derecho de separación por justa causa. En el primero, el nuevo art 822. C).2 del Código de obligaciones reconoce de forma expresa un derecho de separación por “justa causa” al prever que “*Cualquier socio puede, mediante justa causa, solicitar del Juez la salida de la sociedad o la disolución de la misma*”.

Conclusión/solución

8) Existe un vacío legal en el campo de los delitos societarios.

Debe tomarse de ejemplo el art 291 código penal español que sanciona a “*Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido*”

9) Los tipos previstos para los delitos societarios son de aplicación limitada en la práctica, lo que exige ampliar el ámbito de cobertura de las normas sancionadoras civiles, tipificando determinadas conductas dolosas realizadas contra la minoría por los administradores y/o socios mayoritarios.

10) La jurisprudencia debería dictar fallos ejemplificados para evitar la utilización de mecanismos y privilegios societarios en supuestos donde aquel grupo se aprovecha de la estructura de la sociedad para obtener beneficios exclusivamente personales;

11) Existe un vacío legal en el campo de los delitos societarios, y en particular del delito de abuso de las mayorías, cuando se dirigen a limitar los ingresos de los socios (no distribuyendo los dividendos, reduciendo el nº de administradores excluyendo a los minoritarios o despidiéndolos cuando son empleados de la sociedad).

12) Hoy en día, la vía penal no ofrece posibilidades de éxito para combatir los comportamientos abusivos de la mayoría, y debería crearse un capítulo nuevo sobre infracciones y delitos societarios.

Capítulo VII

Las concretas opciones legislativas (soluciones)

64) Los motivos doctrinales frente al abuso de las mayorías:

a) Introducción

No hay dudas que el socio accionista en las S.A. cerradas tiene obligaciones que cumplir desde el punto de vista del interés social como así también mantener el ánimo de colaboración propio de las sociedades de interés.

A grandes rasgos, la determinación de lo que constituye una conducta abusiva puede hacerse desde dos perspectivas fundamentales, a saber:

- i) La primera ve la cuestión desde el prisma de la mayoría y concibe la conducta abusiva, bien como una violación del principio de buena fe²⁹¹, bien como toda conducta que excede de los poderes legalmente atribuidos a la mayoría en violación de los deberes de fidelidad que los socios se deben entre sí,
- ii) mientras que la segunda trata la cuestión desde la perspectiva de la minoría, y sostiene que hay abuso (opresión) siempre que se lesionan las expectativas de la minoría.

A continuación desarrollaremos cada una de ellas, a saber:

b) Violación del principio de buena fe.

El socio accionista tiene la obligación de obrar con buena fe en los negocios jurídicos y en las relaciones comerciales. Es decir debe lealtad hacia la sociedad y hacia los demás accionistas.

Nuestra L.S regula una solución legal en el art 248, cuando el accionista tiene interés contrario al social, expresando su deber de abstenerse a votar.

²⁹¹ Art 1198 Código Civil. Del efecto de los contratos. “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En consecuencia, cuando el accionista viola su deber de lealtad será responsable por los daños y perjuicios ocasionados cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida.

Odrizola²⁹² sostiene que *cuando nos encontramos ante una decisión asamblearia resuelta por una mayoría que al emitir su voto lo hace en procura de la satisfacción de un interés individual, lesivo para el resto de los socios, debe surgir la acción de impugnación del acuerdo social como procedimiento idóneo para el resguardo de esos derechos.*

Ante ese conflicto el accionista tiene el deber de lealtad de abstenerse, de no votar, sin perjuicio del derecho de opinar en la asamblea.

La jurisprudencia estadounidense considera abuso como un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe, citando el caso “*Baker vs. Commercial Body Builders Inc.* En dicho caso se señaló que la conducta abusiva (opresión) consistía en una “(...) *conducta gravosa, hiriente e incorrecta; una falta de probidad y de gestión adecuada de los asuntos de la compañía en perjuicio de alguno de sus miembros; o un alejamiento patente de los estándares propios de una gestión adecuada y una violación de los principios de buena fe cuyo cumplimiento tiene derecho a esperar todo socio que invierte su dinero en una compañía*”²⁹³.

c) Violación dolosa de los derechos de fidelidad

Existe una segunda línea interpretativa avanzada por la jurisprudencia y que, al igual que la anterior, concibe la cuestión desde la perspectiva mayoritaria es la que define a la opresión como toda violación dolosa de los deberes de fidelidad que se deben los socios entre sí. Naturalmente, esta concepción parte de la existencia de unos deberes de fidelidad entre los socios de sociedades cerradas (deberes que no existen con la misma intensidad en las sociedades abiertas) y que determinan que la mayoría no puede utilizar sus poderes de control sobre la sociedad en su beneficio exclusivo o de manera que perjudique a los socios minoritarios

En palabras del caso “*Jones vs. HF. Ahmanson & Co.*”, “(...) *los socios mayoritarios, ya sea actuando de forma individual o en concierto (...) tienen un deber de fidelidad para con la minoría y la sociedad y deben usar su potestad de control sobre la sociedad de manera fiel, justa y equitativa. Los socios mayoritarios no pueden usar su poder de control sobre las operaciones corporativas para beneficiarse ellos en exclusiva o de un modo perjudicial para la minoría*”²⁹⁴.

d) Perspectiva de la minoría (doctrina de las expectativas razonables)

Analizando la cuestión desde el prisma de minoritario y cambiando de perspectiva, un sector de la jurisprudencia estadounidense e inglesa construyó la doctrina de las “expectativas razonables”, señalando que el enfoque correcto no era tanto analizar el comportamiento de la mayoría y su posible justificación,

²⁹² Odrizola, Carlos, en Estudios de Sociedades Comerciales. T I, Astrea, Bs., As., págs 49 y ss., citado por Villegas, Carlos, ob., cit., pág 537

²⁹³ Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 78 y 79

²⁹⁴ Tribunal Supremo de California; 460 p 2d 464 (1969), en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 78.

sino verificar el impacto de las decisiones de la mayoría sobre la minoría a la luz de las circunstancias que rodean el pacto social²⁹⁵. Por tanto, como se pone de relieve en el paradigmático caso “*Topper*”²⁹⁶, se trata de una *cuestión interpretativa* del contrato de sociedad: hay abuso (opresión) siempre que el comportamiento de la mayoría no se ajuste al pacto social, expreso o implícito.

Los hechos son los siguientes: Myron Topper era un farmacéutico que, tras 25 años de trabajo en un laboratorio, decide constituir una sociedad con otros socios, invirtiendo en dicha sociedad (de la que sólo posee el 33% del capital), los ahorros de toda su vida, con la expectativa de vivir de los ingresos que vaya a percibir como empleado y administrador de la sociedad. Menos de un año después de constituida la sociedad, los socios mayoritarios, lo cesan como administrador y lo despiden como empleado, a lo que se añade que la sociedad no contribuye dividendos. El Tribunal de Apelación de Nueva York señala que *“Es irrelevante si los socios de control despidieron al demandante justificadamente o en aplicación de su obligación de gestión de la sociedad. Este Tribunal considera que el entendimiento indubitado de las partes en el momento de constitución de la sociedad era tal que las actuaciones de los demandados han perjudicado gravemente las expectativas razonables (del actor) y constituyen una privación de sus intereses y que, por consiguiente (las citadas conductas) son opresivas a la vista del marco legal”*²⁹⁷.

65) Solución legislativa: regulación imperativa

Es preciso determinar si la regulación que ha de establecerse ha de tener carácter imperativo o dispositivo. Es sabido que los socios pueden pactar en estatutos determinadas cláusulas de salida que impidan que el socio se quede “prisionero” de sus títulos”, parece que de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad es entender que la regulación que se establezca sea dispositiva. De esta forma, el legislador se limitaría a complementar la voluntad de las partes, estableciendo una regulación que se ajustaría a la voluntad hipotética de las mismas.

Sin embargo, esta solución no es satisfactoria por razones dogmáticas y prácticas. Por cuanto hace a las primeras, ya hemos visto que todas las conductas que se engloban dentro del concepto de la “opresión” que manejan la jurisprudencia y la doctrina anglosajonas son de carácter doloso y no de naturaleza culposa. Por lo tanto, dado que en proceso de producción de una norma jurídica, (...) *deben observarse criterios de coherencia de la norma para con la restante regulación ya existente, consolidada y tradicional. Lo que significa que conductas en situaciones iguales, deben tener un tratamiento homogéneo, de lo contrario se pierde la unidad del sistema*²⁹⁸.

66) Jurisprudencia

La regulación “*anti-opresión*” que se establezca ha de ser imperativa, como se reconoce con toda claridad por los tribunales alemanes e ingleses, en la sentencia como la sentencia del Tribunal de Apelación de

²⁹⁵ Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 79

²⁹⁶ Re “*Topper*”, 433. N.Y.S. 2D 359, 362, en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 79

²⁹⁷ Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 79

²⁹⁸ Montoso Chiner, Jesús, Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas, Madrid, 1989, p 18, en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 83

Colonia de 26 de marzo 1999 y en el caso “*Exeter City AFC Ltd vs. The football Conference Ltd*”, respectivamente²⁹⁹.

En conclusión, opinamos que el carácter necesariamente imperativo que ha de tener la citada normativa de protección de la minoría frente al abuso (opresión) y a que dicha regulación puede concebirse como un desarrollo de la prohibición de pactos leoninos establecida en el art 13 L.S.³⁰⁰, y en el derecho comparado, en el art 1691³⁰¹ C.c. de España, precepto cuya no disponibilidad por las partes no ofrece dudas, incluso para los autores más partidarios de la “*contractualización*” del Derecho de sociedades³⁰². Por lo tanto, una sociedad en que la mayoría realizara actos de opresión hacia la minoría, por ej, destinando reiteradamente los beneficios a reservas a la vez que cobra dividendos “*de facto*” (como ocurre, v. gr., en el caso “*Dulcesol II*”) con la finalidad de obligar a vender su participación a un precio por debajo del de mercado sería una “*sociedad leonina*”, La consecuencia inmediata que se deriva de esta concepción es que la “*sociedad leonina*” como tal es radicalmente nula, a menos que pueda transformarse en otro tipo de contrato³⁰³. Y ésa era, precisamente, la idea que latía en la normativa anglosajona de protección de las minorías, pues como hemos visto, en su concepción inicial, los socios víctimas de la opresión sólo podían solicitar la disolución de la sociedad (aunque **no** la nulidad de la misma pero ello se explica como una medida de protección de los intereses de los terceros) sin perjuicio de que, progresivamente, la jurisprudencia (y, posteriormente el legislador), fueron admitiendo otras soluciones, menos perjudiciales para la totalidad de los intereses en presencia. En particular, *se permitió transformar un contrato de sociedad en un contrato de compraventa forzosa*.

Determinación del perímetro de protección

²⁹⁹ **Caso “*Exeter City AFC Ltd vs. The football Conference Ltd*”** (2004) B.C.C. 498. El Exeter City, una sociedad deportiva, interpuso una demanda contra la sociedad gestora de la liga inglesa (la *Football Conference Ltd.*), de la que era accionista, alegando la existencia de un supuesto de opresión, regulado por la Section 459 de la Companies’ Act 1985. La demandada argumentó que existía entre las partes una cláusula arbitral que impedía al perjudicado acudir ante los tribunales para solicitar su amparo. El Tribunal entendió que la protección de la minoría frente a la opresión era materia de **orden público**, no disponible por las partes y, por consiguiente, no arbitrable. Por lo tanto, el principio de orden público de la normativa “anti-supresión” que se deriva de la sentencia es, en nuestra opinión, impecable. En Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 86.

³⁰⁰ Art. 13 L.S. Estipulaciones nulas. “Son nulas las estipulaciones siguientes:
1º) que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir a las pérdidas;.....

³⁰¹ Art 1691 Código Civil de España: “Es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas”.

³⁰² Cf. Paz-Ares, Cándido, “*Comentario al art 1691 del Código Civil español*” Tomo II, Madrid, 1993, P 1443 y ss. Este autor señala que, (...) *la finalidad del art 1691 se concreta en el establecimiento de un límite moral a la autonomía privada (...)*, en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 84.

³⁰³ Menezes Cordeiro, Antonio, ob., cit., p 529, en el mismo sentido, aboga por la nulidad total del contrato de sociedad

67) Establecer mecanismos que sirvan para dar solución a conductas dolosas³⁰⁴

Al igual que sucede en el Derecho comparado, las medidas protectoras deben otorgarse a favor de los **socios** en cuanto tales y no en su condición de titulares de un determinado porcentaje de capital social. La finalidad de la regulación propuesta es establecer mecanismos que sirvan para dar solución a conductas dolosas que afectan a la propiedad de cada uno de los socios como tales y no como titulares de un determinado porcentaje de capital social. Desde el punto de vista jurídico, se ve afectado en la misma medida el socio perjudicado por la no distribución sistemática de dividendos o por sueldos excesivos que se adjudican los administradores, tanto si es titular de un porcentaje ínfimo de capital social como si es titular del 49% del mismo, por lo que es claro que ambos deberían poder gozar del mismo amparo normativo.

68) La conducta abusiva como una violación dolosa de derechos reconocidos al socio.

Presupuestos técnicos para la definición

Entendemos que la conducta abusiva debe definirse incluyendo entre sus presupuestos técnicos ineludibles los siguientes hechos:

- i) la condena de la sociedad, por la aprobación de acuerdos sociales o del órgano de Administración impugnables de conformidad con el art 251 Ley 19.550 o art 115.1³⁰⁵ LSA española
- ii) la condena de uno o varios administradores a indemnizar los daños y perjuicios causados dolosamente a la sociedad o a un socio por actos contrarios a la ley o a los estatutos;
- iii) la condena de la sociedad en la del fuero laboral por actos realizados contra un socio que tenga la condición de trabajador por cuenta ajena de la sociedad o contra los ascendientes, descendientes en línea recta, cónyuge –o persona unida por una relación de análoga afectividad- del mismo, igualmente vinculados por una relación de Derecho laboral con la sociedad y finalmente;
- iv) la condena de la sociedad en la vía jurisdiccional civil por incumplimiento del contrato que haya celebrado un socio con la sociedad o de los contratos que hayan celebrado la sociedad y los ascendientes, descendientes en línea recta o cónyuge del mismo –o persona unida por análoga relación de afectividad-, siempre que dichos contratos supongan más del 50% de los ingresos totales de los perjudicados.

69) Propuesta

A continuación detallaremos una eficaz propuesta:

En primer lugar, es preciso determinar la descripción de la conducta opresiva, objeto de sanción, como una “regla”, Pues bien, esto es claramente lo que ocurre respecto de las conductas descritas en el art 251 Ley 19.550 o 115.1 LSA española, toda vez que

³⁰⁴ Art 931 Código Civil de la República Argentina. De los hechos producidos por dolo.”Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin”

³⁰⁵ Art 115. 1 Ley S.A.1564/1989 de España

Acuerdo impugnables : 1) Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesiones, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad”.

dicho precepto tiene por objeto sancionar un amplio espectro de comportamientos siempre que sean encuadrables dentro de las causas de nulidad o de anulabilidad de los acuerdos sociales. Por otro lado, se reproduce el contenido del art 59 y 274³⁰⁶ L.S. o 133.1³⁰⁷ Ley de S.A. española, que hacen referencia a los actos de los administradores realizada “*sin la debida diligencia*” en línea con la jurisprudencia inglesa que recalca el carácter doloso que caracteriza al comportamiento “opresivo”. Otro tanto sucede respecto del “incumplimiento grave” de los contratos laborales, es un concepto jurídico indeterminado, por lo que se obtiene una combinación óptima de precisión y de amplitud. Además, la tipificación propuesta permite que se consideren como actos opresivos los incumplimientos de los contratos civiles que haya podido celebrar el socio minoritario o sus parientes más cercanos con la sociedad (por ej , el socio minoritario que arrienda un local a la sociedad), siempre y cuando su importancia para el perjudicado sea lo suficientemente elevada para que pueda servir de palanca para que venda su participación al mayoritario cf el caso “*Faour vs. Faour*, en el cual el socio mayoritario no pagaba los importes por comisiones ya devengados en el ejercicio de su actividad de agente por el minoritario.

En tercer lugar, el tipo propuesto permite abarcar tanto los comportamientos opresivos realizados por la mayoría (por ej, los acuerdos sociales reiterados por los que se destinan los beneficios a reservas, no distribuyéndolos como dividendos), como los realizados por los administradores en perjuicio de la sociedad o de los socios.

Por último, **nuestra propuesta** permite sancionar las conductas opresivas que se dirigen no sólo directamente contra el socio minoritario, sino también contra aquellas personas de su entorno familiar más próximo, que también pueden ser objeto de

³⁰⁶ **Art. 274. Mal desempeño del cargo** “Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley el estatuto o el reglamento t por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párr. anterior, la imputación de responsabilidad, se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas en el Registro público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párr.”

Art. 59 L.S.: Diligencia del administrador: responsabilidad. “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

³⁰⁷ **Art 133.1 Ley S.A.1564/1989 de España. Responsabilidad.** “Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por los actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados **sin la diligencia** con la que deben desempeñar el cargo”

conductas opresivas, como se ponme de relieve en el caso “Evans vs. Blesi”³⁰⁸: *éstos constituyeron una sociedad comercial dedicada a la instalación de aparatos de aire acondicionado sobre una base igualitaria. En 1977, Evans vende una parte de sus participaciones a Blesi, convirtiéndose en minoritario. Al poco de esta venta, Blesi fuerza la dimisión como administrador de Evans, amenazando con despedir al hijo de éste del departamento comercial de la sociedad.*

En este sentido, creemos que de modo semejante a lo previsto en los arts 941³⁰⁹ de nuestro Cód Civ o por el art 1267³¹⁰ C.c español respecto de la violencia como vicio de la voluntad, hay que incluir como conductas opresivas a aquellas que afectan a los cambios o avatares de la relación laboral entre el cónyuge, los descendientes y ascendientes en línea recta del socio minoritario y la sociedad.

70) El establecimiento de mecanismo legal de salida

Es sabido que la consecuencia jurídica se deriva del hecho de la conducta abusiva. *Si ésta se produce fundamentalmente por el bloqueo del socio minoritario dentro de la sociedad, por lo tanto debe establecerse una regulación legal dirigida a solucionar este problema estableciendo un mecanismo que permita al minoritario desinvertir, recuperando el valor de su inversión.*³¹¹

Podría optarse por una lista abierta, meramente indicativa, de los posibles mecanismos de desinversión, dejando en manos del Juez y de las partes la elección del procedimiento más adecuado para el caso concreto.

Sin embargo, esta solución no encajaría bien en nuestro sistema de Derecho Continental, en el que se admiten las cláusulas generales para la participación de las conductas, pero generalmente no para la aplicación de las consecuencias jurídicas. En consecuencia, sentada esta cuestión, queda por tanto claro que la decisión de optar por uno u otro mecanismo le corresponde al legislador, y las opciones que más se ajustarían a nuestro sistema, en base al Derecho suizo y belga son las siguientes³¹²:

- i) confirmar la conducta abusiva como una causa legal de disolución de la sociedad;*
- ii) establecer el derecho del minoritario a que el mayoritario adquiera su participación en caso de ser sujeto de conductas abusivas;*

³⁰⁸ Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 101

³⁰⁹ Art 941 Código Civil de la República Argentina. De los hechos producidos por la fuerza y el temor. “La fuerza o la intimidación hacen anulable el acto, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él”.

³¹⁰ Art 1267 Código Civil español: “Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes u ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato”.

³¹¹ Fernández del Pozo, La arbitrariedad, pág 274, citado por Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 105

³¹² Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 106

- iii) *prever el derecho de venta forzosa de la participación social de los mayoritarios a favor del minoritario;*
- iv) *alguna combinación de las dos opciones anteriores;*
- v) *establecer un derecho de separación;*
- v i) *facultar al Juez la distribución de dividendos;*
- vii) *establecer una cláusula de arbitraje, que permitan solventar el problema fundamental que se da en las sociedades cerradas cual es facilitar la salida del socio minoritario permitiéndole recuperar su inversión;*
- viii) *conceder una indemnización;*
- ix) *ordenar la distribución de dividendos;*
- x) *nombrar un coadministrador.*

71) Análisis de la conducta abusiva

Ahora bien, realizando un análisis de la configuración de la opresión como causa legal para proteger a los minoritarios, la disolución debe descartarse por no ser eficiente. La experiencia estadounidense es suficientemente esclarecedora en ese sentido. Como lo señalado anteriormente la jurisprudencia, en aras de la *conservación de la empresa*, opta generalmente por el establecimiento de un derecho de compra forzosa (“*buy-out*”), dejando a la disolución como la última y menos deseable de las soluciones posibles.

Por lo tanto, desestimada la posibilidad de utilizar la figura de la disolución para proteger al minoritario frente a la opresión, analizaremos cuál de las tres soluciones restantes es la más adecuada para su incorporación a nuestro acervo legislativo.

Por cuanto hace a la figura de la separación, cuenta con el importante precedente del Derecho inglés que permite que el socio víctima de la opresión se pueda separar de la sociedad, como así también conforme al Derecho general de sociedades español³¹³, en principio, sería preferible establecer una nueva causa de separación antes que regular *ex novo* un derecho de compra o de venta forzosa desconocido en este contexto en nuestro ordenamiento.

No obstante, la figura de la separación presenta a nuestro criterio dos inconvenientes esenciales que nos lleva a descartar dicha opción. El primero de ellos es que si la jurisprudencia de EEUU creó la doctrina de la “*opresión*” fue precisamente para no tener que disolver la sociedad por no ser ésta una solución eficiente desde el punto de vista económico. Supondría ir en contra del *principio de conservación del contrato social*, que es en último extremo la idea que late en el art 94 L.S. expresando que la sociedad se disuelve por decisión de los socios, semejante a los arts 104 Ley de S.R.L y 260 Ley de S.A.³¹⁴

³¹³ Cabe recordar que el art 15.2 de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales reconoce un derecho de separación con preaviso en el supuesto de sociedades constituidas por tiempo indeterminado y por “justa causa” siempre y cuando la sociedad se ha ya constituido por tiempo determinado

³¹⁴ Art 260 Ley Sociedades Anónimas española (Ley 1564/1989): Causas de disolución.

1) La sociedad Anónima se disolverá:
 1º) Por acuerdo de la Junta general, adoptado con arreglo al art 103;
 2º) Por cumplimiento del término fijado en los estatutos;

españoles cuando establecen que la sociedad se disolverá por acuerdo de la Asamblea o Junta General adoptado con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos. Por otro lado, la introducción de un nuevo supuesto de separación también presentaría serios inconvenientes en relación con las deudas sociales.

En el derecho comparado, más precisamente en el sistema legal español de Ley de S.R.L se prevé una *responsabilidad solidaria del socio que se separa con la sociedad y los restantes socios frente a terceros por las deudas sociales anteriores a la publicación de la separación hasta el límite de lo que haya recibido* (art 103³¹⁵ LSEn conexión con el art 80³¹⁶ del mismo texto legal –aunque no en la LSA, porque el sistema es distinto-).

Pues bien, en una situación de conflictos societarios tan intensos como los que suelen dar a litigios por “opresión”, parece poco equitativo hacer responder al socio saliente por las deudas sociales anteriores a su separación. Si el socio que se separa lo hace como consecuencia de actos de gestión o de comportamientos de la mayoría que le han perjudicado gravemente en su condición de socio, no creemos que sea razonable que responda por las deudas sociales en la que la mayoría le ha privado de los derechos que en justicia le corresponden. Finalmente, el ejercicio del derecho de separación también perjudicaría a los socios externos al grupo de control y que no ejercitaran el derecho de separación, pues sufrirían los efectos de la descapitalización de la sociedad, sin haber tomado parte en el comportamiento “de opresión”, ni en las ventajas derivadas del mismo.

72) La opresión como detonante del derecho de compra o de venta forzosa del socio minoritario.

Soluciones:

De lo analizado hasta el momento, como resultado de lo que es conveniente o no para el socio minoritario, la sociedad y los terceros, una solución posible es que se le compre al socio oprimido su participación, otra solución es que se establezca un derecho de venta forzosa de la participación de los socios mayoritarios, o bien que se combinen ambas posibilidades.

a) Derecho de compra forzosa

-
- 3º) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento;
 - 4º) Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente;
 - 5º) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal;
 - 6º) Por la fusión o escisión total de la sociedad;
 - 7º) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos;
- 2) La quiebra de la sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare.

³¹⁵ Art 103 Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España.
Responsabilidad de los socios separados o excluidos: “Los socios a quienes se hubiere reembolsado el valor de las participaciones amortizadas estarán sujetos al régimen de responsabilidad por las deudas sociales establecido para el caso de reducción de capital por restitución de aportaciones”.

³¹⁶ Art 80 Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España.
Reducción de capital social por restitución de aportaciones: “Los socios a quienes se hubiere restituido la totalidad o parte de sus aportaciones responderán solidariamente entre sí y con la sociedad del pago de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros”

Con respecto a la primera de las posibilidades mencionadas, consideramos avalarla por los siguientes motivos: Por un lado el establecimiento de un derecho de compra forzosa no supondría una disolución, aunque fuera parcial, de la sociedad con lo que se respetaría el principio de conservación de los contratos. Por otro lado, no se produciría una reducción del capital social, con lo que los terceros acreedores no se verían afectados ni el socio suprimido respondería en modo alguno por las deudas sociales anteriores al momento en que ejercita su derecho de compra forzosa (a diferencia de lo que ocurría en la separación en las S.R.L.). Además, como los socios mayoritarios habrían de pagar el precio de la participación del minoritario, se produciría una ruptura total de los vínculos entre el socio oprimido, la sociedad y los mayoritarios, facultando al socio minoritario para reinvertir las cantidades obtenidas en otros posibles negocios.

El hecho de crear un derecho del minoritario, en cuya virtud pudiera comprar la participación de los mayoritarios a un valor razonable (un derecho de venta forzosa), las ventajas serían, en términos generales, las mismas que acabamos de ver respecto del derecho de compra forzosa. De una parte, no se produciría una reducción del capital social, con lo que los terceros acreedores no se verían afectados y, por otra, es una figura conocida y utilizada en el Derecho comparado inglés.

Por último, a nuestro juicio, es indiscutible la constitucionalidad del derecho de venta forzosa, pues no se perjudicaría el derecho a la propiedad privada de los mayoritarios que se derivaría del ejercicio del derecho de venta forzosa por el minoritario, debido a que el titular de las acciones o participaciones ha de recibir el valor razonable de las mismas, respetándose así el interés público.

Sin embargo, es importante tener en cuenta los inconvenientes que presenta esta posibilidad. Además de los ya indicados respecto de un eventual derecho de compra forzosa, los dos aspectos más discutibles de la misma desde el punto de vista teórico es que, por un lado, parece que no es armónico con el principio mayoritario y, por otro, que supone una mutación de la acción que estamos ejercitando, pues pasamos de una acción dirigida a la protección del minoritario frente a la “supresión” a crear un mecanismo para permitir la mejora de la gestión de la sociedad. Desde el punto de vista práctico, el minoritario que adquiriera la sociedad tendría que resistir todos los problemas a una compraventa, pudiendo contar con la labor revisora del auditor para fijar el precio de la participación en el capital de los socios mayoritarios. Cabe recordar que el art 100.2 LSL española dispone que *“Para el ejercicio de su función, el auditor podrá obtener de la sociedad todas las informaciones y documentos que considere útiles y proceder a todas las verificaciones que estime necesarias”*.

Por otro, el que compra no es un tercero totalmente ajeno a la sociedad, por lo que podrá revisar mucho mejor que un extraño la posibilidad de que haya contingencias sobrevenidas, pues conoce las circunstancias de la gestión social, evitándose así, posibles vicios ocultos, los cuales están regulados en el Código civil.

En consecuencia, parece que la solución más adecuada sería regular un derecho de compra y de venta forzosa, de tal modo que tendríamos una figura que presenta similitudes con la cláusula conocida como de “ruleta rusa” o “mallorquina”, que consiste en que un socio puede vender a otro socio su participación a

un precio dado, y en caso de que éste no la adquiriera, el socio inicial deberá adquirir la participación del socio al que se le ofreció la compra, en las mismas condiciones que la oferta inicial, pero de creación legal. De esta forma, se lograría que en caso de que los socios mayoritarios quieran menoscabar en forma grave el valor de la sociedad, el minoritario podrá adquirir dicha sociedad a un precio razonable o rebajado.

Junto al derecho del minoritario a que se le compre su participación, constituye una *combinación óptima* de protección del minoritario frente a los abusos de la mayoría.

b) Los sujetos pasivos de la norma.

Son 3 sujetos pasivos: i) los socios de control; ii) los administradores); iii) la propia sociedad,

En nuestra opinión, queda claro que los socios de control de la sociedad deben ser considerados en todo caso como sujetos pasivos de la norma, incluso cuando han actuado en su condición de administradores y no en su condición de socios, pues al tratarse de sociedades cerradas, generalmente no se da una separación entre propiedad y control, Es por ello que la jurisprudencia de EEUU imponga la compra forzosa (“*buy-out*”) de la participación minoritaria al socio de control y no a la sociedad. A estos efectos se entiende por “socio de control” el socio que cumpliera los requisitos establecidos en el art 4 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, de Mercado de Valores³¹⁷.

Cabe agregar inclusive, que en los casos en que se dé una separación entre la propiedad y el control, resulta justificado que quepa dirigir la acción contra los socios de control y, acumulativamente, contra los administradores. Respecto de los socios de control, la cuestión es sencilla, debido a que el socio de control debe responder cuando viola sus deberes legales de fidelidad (la “*affectio societatis*”) para con el minoritario, bien votando en un determinado sentido, bien instruyendo a los administradores para que adopten determinados comportamientos en perjuicio del minoritario. En este sentido, la jurisprudencia francesa ha señalado que el socio mayoritario es personalmente responsable por el ejercicio del derecho de voto si dicho ejercicio se ha realizado con la intención de perjudicar al minoritario³¹⁸. Por otro lado, el

³¹⁷ Dice así el precepto de referencia:

“A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que se constituyan en una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás,, o porque dicho control corresponda a una o varias personas que actúen sistemáticamente en concierto.

Se presumirá que existe en todo caso de unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el nº 1 del art 42 del Código de Comercio español, o cuando al menos la mitad de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.

A efecto de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otras persona.” , Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 115.

³¹⁸ Cf Sentencia de la Cour de Cassation (Com.), de 13 de marzo 2001, caso « *Mensy c/ Horovitz* », el supuesto de hecho es el siguiente: los socios minoritarios son administradores de la sociedad y cesados en sus cargos de forma sorpresiva, sin que conste en el orden día la cuestión, violando las reglas de convocatoria. En este caso se hace responder no a la sociedad, sino directamente a los socios

fundamento de la responsabilidad solidaria de los administradores con los socios de control radica en que en todo caso ha sido el comportamiento activo u omisivo de aquéllos el que ha permitido que tuvieran lugar los comportamientos opresivos. En efecto, a la vista del supuesto de hecho que hemos considerado, el comportamiento opresivo que se invoque puede consistir bien en actos propios de los administradores cuando dolosamente causen daño a la sociedad o a los socios, bien el cumplimiento de contratos celebrados con los minoritarios o sus allegados (incumplimiento que es achacable a los representantes de la sociedad, esto es, a los administradores), bien la adopción de acuerdos del Consejo de administración o de la Junta general, acuerdos que o bien han sido adoptados por los propios administradores (caso de los acuerdos del Consejo) o de acuerdos de Junta ilegales que no han sido impugnados por los administradores (cf art 117.1 ³¹⁹LSA). Lo anterior se entiende sin perjuicio, naturalmente, de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad y frente a los socios directamente perjudicados por los actos realizados en violación de una ley o de los estatutos (arts 134 y 135 LA).

73) La valoración de la participación objeto del derecho de compra o venta forzosa.

Introducción

Por otro lado, una de las cuestiones clave en el procedimiento de compra o de venta forzosa es, el establecimiento de un mecanismo y de unos criterios de valoración claros y sencillos, naturalmente a falta de acuerdo entre las partes sobre la cuestión.

74) Criterios de valoración según el Derecho Comparado.

Especial importancia práctica tiene el hecho de la valoración de la participación del socio, en consecuencia ha de tenerse en cuenta los criterios sentados en la Resolución de Instituto de Contabilidad

mayoritarios porque existe una voluntad de perjudicar al socio minoritario, en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 116.

³¹⁹ Art 117 LSA española. Acuerdos impugnables. Legitimación.

1) Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.

y Auditoría de Cuentas de 23 de octubre de 1991 para determinar el valor real son claros³²⁰ y no dejan lugar para la aplicación del descuento de iliquidez ni del descuento de minoría³²¹.

Es importante tener en cuenta, la fijación de la fecha de valoración de la compañía ya que es un punto de gran importancia práctica, pues el valor de las compañías puede sufrir grandes alteraciones en un corto espacio de tiempo. Con carácter general, la Jurisprudencia de EEUU señala como fecha de referencia para realizar la valoración la del momento de presentar la demanda por supresión, sin perjuicio de que pueda solicitarse (y deba probarse) la pertinencia de otra fecha anterior o, incluso posterior. Otro tanto ocurre en la Jurisprudencia inglesa que estableció que cabía hacer referencia a la fijación de una fecha anterior a la de presentación de la demanda en los siguientes supuestos:

- a) en caso de que la sociedad haya tenido mayores gastos o perdido ingresos como consecuencia del comportamiento objeto de denuncia;
- b) en caso de que la compañía hubiera sido disuelta o su objeto social había cambiado sustancialmente, de tal modo que, desde el punto de vista económico era una sociedad distinta;
- c) en caso de producirse una bajada general del mercado con posterioridad al momento en que se presentó la demanda; y finalmente,
- d) cuando la conducta de las partes, haciendo, aceptando o rechazando ofertas antes o durante el proceso fuera altamente relevante para el caso.

En nuestra opinión, parece que la solución lógica es dar al Juez para que éste, pueda decidir sobre la fecha relevante para la valoración de la sociedad, tanto retrayéndola como adelantándola en el tiempo. Ésta es, a nuestro juicio, la única forma de salvaguardar los intereses mencionados, especialmente cuando la sociedad haya sufrido pérdidas de valor durante un largo período de tiempo como consecuencia del comportamiento de la mayoría, fijando la fecha de valoración al momento en que se inició la conducta abusiva. .

³²⁰ Los sistemas de valoración establecidos por el ICAC en la Resolución de 23 de octubre de 1991 son tres, a saber:

-Valor del activo neto real: valor contable de los fondos propios, corregido por las *plusvalías* (aumento del valor de un bien, por razones distintas al trabajo o actividad productiva de su propietario o poseedor) o *minusvalías* (disminución del valor de un derecho contabilizado en dos momentos distintos) que pudieran ponerse de manifiesto en los bienes, derechos y obligaciones de la Sociedad a la fecha de referencia.

-Valor de capitalización de resultados: suma de los resultados futuros esperados de la Sociedad durante un período determinado, descontados en el momento de evaluación.

- Valor actual de flujos monetarios: suma del valor actual de todos los flujos futuros de tesorería esperados de la Sociedad; todo ello descontados en el momento de evaluación.

Igualmente, es imprescindible la consulta de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, de 14 de marzo de 2007 (caso “El Corte Inglés”) que opta por establecer el valor razonable de una participación minoritaria aplicando el criterio del valor actual de los flujos monetarios, esto es, de los “flujos de caja descontados”, en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 120.

³²¹ Cf la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, de 14 de marzo de 2007 (caso “El Corte Inglés”): El descuento de iliquidez sirve para reflejar que no existe un mercado para las participaciones de una sociedad cerrada, mientras que el descuento de minoría tiene en consideración que no se transmite un paquete de control, en Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 120.

Sin embargo, no debe solamente pensarse que la defensa de los intereses del minoritario pase siempre por la retroacción de la fecha de valoración, sino que en ocasiones debería hacerse la operación contraria, adelantando la fecha de valoración, siempre y cuando se acredite que el abuso hacia el minoritario se hizo para excluirlo de la sociedad con la finalidad de impedirle que participara en las plusvalías de alguna operación. Por ej, en el caso en que los socios de control, conocedores de que determinados terrenos propiedad de la sociedad van a ser objeto de recalificación en un futuro cercano –e ignorándolo el minoritario-, pretenden forzarle a que malvenda su participación en la sociedad, impidiéndole de este modo beneficiarse del correspondiente incremento de valor³²².

75) Ubicación de la norma protectora en la L.S.

Es importante tener en cuenta que las sociedades de responsabilidad limitada son, por su naturaleza, sociedades cerradas, mientras que las S.A. pueden ser abiertas o cerradas, según sean cotizadas o no, parece que el lugar adecuado para la regulación de la “opresión” sería la Ley de SRL. Pero atendiendo a las exigencias constitucionales de seguridad jurídica, que limitan las remisiones excesivamente tortuosas y al elevado nº de casos de opresión en SA recogidos en la jurisprudencia, parece más adecuado incorporar la regulación protectora de los minoritarios frente a la opresión tanto en el capítulo la Ley de SRL como en el de la S.A.

76) Conclusiones de este capítulo.

1º) La normativa de protección de la minoría frente al abuso de la mayoría (opresión) debe ser de carácter necesariamente imperativo, debido a que dicha regulación puede concebirse como un desarrollo de la prohibición de pactos leoninos, que está establecido en el art 13 de la L.S. y en el derecho comparado de España en el art 1691 C. Civil que establece: “Es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas”.

2º) Las medidas protectoras deben otorgarse a favor de los socios en cuanto tales y no en su condición de titulares de un determinado porcentaje de capital social. La finalidad de la regulación propuesta es establecer mecanismos que sirvan para dar solución a conductas dolosas que afectan a la propiedad de cada uno de los socios como tales y no como titulares de un determinado porcentaje de capital social. Desde el punto de vista jurídico, se ve afectado en la misma medida el socio perjudicado por la no distribución sistemática de dividendos o por sueldos excesivos que se adjudican los administradores, tanto si es titular de un porcentaje ínfimo de capital social como si es titular del 49% del mismo, por lo que es claro que ambos deberían poder gozar del mismo amparo normativo.

3º) Entendemos que la conducta abusiva debe definirse incluyendo entre sus presupuestos técnicos ineludibles los siguientes hechos:

³²² Vázquez Lepinette, Ob., cit., pág 124.

- i) la condena de la sociedad, por la aprobación de acuerdos sociales o del Consejo de Administración impugnables de conformidad con el art 251 Ley 19.550
- ii) la condena de uno o varios administradores a indemnizar los daños y perjuicios causados dolosamente a la sociedad o a un socio por actos contrarios a la ley o a los estatutos;
- iii) la condena de la sociedad en la vía jurisdiccional del fuero laboral por actos realizados contra un socio que tenga la condición de trabajador por cuenta ajena de la sociedad o contra los ascendientes, descendientes en línea recta, cónyuge –o persona unida por una relación de análoga afectividad- del mismo, igualmente vinculados por una relación de Derecho laboral con la sociedad y finalmente;
- iv) la condena de la sociedad en la vía jurisdiccional civil por incumplimiento del contrato que haya celebrado un socio con la sociedad o de los contratos que hayan celebrado la sociedad y los ascendientes, descendientes en línea recta o cónyuge del mismo –o persona unida por análoga relación de afectividad-, siempre que dichos contratos supongan más del 50% de los ingresos totales de los perjudicados.

4º) Proponemos las siguientes soluciones, en base al derecho comparado, más precisamente en el Derecho suizo y belga, que establecen:

- i) establecer el derecho del minoritario a que el mayoritario adquiera su participación en caso de ser sujeto de conductas abusivas;*
- ii) prever el derecho de venta forzosa de la participación social de los mayoritarios a favor del minoritario;*
- iii) alguna combinación de las dos opciones anteriores;*
- iv) establecer un derecho de separación, cabe recordar que el art 15.2 de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales de España, reconoce un derecho de separación con preaviso en el supuesto de sociedades constituidas por tiempo indeterminado y por “justa causa” siempre y cuando la sociedad se ha ya constituido por tiempo determinado;*
- v) facultar al Juez la distribución de dividendos;*
- vi) establecer una cláusula de arbitraje, que permitan solventar el problema fundamental que se da en las sociedades cerradas cual es facilitar la salida del socio minoritario permitiéndole recuperar su inversión;*
- vii) conceder una indemnización;*
- viii) ordenar la distribución de dividendos;*
- ix) nombrar un coadministrador.*

5ºº) Con respecto a la regulación de un derecho de compra y de venta forzosa, opinamos que el derecho de compra forzosa no supondría una disolución, aunque fuera parcial, de la sociedad con lo que se respetaría el principio de conservación de los contratos. Por otro lado, no se produciría una reducción del capital social, con lo que los terceros acreedores no se verían afectados ni el socio suprimido respondería

en modo alguno por las deudas sociales anteriores al momento en que ejercita su derecho de compra forzosa.

Además, como los socios mayoritarios habrían de pagar el precio de la participación del minoritario, se produciría una ruptura total de los vínculos entre el socio oprimido, la sociedad y los mayoritarios, facultando al socio minoritario para reinvertir las cantidades obtenidas en otros posibles negocios.

El hecho de crear un derecho del minoritario, en cuya virtud pudiera comprar la participación de los mayoritarios a un valor razonable (un derecho de venta forzosa), las ventajas serían, en términos generales, las mismas que acabamos de ver respecto del derecho de compra forzosa. De una parte, no se produciría una reducción del capital social, con lo que los terceros acreedores no se verían afectados y, por otra, es una figura conocida y utilizada en el Derecho comparado inglés.

Por último, a nuestro juicio, es indiscutible la constitucionalidad del derecho de venta forzosa, pues no se perjudicaría el derecho a la propiedad privada de los mayoritarios que se derivaría del ejercicio del derecho de venta forzosa por el minoritario, debido a que el titular de las acciones o participaciones ha de recibir el valor razonable de las mismas, respetándose así el interés público.

6º) Adoptar un criterio de valoración real, en caso de compra o venta forzosa de acciones.

ANEXO

Propuesta de texto articulado.

Ley XXX/2010, de modificación de la ley 19.550 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Honorable Congreso de la Nación Argentina

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

Surge como una necesidad objetiva la renovación de la ley de sociedades comercial argentina para proteger adecuadamente a los socios y accionistas minoritarios de sociedades cerradas y familiares frente a los actos de abuso realizados por la mayoría.

En la práctica societaria existen numerosos supuestos en que los socios o accionistas mayoritarios utilizando bien su posición estratégica dentro de una sociedad cerrada, bien la información privilegiada de que disponen, bien por medio de sus poderes de control, buscan eliminar de la sociedad total o parcialmente a uno o más socios o accionistas, sin que dicha expulsión vaya acompañada de una retribución de la inversión de los mismos a su valor razonable. La inexistencia de una mercado de participaciones minoritarias en la sociedades mercantiles no cotizadas –ya sean SRL o S.A.-, que dificulta sobremanera la salida del capital de los socios minoritarios, unida al hecho de que en este tipo de sociedades no suele existir una separación entre la propiedad y el control y que los socios o accionistas tienen generalmente como principal fuente de ingreso el hecho de trabajar (invirtiendo su tiempo y dinero) en la sociedad, hace que la minoría sea inducida a malvender su participación.

Los remedios legales actualmente existentes no responden adecuadamente frente a esta situación de hecho, pues, aunque la minoría pudiera obtener satisfacción económica mediante sucesivas sentencias, no afrontan la cuestión esencial de la salida de los socios o accionistas minoritarios del capital de la sociedad cuando éstos se ven perjudicados por los actos dolosos realizados por la mayoría.

II

En nuestro ordenamiento jurídico ha de tenerse en cuenta los principios de buena fe y de prohibición del abuso del Derecho y, más específicamente en el campo societario, en la prohibición del pacto leonino, creando un mecanismo a través del cual, sin merma de la seguridad jurídica y sin perjuicio de la vigencia y legitimidad del principio mayoritario en las sociedades mercantiles capitalistas, se permita la recuperación de la inversión por parte del socio minoritario en determinados supuestos de comportamientos inaceptables por la mayoría y/o los administradores. Siguiendo los precedentes del Derecho comparado más representativos en esta materia se ha optado por el establecimiento alternativo de un derecho de los socios minoritarios a vender sus participaciones a los mayoritarios o de un derecho a comprar la participación de los mayoritarios, respectivamente, que puede ser ejercitado por los socios y accionistas minoritarios cuando se cumpla el supuesto de hecho de la norma.

III

La tipificación de conductas abusivas cuando son realizadas, permite abarcar tanto los comportamientos opresivos realizados por la mayoría como los realizados por los administradores, de manera acorde con la inexistencia de separación entre propiedad y el control, propia de las sociedades cerradas. El proyecto de Ley permite sancionar las conductas opresivas que se dirigen no sólo contra la persona del socio o accionista minoritario, sino también contra aquellas personas de su entorno familiar más próximo, siempre que estén unidas bien por una relación laboral con la sociedad, bien por un contrato de Derecho privado, siempre y cuando, respecto de este último caso, el menoscabo causado a los ingresos del perjudicado sea lo suficientemente importante como para determinar una eventual transmisión de la participación del minoritario a los socios mayoritarios a un precio por debajo de su valor razonable.

IV

Es importantísimo en el procedimiento de compra o de venta forzosa es el establecimiento de un mecanismo de valoración con criterios claros y sencillos. Es por ello que deberá tenerse en cuenta las previsiones existentes respecto de la separación de los socios en las SRL, tanto en relación al procedimiento como a los criterios de valoración de la participación del socio que se separa y a la determinación de la fecha de valoración de la compañía, ya que ésta última representa no sólo el valor de las compañías (que pueden sufrir grandes alteraciones en un corto espacio de tiempo), sino que además, pueden llegar a depreciarse por el comportamiento doloso de la mayoría, en consecuencia la Ley debe habilitar expresamente al Juez a fijar la fecha de referencia de la valoración de la participación del socio que ejercita su derecho de compra forzosa basadas a las circunstancias del caso concreto.

Artículo Primero. Modificación de la ley 19.550, 22.903, etc,

La ley 19550, queda modificada como sigue a continuación:

Se añade al art 214 L.S. Transmisibilidad Capítulo II Sección V “*De la compra y venta forzosa de acciones*”, por el que el texto correspondiente a la S.A. queda con el siguiente tenor:

Art 214 bis *De la compra y la venta forzosa de acciones:*

1. Los accionistas minoritarios de una S.A. no cotizada en bolsa tendrán derecho a vender a los accionistas de control los títulos accionarios, obligaciones convertibles y derechos de suscripción preferente de las que sea titular en la sociedad, o, alternativamente, podrán comprar a dichos accionistas de control la totalidad de las acciones, obligaciones convertibles y derechos de suscripción preferente de las que éstos sean titulares en la sociedad, en los siguientes supuestos:

- a) La condena de la sociedad por sentencia firme por la aprobación de acuerdos sociales o del Órgano de Administración impugnables de conformidad con el art 251 ley 19.550; o
- b) La condena de la sociedad por sentencia firme en el fuero del trabajo por el incumplimiento grave del contrato laboral que hubiera celebrado con un accionista o con los ascendientes, descendientes en línea recta, cónyuge del mismo o persona unida al accionista por análoga relación de afectividad cónyuge (concubinato), que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena de la sociedad; o

c) La condena de la sociedad por sentencia firme en la vía jurisdiccional civil por el incumplimiento de los contratos que hubiera celebrado con un accionista o con los ascendientes, descendientes en línea recta, cónyuge del mismo o persona unida al accionista por análoga relación de afectividad, siempre y cuando los perjudicados sufran como consecuencia del incumplimiento una disminución de sus ingresos totales superior al 50%; o

d) La condena de uno o varios administradores por sentencia firme a indemnizar los daños y perjuicios causados a la sociedad o a un socio por actos dolosos contrarios a la Ley o a los estatutos.

2. El derecho de compra o de venta forzosa sólo podrá ser ejercitado por el accionista minoritario que haya sido actor en los litigios indicados en el apartado anterior, o ascendiente, descendiente, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, del actor, y podrá acumularse al ejercicio de las acciones de impugnación y de responsabilidad.

3. Junto con su demanda, el demandante aportará una copia certificada de los estatutos sociales y de existir terceros beneficiarios de las restricciones estatutarias, deberá llamarlos al pleito. Las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad existentes serán oponibles al accionista minoritario, sin perjuicio de que el Juez, a su prudente arbitrio y motivadamente, podrá limitar, modificar o excluir en el caso concreto la aplicación de tales restricciones.

4. El Juez, en ejecución de sentencia, requerirá al Registrador mercantil del domicilio de la sociedad la designación de un auditor de cuentas distinto del de la sociedad para que proceda a la valoración de las acciones objeto de venta o de compra forzosa.

5. Los administradores de la sociedad y los accionistas de control serán solidariamente responsables del pago íntegro del importe de la valoración.

Artículo segundo. –Modificación de la Ley 19.550 (S.R.L). Se añade al art 152 Cesión de cuotas.

De la compra y la venta forzosa de participaciones o cuotas sociales:

1. Los accionistas minoritarios de una S.R.L. tendrán derecho a vender a los accionistas de control sus cuotas sociales representativas del capital de la sociedad o, podrán comprar a los socios de control las participaciones representativas del capital de la sociedad de la que éstos sean titulares, en los siguientes supuestos:

a) La condena de la sociedad por sentencia firme por la aprobación de acuerdos sociales o del Órgano de Administración impugnables de conformidad con el art 251 ley 19.550;

b) La condena de la sociedad por sentencia firme en el fuero del trabajo por el incumplimiento grave del contrato laboral que hubiera celebrado con un accionista o con los ascendientes, descendientes en línea recta, cónyuge del mismo o persona unida al accionista por análoga relación de afectividad cónyuge (concubinato), que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena de la sociedad; o

c) La condena de la sociedad por sentencia firme en la vía jurisdiccional civil por el incumplimiento de los contratos que hubiera celebrado con un accionista o con los ascendientes, descendientes en línea recta, cónyuge del mismo o persona unida al accionista por análoga relación de afectividad, siempre y cuando

los perjudicados sufran como consecuencia del incumplimiento una disminución de sus ingresos totales superior al 50%; o

d) La condena de uno o varios administradores por sentencia firme a indemnizar los daños y perjuicios causados a la sociedad o a un socio por actos dolosos contrarios a la Ley o a los estatutos.

2. El derecho de compra o de venta forzosa sólo podrá ser ejercitado por el socio minoritario que haya sido actor en los litigios indicados en el apartado anterior, o ascendiente, descendiente, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, del actor, y podrá acumularse al ejercicio de las acciones de impugnación y de responsabilidad.

3. Junto con su demanda, el demandante aportará una copia certificada de los estatutos sociales y de existir terceros beneficiarios de las restricciones estatutarias, deberá llamarlos al pleito. Las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad existentes serán oponibles al accionista minoritario, sin perjuicio de que el Juez, a su prudente arbitrio, podrá limitar, modificar o excluir en el caso concreto la aplicación de tales restricciones.

4. El Juez, en ejecución de sentencia, requerirá al Registrador mercantil del domicilio de la sociedad la designación de un auditor de cuentas distinto del de la sociedad para que proceda a la valoración de las acciones objeto de venta o de compra forzosa.

5. Los administradores de la sociedad y los accionistas de control serán solidariamente responsables del pago íntegro del importe de la valoración.

Buenos Aires, 21 de Marzo de 2010.

BIBLIOGRAFÍA

- Aquarone, María. “*Pactos de incorporación y exclusión de herederos*” en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria, Bs. As. Ad Hoc. 1993. págs 119 a 129.
- Arecha, Martín. *El voto en las sociedades y en los concursos*. 1ra edición. Editorial Legis Argentina S.A. Buenos Aires, Argentina, 2007
- Arecha, Martín y García Cuerva, Héctor M. *Sociedades comerciales. Análisis y comentario de la Ley 19.550 y complementarias*. 2da edición. Editorial Ediciones Depalma. Buenos Aires 1976.
- Asbir, Carlos. *Impugnación de aumentos del capital social*. Revista Jurídica La Ley. Sección Doctrina. Buenos Aires 2 de Diciembre de 1996
- Bakmas, Iván. *El principio mayoritario y la unanimidad en las decisiones asamblearias*. Revista Jurídica La Ley. Sección Doctrina. Buenos Aires 10 de Mayo de 1997.
- Bakmas, Iván. *Sociedades Anónimas Cerradas*. Revista Jurídica La Ley. Sección Doctrina. Buenos Aires 11 de Abril de 1997.
- Cámara, Héctor. *Efectos de la muerte del socio sobre la sociedad comercial*, en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria, Bs. As. Ad Hoc. 1993. págs 17 a 27.
- Cesaretti, Oscar. *Convenios de incorporación de herederos*, en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria. 1ra edición. Editorial Ad-Hoc Buenos Aires. 1993. págs 103 a 118.
- Costa, José Carlos. *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. 1ra edición. Lexis Nexis. Buenos Aires. Argentina, 2007.
- Dasso, Ariel Ángel. *El Derecho de Separación o Receso del Accionista*. 1ra edición. La Ley S.A. Buenos Aires 1981.
- Dasso, Ariel. *Hacia la mejor regulación del derecho de receso*, en Conflictos en Sociedades “cerradas y de familia” 1ra edición Ad-Hoc. Buenos Aires 2004, págs 63 a 89.
- Farina, Juan M. *Aumento de capital de la S.A. Su impugnación judicial*. Revista Jurídica. La Ley. LL tomo 1989-d, Sección Doctrina, págs 1066 a 1070. Buenos Aires 1989.
- Farina, Juan M. *Tratado de Sociedades Comerciales. Parte General*. 2ª edición. Zeus editora. Rosario 1980.
- Favier Dubois, Eduardo M (h). *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*. 1ra edición. Editorial Ad-Hoc Buenos Aires. 1993.
- Favier Dubois, Eduardo M., Arecha, Martín, Vítolo, Daniel, Richard, Efraín. *Conflictos en sociedades cerradas y de familia*. XI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina. 1ra edición Ad-Hoc. Buenos Aires 2004

Fontanarrosa, Rodolfo O. *Derecho Comercial Argentino. Parte General*. Zavalía. 9ª edición Buenos Aires 1997.

Forestier, Juan Carlos. *Nulidad de la resolución asamblearia que decide el aumento de capital con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría*. Revista Jurídica Argentina La Ley. Tomo 1985-D, 6ta sección. Doctrina. Págs 972 a 978. La Ley S.A. Bs. As. 1985.

Gagliardo, Mariano. *Responsabilidad de los directores de la S.A.* 4ta edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2004.

Giuntoli, María Cristina. *Acuerdos asamblearios. Régimen de nulidades. Teoría del abuso del derecho*. Revista Jurídica Argentina La Ley. Tomo 1984-D. Sección Doctrina. Págs 213 a 222. La Ley S.A. Bs. As. 1984.

Grispo, Jorge Daniel. *Teoría y Práctica Societaria*. 1ª edición La Ley. Buenos Aires 2004.

Gregorini Clusellas, Eduardo L. *La protección de las minorías en las Sociedades Anónimas*. 1ra edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1959.

Guastavino, Elías. *Cuestiones sucesorias en las leyes 19.550 y 19.551 de Sociedades y Concursos*. Revista Jurídica La ley Tomo 147, págs 1064 a 1082. La Ley S.A. Buenos Aires 1972.

Halperin, Isaac. *Sociedades Anónimas. Examen crítico del Decreto-Ley 19.550*. 2da edición. Ediciones Depalma. Bs. As. 1978

Halperin, Isaac y Otaegui, Julio C. *Sociedades anónimas*. 2da edición. Depalma Buenos Aires 1998.

Martorell, Ernesto Eduardo. *Sociedades anónimas*. 2da edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1998.

Mascheroni, Fernando H.; Muguillo, Roberto A. *Régimen jurídico del socio*, 2da edición. Astrea. Buenos Aires, 1996.

Mascheroni, Fernando H. *Sociedades Anónimas*. 3ra edición. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1993.

Mascheroni, Fernando. *Manual de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 4ta edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1987

Nissen, Ricardo, *Curso de derecho societario*. 2da ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2006.

Nissen, Ricardo. *Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias*. 2da edición. Ad-Hoc. Buenos Aires: 2006.

Nissen, Ricardo. *Incorporación y exclusión de herederos*, en Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria. 1ra edición. Editorial Ad-Hoc Buenos Aires. 1993, págs 87 a 101.

Nissen, Ricardo. *Las minorías y su derecho de impugnar decisiones asamblearias y acuerdos de directorio inválidos*. Revista Jurídica Argentina La Ley. Tomo 1987-D, Sección Doctrina. Págs 1172 a 1179. La Ley S.A. Bs. As. 1987.

Pennacca, Carlos Martín, *El derecho de recesso*. 1ra edición. Editorial Astrea. Buenos Aires 1978

Racciatti (h) Hernán. *Impugnación de asamblea por vulneración al derecho de información de un accionista-director*. Revista Jurídica. La Ley tomo 1994-A, Sección Jurisprudencia. Págs 464 a 470. La Ley S.A. Bs. As. 1994.

Simon Hocsman, Heriberto, *Conflictos en la partición sucesoria de paquetes accionarios*. Revista Jurídica Argentina La Ley tomo 1987-C Sección Doctrina págs 924 a 941, La Ley S.A. Bs. As. 1987.

Sosa de Irigoyen, Maria. "Situación de los herederos de los socios o accionistas en las relaciones societarias", en *Conflictos en S.A. cerradas y de familia*, 1ra edición. Ad-Hoc. Buenos Aires 2004.págs 127 a 154.

Ton, Walter. *Se debe regular la desvinculación del socio minoritario de la sociedad cerrada*, en *Conflictos en sociedades cerradas y de familia*, Ad hoc Bs. As. 2004. págs 115 a 126.

Vázquez Lepinette, Tomás. *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*. Civitas. 1ra edición. Editorial Arazandi S.A. Pamplona España 2007.

Verón Alberto V. y Zunino Jorge O. *Reformas al régimen de sociedades comerciales*. 1ra edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1984.

Verón, Alberto Víctor. *Sociedades anónimas de familia*. 1ra edición. Editorial ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1979.

Verón, Alberto Víctor. *Tratado de los Conflictos Societarios*. 1ª edición La Ley S.A. Buenos Aires 2006.

Villegas, Carlos Gilberto. *Derecho de las sociedades comerciales*. 9na edición. Buenos Aires. Abeledo Perrot.2001.

Vítolo, Daniel. *Las sociedades cerradas y de familia. Derecho de recesso, valor de la participación e inscripción*, en *Conflictos en sociedades cerradas y de familia*, 1ra edición Ad-Hoc. Buenos Aires 2004, págs 91 a 113.

Williams, Jorge N. *La impugnación de decisiones asamblearias nulas y el art 251 de la ley 19.550*. Revista Jurídica Argentina La ley. Tomo 1983-C, Sección Doctrina. Editorial La Ley S.A. Bs. As. 1983. Págs1047-1051.

Zaldívar, Enrique, Manóvil, Rafael; Ragazzi, Guillermo; Rovira, Alfredo. *Cuadernos de derecho societario*. 3ra edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.

Zaldívar, Enrique, Manóvil, Rafael; Ragazzi, Guillermo; Rovira, Alfredo. *Cuadernos de derecho societario*. Tomo III, Vol IV. 1ra edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.

Jurisprudencia

Cámara Nacional de Comercio Sala D Mayo 8 de 1992. “Tacchi, Carlos c/Peters Hnos.”. Revista Jurídica La Ley, 1994-A, págs 380 a 404. La Ley S.A. Buenos Aires 1994/Sección Jurisprudencia.

Cámara Nac. Com. Sala A, diciembre 21-1983. “Saunier, Roberto V. y otra c/ La casa de las Juntas S.A.” Revista Jurídica La Ley, 1984-D. págs 216 a 222. La Ley S.A. Bs. As. 1984/Sección Jurisprudencia.

Cám. Nac. Com., Sala C, Marzo 11-1993. “Fridman, Gerardo c/Pulmonía Argentina S.A. Revista Jurídica La Ley 1994 A -464 a 470. La Ley Bs. As. 1994/Sección Jurisprudencia.

Cám. Nac. Com., Sala B, setiembre 11-1997. “Noel, Carlos y otros c/Noel y Cía. S.A.” Revista Jurídica La Ley T 1998- E. págs 694 a 701. La Ley Bs. As. 1998/Sección Jurisprudencia.

Cám. Nac. Apelaciones en lo Comercial, Sala A “Rimieri de Gulisano, Elena y otros c/ Jorge González y Cía. S.R.L. 29/12/2008. Publicado en La ley Online.

Cámara Nacional de apelaciones en lo Comercial, Sala B. El Chañar S.A. 27/10/1993, publicado en La Ley 1994-D, 275- DJ 1994-2, 888.