

Suspensión de los derechos del accionista por
(*grave*) incumplimiento a sus obligaciones
societarias: el caso *Bingo Caballito*.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director

Suspensión de los derechos del accionista por (grave) incumplimiento a sus obligaciones societarias: el caso *Bingo Caballito*.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

SUMARIO: I. - Abstract. – II. Opinión de la sala. – III. Nuestra opinión: 1) Suspensión de los derechos del accionista. La posible exclusión. - 2) Exclusión por “grave” incumplimiento a las obligaciones sociales. - 3) Mora en la integración del capital como un grave incumplimiento. - 4) SRL vs SA. Paradojas del mercado. - 5) Necesidad de reinterpretar el artículo 91 LSC por imperativo de mercado. *a) El mercado manda: hacia el modelo de los intangibles.* - 6) Las obligaciones negativas y la exclusión del accionista en la sociedad de capital: *a) Obligación de no competencia. b) El artículo 131 LSC de la colectiva aplicado al tipo SA.-* 7) La no exclusión del accionista y el derecho inalienable a preservar el status de socio es hoy un mito. - 8) La posición de socio no es un derecho inalienable y menos absoluto. - 9) El modelo de exclusión del decreto 677/01 frente al grave incumplimiento y su aplicación a las sociedades de capital concentrado: *a) El pacto comisorio como fórmula de exclusión. b) Declaración unilateral de voluntad de adquisición por incumplimiento contractual.* - 10) Conclusión.

I. Abstract.

Se trata de una medida cautelar de “suspensión de derechos” solicitada contra uno de los accionistas de la sociedad Bingo Caballito SA (sociedad operadora de bingos) conforme concesión de explotación autorizada por Lotería Nacional.

La cautelar fue solicitada contra el Sr. Isolabella Pascual (accionista) como consecuencia de incumplimientos a ciertas obligaciones asumidas por aquel, entre ellas, negociar y lograr la renovación de la licencia para la explotación de la sala de bingo. A primera vista podríamos concluir que se trataba de una obligación esencial, o si se quiere, de un *grave incumplimiento contractual*: la no renovación de la licencia implicaría la caída de la explotación del negocio y por ende la liquidación de la sociedad Bingo Caballito SA.

Para promover la cautelar suponemos que la sociedad inició en forma oportuna la demanda de exclusión, conforme lo ordena el artículo 91 LSC.

Al momento de requerirse esta medida preventiva se habían promovido reclamos judiciales recíprocos entre la sociedad y el accionista. En este enredo judicial las partes se encontraban debatiendo precisamente, la reciproca culpa contractual por incumplimientos a ciertas obligaciones. A la fecha de la cautelar no se sabía, a ciencia y verdad, quién era el culpable.

El juez de primera instancia negó la cautelar. Desconocemos los fundamentos.

En la alzada el tribunal confirmó la sentencia *a quo*. Los fundamentos del tribunal *ad quem* resultan sumamente interesantes y llamativos. Son la causa de esta nota. La alzada admitiría, entre líneas, la exclusión del accionista por *grave incumplimiento* a sus obligaciones sociales y en consecuencia la suspensión de los derechos políticos y económicos de un miembro integrante del tipo social capitalista. Este es, sin duda, el aspecto controvertido del veredicto y que merece, en mi opinión, ser atendido con sumo sigilo. De acuerdo con nuestro sistema legal la acción judicial de exclusión y suspensión de derechos estaría sólo reservada para ciertos tipos sociales, entre ellos las sociedades de interés con fuerte carácter personalistas, incluida la sociedad de responsabilidad limitada como tipo híbrido capitalista. Es más

podría afirmar que la exclusión está admitida para todos los tipos, menos para la SA. Esto es un dato en sí mismo.

A continuación una síntesis de los principales lineamientos del fallo que quiero compartir con el lector:

II. Opinión de la Sala.

A. Requisitos para que prospere la medida: (i) *Demostración sumaria del derecho reclamado y (ii) peligro en la demora. Respecto de (i): sólo se requiere la apariencia de verdadero y no que se acredite la certeza en la existencia de ese derecho. Respecto de (ii): exige la probabilidad de que la tutela jurídica no pueda realizarse porque a raíz del transcurso del tiempo los efectos del fallo resulten inoperantes.*

B. Suspensión de los derechos políticos del accionista: *Resultaría – en principio – contraria a la regla del artículo 91 LSC. Esta norma autoriza la exclusión del socio de la SRL por justa causa. Esta norma no está prevista para el tipo SA.*

C. Aplicabilidad del artículo 91 LSC al tipo SA: *Aún en la hipótesis de soslayar la imposibilidad de decretar la cautelar en una SA no surge clara la presunta justa causa de exclusión. Ambas partes tienen juicios cruzados donde se reclaman daños como resultado de incumplimientos contractuales.*

D. Razones para negar la medida cautelar: (i) *No se advierte que la suspensión de los derechos políticos del accionista implique subsanar los incumplimientos contractuales de Isolabella frente a Lotería Nacional. La suspensión de los derechos políticos no importaría imponer en modo compulsivo su cumplimiento. (ii) Tampoco se advierte peligro en la demora pues aún cuando Isolabella incumplió con su obligación de solicitar la prórroga del plazo de vigencia de la sociedad, Bingo Caballito SA acreditó que consiguió suscribir un nuevo contrato continuando su actividad como sociedad operadora.*

E. Suspensión de los derechos políticos: *Típica medida cautelar de aseguramiento de bienes tendiente a evitar perjuicios por efectos de la demora propia de los procesos judiciales.*

F. Valoración prudente de la cautelar: *Esta medida debe valorarse con cautela por la trascendencia que implica. De concederse, observo que la marcha de la empresa continua con repercusión en los derechos políticos y económicos del socio cuya exclusión se persigue.*

III. Nuestra opinión.

1. Suspensión de los derechos del accionista. La posible exclusión.

La sala deja entrever que <<en principio>> la medida cautelar no puede progresar en el ámbito de la sociedad de capital por expresa remisión del artículo 91 LSC. El juzgador sostuvo que dentro de las sociedades capitalistas la exclusión sólo prosperaría en el exclusivo ámbito de la limitada pues así lo indica de manera contundente el dispositivo normativo citado; eso sí, y aquí me permito un giro gramatical: <<en principio>>.

El tribunal no parece contundente en su afirmación sino todo lo contrario, muestra una cierta vacilación interpretativa. En opinión de la sala el artículo 91 LSC no estaría excluyendo en forma definitiva al tipo capitalista puro como sería la anónima. Siguiendo esta línea de razonamiento podríamos sacar una primera conclusión preliminar: el accionista propietario de una SA podría ser excluido como consecuencia de *grave incumplimiento* a sus obligaciones. Más adelante me detendré sobre este aspecto.

Convengamos que ciertos párrafos del fallo tienen la virtud de generar la siguiente interpretación amplia: la acción de exclusión es posible en el contexto de la anónima.

Ahora bien a esa exégesis dilatada se le opone la propia constipación de la letra del artículo 91 LSC. Este dispositivo no deja lugar a semejante latitud interpretativa puesto que el tipo capitalista anónimo no se halla dentro del elenco de tipos societario que autorizan expulsar de manera forzosa y unilateral al propietario del capital. Aquella norma dice lo siguiente: *Cualquier socio (...) en las sociedades de responsabilidad limitada y los comanditados de las de en comandita por acciones, puede ser excluido si mediare justa causa. Es nulo el pacto en contrario.* Parece claro que al momento de sancionarse la ley mercantil no fue intención del legislador nacional incorporar al accionista dentro de los posibles excluidos. En la anónima sería inviable promover el juicio de exclusión, y menos aún solicitar en sede judicial la

suspensión de los derechos (políticos y económicos). La sola posibilidad de exclusión del accionista choca de manera frontal contra el tipo societario. Sobre esto volveré más abajo.

La omisión del tipo capitalista dentro del catálogo del artículo 91 tiene íntima y estrecha relación con las obligaciones que el accionista asume en las sociedades de capital. En éstas y, tal como está concebido en nuestra ley mercantil, la única obligación del accionista es la de integrar el capital suscrito y comprometido. No hay otra obligación que le pueda importar a este tipo societario, al legislador, o a la comunidad empresaria. En definitiva la anónima ha sido históricamente definida en forma unánime por la literatura científica nacional y foránea como una *simple reunión de capitales*. El aporte del inversor es lo único que interesa en este tipo social (presuntamente) despersonalizado. Es – en principio - bajo este prisma que debe ser leído e interpretado el controvertido artículo 91 LSC.

Me pregunto: ¿funciona esta lógica dogmática en un entorno empresario caracterizado por sociedades de capital cerradas y personalistas?

Es importante destacar que la cautelar tuvo que ser requerida dentro del marco de un expediente principal: el juicio de exclusión. Sobre esto no podemos abrir juicio de valor pues no conocemos los antecedentes facticiales¹.

Por último no quiero pasar por alto un dato: la cautelar no fue rechazada *in limine* por inaplicabilidad de ley, sino que aquella no prosperó por otro motivo: por orfandad probatoria. El actor no pudo acreditar los extremos necesarios para que prospere una medida de esta naturaleza. No se pudo probar ni la verosimilitud en el derecho, ni el peligro en la demora. Frente a este vacío probatorio el tribunal rechazó la suspensión de la cautelar. Punto y aparte.

Esto último merece ser destacado pues de haberse logrado la probanza de ambos requisitos el tribunal <<en principio>> hubiera admitido la cautelar. Este es el meollo de la cuestión.

2. Exclusión por grave incumplimiento a las obligaciones sociales.

El artículo 91 LSC expresamente ordena que el socio corre el riesgo de ser excluido de la sociedad por *grave incumplimiento* a sus obligaciones societarias; o sea excluido del ente por daño contractual (art. 848.3 c.com). Esto quiere decir por incumplimientos a obligaciones derivadas del contrato social. He dicho párrafos arriba que en el tipo capitalista la única obligación del accionista es la de comprometer al fondo social la totalidad del capital suscrito. El accionista – como propietario del capital - no asume respecto de la sociedad anónima ninguna otra obligación ni de medio, ni de resultado. No asume respecto de aquella ninguna otra obligación de hacer, de dar, o de no hacer que tenga como efecto legal la potencial ruptura forzosa y compulsiva del contrato de suscripción.

En el ámbito de la anónima el accionista (como inversor de capital) sólo es pasible de responder por daño cuando con su obrar causa perjuicios. Ejemplos de esta extralimitación de responsabilidad la encontramos en los artículos 54 y 248 LSC donde el accionista de control puede ser pasible de acción civil. En igual sentido el artículo 254 LSC que admite extender la responsabilidad a los accionistas que votaron favorablemente decisiones asamblearias nulas y dañosas. Pero lejos está el accionista de ser compulsivamente echado del contrato por incumplimiento a sus obligaciones societarias. Esta suerte de rescisión contractual por incumplimiento no está prevista para el tipo capitalista SA.

Un dato importante es el siguiente: aún frente a conductas abusivas y dolosas como puede ser un supuesto de deslealtad (me refiero al voto en interés contrario tanto del artículo 54 (1) y (2) como el del artículo 248 LSC) la sanción se limita a la reparación del daño. Esto quiere decir que el accionista oportunista e infiel que obra en interés contrario al interés social sacando ventaja económica en provecho propio y en directo perjuicio de la sociedad, conserva plenamente su *status socii*; esto quiere decir aún frente al incumplimiento de una obligación esencial de toda relación contractual: la buena fe.

En el ámbito exclusivo de la SA la violación al deber de buena fe - que podríamos elevar al catálogo de *grave incumplimiento* en los términos del artículo 91 LSC - sólo habilitaría el reclamo de daños, más no la resolución del contrato de suscripción. Esto quiere decir que en el ámbito de la anónima no es posible el pacto comisorio tácito ni expreso (art. 216 c.com) entendido éste como la facultad de la parte cumplidora de resolver de forma unilateral el vínculo contractual.

¹ No tengo plena certeza de que la medida cautelar haya sido solicitada en el marco de un juicio de exclusión pues nada dice el fallo al respecto. Mi conclusión surge de la propia letra del artículo 91 LSC que admite la suspensión de los derechos del accionista como consecuencia de un proceso judicial de exclusión. Fuera de este contexto procesal cuesta imaginar una medida cautelar semejante.

El acto de infidelidad más atroz que uno pueda imaginar llevado a cabo por el accionista en el exclusivo ámbito de una anónima no puede derivar en exclusión sino, en reparación. Esta sería la clave elegida por nuestro legislador societario por resolver la infidelidad. Dentro del texto literal del artículo 91 LSC no encuentro luz por donde interpretar que el accionista podría ser <<en principio>> excluido de la sociedad de capital (*sic*).

Lo cierto es que si el accionista no puede ser excluido del contrato plurilateral por actos groseros de infidelidad y donde la *affectio societatis* reviste el carácter de elemento esencial del contrato, menos podrá ser excluido por otros incumplimientos contractuales de menor monta.

En síntesis, el *grave incumplimiento* de obligaciones societarias (sea por dolo o culpa) sólo da derecho a la justa reparación del daño, más no la resolución parcial del contrato por exclusión del accionista. Esta afirmación será puesta en entredicho más abajo.

3. Mora en la integración del capital como un grave incumplimiento.

La única obligación de fuente contractual que importa en el tipo anónimo es la efectiva integración del capital jurídico comprometido. Fuera de esta carga las palabras sobran. El accionista limita su responsabilidad al capital suscrito con el objetivo de participar de las ganancias y soportar las pérdidas. Esto es todo.

Un dato no quiero perder de vista: la mora en el cumplimiento de esta obligación esencial no deriva en exclusión del accionista y nadie puede dudar a esta altura del partido, que la falta de integración del capital suscrito en el plazo comprometido califica como *grave incumplimiento* de tipo contractual. A pesar de este *grosero incumplimiento*, el accionista moroso conserva su *status socii*. El precio que el accionista paga por su conducta morosa consiste en un relativo efecto dilutorio de su participación en el capital social por suspensión de los derechos (políticos y económicos) correspondientes a las acciones en mora. Digo relativo pues no hay pérdida de participación sino suspensión de los derechos añadidos a las acciones no integradas.

Salvo que el estatuto prevea un mecanismo de equilibrio tal como lo autoriza el artículo 193 LSC el efecto de la mora es aquella dilución. Esto quiere decir que si los propietarios del capital omiten incorporar a los estatutos un pacto expreso que agrave el precio del incumplimiento por mora observo con preocupación que el costo de oportunidad del incumplimiento contractual es muy bajo o, cuanto menos relativo. El costo de oportunidad dependerá y será proporcional a la cifra del capital aumentado y a los efectos patrimoniales que dicho aumento tenga respecto de la participación relativa del accionista en el capital jurídico.

La mora en la integración generará un crédito que la sociedad podrá ejecutar dentro del plazo de prescripción de tres años con más daños e intereses compensatorios y punitivos. Este es el precio que el accionista moroso deberá afrontar por *grave incumplimiento* a su obligación societaria. ¿Es una sanción adecuada?

En contraposición al régimen del artículo 192 y 193 LSC observo que el artículo 37 LSC admite la exclusión forzosa, imperativa y unilateral del socio de la SRL por mora en la integración. Esta norma nos remite al 193 cuando se tratar de la mora en la integración de acciones de una anónima. Respecto de los demás tipos societarios nuestro legislador admite y autoriza la máxima sanción: la exclusión.

Para las sociedades anónimas el legislador diseñó un sistema *ad-hoc* consistente en dos procedimientos: (i) la venta en remate público del derecho de preferencia y/o (ii) la caducidad de los derechos. En ambos casos el efecto jurídico es la dilución en la participación relativa en el poder político y económico del accionista moroso. Más allá de esta solución (que debe estar expresamente pactada en los estatutos sociales) la ley societaria admite que la anónima demande el cumplimiento de la obligación de integración ejecutando el saldo deudor.

La mora en la integración en el tipo anónima no implica resolución contractual. Esto significa que la mora sólo afecta a las acciones no integradas quedando a salvo los derechos correspondientes a las acciones efectivamente integradas. Bajo esta fórmula se observa un trato más indulgente para el accionista de la anónima comparado con el resto de los tipos societarios (incluida la SRL). El artículo 37 admite “sin rodeos ni pelos en la lengua” la posibilidad de excluir al socio deudor por *grave incumplimiento*, entre ellos la mora en la integración del capital suscrito. Mientras en los tipos societarios personalistas o de interés la mora se paga con la exclusión, en el tipo capitalista se paga con la dilución. ¿Es esto razonable?

El argumento preferido ensayado por una parte importante de la doctrina local para aceptar este trato diferencial parte, en mi opinión, de una falacia: el derecho de preferencia de la acción morosa posee un mercado secundario interesado en adquirirlo. Mediante la enajenación de estos derechos la sociedad lograría compensar el saldo insoluto que es, en definitiva lo que importa. La sociedad vende estos derechos

y se hace de manera eficiente del capital adeudado. Frente a esta teoría dogmática se nos revela una realidad de mercado que nos sacude y zarandea: las sociedades cerradas con fuerte grado de concentración del capital y por ende con un mercado secundario inexistente. Aquel argumento no resiste el *test* de mercado.

Siendo el aporte de capital la principal obligación en el marco de la anónima llama la atención que el *grave incumplimiento* a esta obligación esencial no guarde equivalencia ni proporción con la sanción de exclusión, bajo el argumento – hoy superado - de que en el tipo capitalista el capital fluye, está atomizado, circula y es anónimo. Falso.

4. SRL vs SA. Paradojas del mercado

Usted podrá retrucar diciendo que si queremos excluir al socio por mora en la integración, el modelo de sociedad debe ser el tipo híbrido de capital y persona; esto es la sociedad de responsabilidad limitada. Frente a esta réplica no queda otro camino que aceptarla sin demasiadas excusas.

Puesto el debate en este terreno el problema dejar de ser fondo para ser un problema de formas. Esto quiere decir que las fuerzas del mercado deberán ajustarse al tipo societario impuesto por el sistema legal en una suerte de dirigismo contractualista. Sin embargo el mercado tira para otro lado y nos indica otra cosa. Basta leer y observar con cuidado la matriz de nuestro mercado de sociedades para advertir que se encuentra plagado por anónimas cerradas (incluidas las familiares) donde la persona del socio, el capital y la administración se concentran en pocas manos y el aporte de capital es un elementos estratégico.

No se trata de mirar para otro lado ignorando lo que el mercado ordena. El tipo sociedad anónima se encuentra instalado culturalmente entre nosotros como el vehículo jurídico preferido por el empresario para la canalizar sus inversiones bajo la franquicia de la limitando de responsabilidad al capital suscrito y con la posibilidad de hacer circular su riqueza sin demasiadas trabas burocráticas.

Trazado el diagnóstico el problema creo que la solución no está en cambiar de traje sino, en cambiar al sastre. Esto es reinterpretar la ley de sociedades de acuerdo con su contexto actual.

5. Necesidad de reinterpretar el artículo 91 LSC por imperativo de mercado.

a) *El mercado manda: hacia el modelo de los intangibles*

Aceptando que nuestro mercado está formado por sociedades de capital personalistas donde el tipo anónimo ha quedado reservado para un pequeño puñado de sociedades cotizadas que podría contarlas con los dedos de una mano (me refiero a las empresas públicas privatizadas) parece imperativo que repensemos el artículo 91 LSC ubicándolo dentro de este contexto. En este sentido el precedente “Bingo Caballito” luce ciertamente prometedor pues la alzada titubeó al momento de dictar veredicto (“... en principio ...”) lo que nos permite abrir el debate y reflexionar sobre la posibilidad de excluir al accionista de la sociedad anónima por *graves incumplimientos* a sus obligaciones societarias; más allá de la mora en la integración del capital. Es intención de estas líneas extender el debate a otras justas causas de exclusión dentro del tipo anónimo.

Es *vox populi* – y nadie puede hacerse el distraído – de que en el modelo de sociedad de capital autóctono la persona del accionista es columna vertebral y piedra angular del contrato plurilateral de organización. No me estoy refiriendo sólo al modelo de empresa de familia, empresa chica o mediana con control de gestión familiar, sino a estructuras societarias mucho más complejas y con patrimonios de envergadura y management profesional que buscan unirse para la explotación y desarrollo de un negocio en común. Estas estructuras sofisticadas integrantes de grupos económicos nacionales o multinacionales eligen el tipo anónimo pues les sienta mejor, cualquiera sea la razón para elegirla.

No hay duda alguna de que en este tipo de emprendimientos la característica personal y profesional del socio (accionista) no es un dato ignorado por los partícipes del contrato sino todo lo contrario, es la razón que motiva a las partes la formación del ente. En estas sociedades de capital la persona del socio es vital y esencial, y hasta podríamos calificarlas de relaciones de capital *intuitio personae*. Ya no nos encontramos frente a una mera unión de capitales (*intuitio rei*) sino que la noción de sociedad anónima actual se ha expandido y mutado. Hoy, es la unión de capitales aportados por socios estratégicos con nombre y apellido, trayectoria y capacidad de gestión.

En el modelo actual se ha pasado de mera unión de capitales a “la unión de los intangibles”. Ha variado el ADN de la anónima donde el accionista como mero contribuyente de capital hoy está en un serio

entredicho. El aporte del socio excede el mero numerario imputado a capital jurídico para trasvasar a otros tipos de aportes incluso más valiosos que el aporte de capital.

b) El modelo de los intangibles impone al accionista cumplir ciertas obligaciones negativas.

Junto con la formación de la anónima como sujeto de derecho o como centro de imputación, los propietarios del capital suelen celebrar ciertos pactos con el propósito de conservar la unión del negocio, evitar conductas oportunistas, permitir la salida pacífica del socio, generar un mercado para las acciones (*Put y Call Options*), evitar transferencias de derechos a terceros no estratégicos (*Right of First Refusal*), fijar pautas de mayorías agravadas para determinadas decisiones sociales (*Super Majorities*), entre otros pactos que hacen al interés social.

Estos acuerdos suelen incorporar además obligaciones negativas a cargo de los accionistas tales como la de no competir, no divulgar información clave y sensible y la de obrar con exclusividad. Estos pactos negativos asumidos por los propietarios del capital pueden incorporarse a los estatutos o mantenerse dentro del exclusivo ámbito de los accionistas. Estas obligaciones negativas tienen por misión proteger los intangibles como aporte esencial y causal del contrato plurilateral.

¿Exclusión del accionista por *grave incumplimiento* a estas obligaciones negativas?

El precedente aquí comentado permite reabrir el debate respecto de la posible exclusión del accionista por *grave incumplimiento* a sus obligaciones contractuales, entre ellas las señaladas más arriba.

Podría alguien argumentar seriamente que el incumplimiento a cualquiera de estas obligaciones negativas no llega al rango de *grave incumplimiento* en los términos del artículo 91 LSC.

Si aceptamos la posible exclusión del accionista por incumplimiento a las obligaciones contractuales, es mi opinión para que la exclusión prospere, que las obligaciones negativas sean asumidas por el socio a nivel de estatuto no pudiendo la sociedad ni los accionistas demandar la exclusión, ni la suspensión de los derechos, frente al incumplimiento de obligaciones personales asumidas a nivel de acuerdo parasocial.

6. Las obligaciones negativas y la exclusión del accionista en la sociedad de capital.

a) Obligación de no competencia.

Un socio no puede realizar por cuenta propia o ajena actos que importen competir con la sociedad, salvo consentimiento expreso y unánime de los consocios. La violación de esta prohibición autoriza la exclusión del socio, la incorporación de los beneficios obtenidos y el resarcimiento de los daños.

Esto que transcribimos en el párrafo precedente es el texto fiel del artículo 133 LSC previsto para la sociedad de interés de tipo colectiva. La violación a la obligación de no competir genera a favor de la sociedad el derecho a excluir al socio infiel y oportunista. El legislador autoriza (en exclusividad) para este tipo social la opción de separar del cajón la manzana podrida.

Una interpretación ciega de este dispositivo podría llevarnos a la conclusión de que la única justa causa de exclusión del socio en la colectiva es la violación al pacto de no competencia. No tengo la menor duda de que semejante interpretación es inocua. Dicha norma alcanza a todo tipo de obligación negativa. Si la norma autoriza la exclusión por incumplir la obligación de no competencia, no encuentro razón fundada para negar igual solución frente a la violación del pacto de confidencialidad y/o exclusividad. Es recomendable tener sobre esta norma una mirada amplia y generosa ya que se encuentra en juego la tutela del interés social por sobre el interés particular del socio infiel. A mi modo de ver las cosas esta sería la razonable interpretación finalista de la norma.

La principal enseñanza que nos deja este dispositivo es que el legislador societario admitió el pacto (tácito) de no competencia en función el tipo. Es en razón de este tipo social que el legislador buscó sancionar al socio infiel. Por lo tanto el ejercicio que debemos realizar para entender de qué estoy hablando es si esta obligación de no competir es sólo una carga impuesta al socio de la colectiva o aquella puede extenderse a otros tipos societarios. Cae de maduro la respuesta negativa.

La obligación de no competir dentro del ámbito de los negocios asociativos es moneda corriente cualquiera sea el tipo social elegido. La diferencia entre la colectiva y el resto de los tipos sociales es que en la primera la tutela es de fuente legal, mientras que en las otras la tutela deberá ser – necesariamente – de fuente contractual. Si queremos que los socios de la SRL o el accionista de la SA no compitan con la sociedad debe estar expresamente pactado (art. 1137 y 1197 c.c..)

El carácter personalista y de ilimitación de responsabilidad propio de la colectiva no es un argumento serio para justificar lo injustificable; esto es, que en las sociedades de capital las obligaciones negativas atentan contra el tipo. Esta afirmación dogmática no resiste el *test* de seriedad que se le debe exigir a todo argumento jurídico que se quiera preciar de convincente.

b) *El artículo 131 LSC de la colectiva aplicado al tipo SA.*

Toda modificación del contrato, incluso la transferencia de las parte de la parte a otro socio, requiere el consentimiento de todos los socios, salvo pacto en contrario. Esto expresa el artículo 131 para la sociedad colectiva. Nadie duda en estos días que idéntico contenido normativo puede tener el estatuto de una SA para la reforma de sus estatutos sociales y para la transferencia de sus acciones. Los modelos abundan por doquier. El artículo 214 LSC permite celebrar este tipo de acuerdos y existen precedentes judiciales que así lo avalan.

Si para el tipo capitalista el artículo 131 opera de modo contractual, por qué negar similar lógica para la exclusión del accionista por *grave incumplimiento a sus obligaciones negativas* tal como lo admite el 133. Todos sabemos que éste tipo de obligaciones con vitales y esenciales dentro del modelo de sociedad anónima personalista de capital concentrado que es, en definitiva el modelo de sociedad propio de nuestro mercado y adecuado al modelo de intangibles.

Vale la pena recordar aquí que existen precedentes judiciales que han avalado la exclusión del heredero por pacto de preferencia insertado en estatutos de sociedades de tipo capitalista y con fundamento en el artículo 154 y 155 LSC. Este sólo argumento sirve para justificarme: si los tribunales han aceptado de manera pacífica el fenómeno de la personalización de la anónima capitalista admitiendo la no incorporación de herederos forzosos por pacto estatutario (art. 1195 c.c.), no hallo razón seria para negar la exclusión del accionista por *grave incumplimiento* a sus obligaciones societarias, entre ellas, el aporte de capital y las obligaciones negativas antes mencionadas².

7. La no exclusión del accionista y el derecho inalienable a preservar el status de socio es hoy un mito.

Es paradójico pero en el modelo de sociedad de capital por excelencia como es la sociedad cotizada con oferta pública nuestro sistema jurídico admite la exclusión forzosa e imperativa del inversor. La Declaración Unilateral de Voluntad de Adquisición es el reconocimiento del derecho que tiene la sociedad emisora para deshacerse “de un plumazo” del accionista minoritario y residual³.

Este mecanismo de exclusión opera como medida de defensa y protección al interés grupal, interés que en nuestro Derecho no se encuentra aún expresamente reconocido. En el ámbito bursátil los accionistas minoritarios poseedores en conjunto de algo menos del 5% del capital social son tachados de *capital residual* y como tal debe ser extirpado de la sociedad para facilitar la salida del régimen de oferta pública (*Going Private Transaction*).

Lo interesante del negocio de exclusión diseñado por el decreto delgado 677/01 es que nos pone de cara a dos contradicciones de magnitud que no podemos pasar por alto. La primera es que mientras en las sociedades anónimas de capital concentrado con fuerte tonalidad *intuitu persona* la exclusión es mirada por la ley de sociedades con fuerte recelo; en las cotizadas que son las que representan el modelo de sociedad *intuitu rei* por excelencia, la exclusión es ley para las partes. Este dato no puede pasar inadvertido a la hora de interpretar la coherencia del sistema legal como un todo orgánico dirigido a regular los mercados. La otra contradicción que observo y quizás la de mayor peso específico, es que mientras en las sociedades cerradas el *grave incumplimiento* no habilitaría la exclusión del accionista infiel, quedando por lo tanto desprotegido el interés social al retener aquel socio infiel su *status socii*; en las sociedades con oferta pública la exclusión queda habilitada como salvoconducto para facilitar la salida del régimen. Mientras en la sociedad cerrada el interés social queda debilitado y absolutamente desamparado por el conflicto de interés que significa mantener en la sociedad un socio deseal, en las sociedades abiertas el interés social

² Respecto de la exclusión por mora en la integración del capital suscrito sugerimos la lectura del precedente “Policía Particular”.

³ El lector interesado puede consultar nuestros trabajos: *OPA obligatoria, OPA voluntaria y Squeeze out: la experiencia argentina post decreto 677. La declaración de Adquisición en la sociedad anónima cotizada bajo control casi total: la "expropiación de acciones" y la "expulsión forzosa" del accionista minoritario: el caso Tenaris-Siderca SA.* VAN THIENEN – DI CHIAZZA. Working Paper CEDEF 2006.

queda blindado y protegido en base a un interés grupal o de conjunto que nuestra ley no ampara. Esta contradicción debe ser revisada cuanto antes.

8. La posición de socio no es un derecho inalienable y menos absoluto.

Nuestra Carta Magna es refractaria a los derechos patrimoniales absolutos. Siendo esto así y siendo la posición de socio un derecho de naturaleza patrimonial (vid., art. 1º LSC) no queda otra que concluir que el derecho del accionista a permanecer vinculado al contrato social es un derecho absolutamente relativo.

La propia ley 19.500 reconoce esta relatividad al disponer la exclusión forzosa e imperativa del accionista por mora en el reintegro de capital frente a una situación de gravedad: déficit patrimonial y estado de disolución por pérdidas. Los artículos 95.4, 96, 192, 193, 235.3, 244 y 245 abonan esta tesis⁴.

La doctrina de que el estado de socio en la anónima opera como una suerte de carta de ciudadanía debe ser puesta en entredicho y fuertemente criticada. La sociedad anónima, como todo contrato plurilateral de organización, es un contrato y como tal, puede ser rescindido por grave incumplimiento derivado de culpa, dolo o mora. La visión institucionalista de la anónima donde el accionista es parte de un ente superior hoy huele a naftalina o se parece más a un traje deshilachado.

9. El modelo de exclusión del decreto 677/01 frente al grave incumplimiento y su aplicación a las sociedades de capital concentrado.

Es evidente que frente al grave incumplimiento de los deberes sociales la sola reparación de los daños y perjuicios no es la solución más eficiente. La sola reparación patrimonial la podemos aceptar en el ámbito de los contratos bilaterales o plurilaterales, pero no en el ámbito de los negocios de organización. En éstos el negocio jurídico excede y supera el mero vínculo contractual o la mera contraprestación ya que estamos en presencia de un centro de imputación y de organización de factores productivos, entre ellos el capital humano, el capital tecnológico y el financiero. Estamos parados ante un sujeto de derecho, una realidad jurídica dinámica y compleja donde la sola reparación del daño por incumplimiento contractual no es, a mi entender, la solución adecuada para la debida protección del interés asociativo.

Todos sabemos que los contratos de organización demandan una actitud de colaboración y cooperación por parte de sus miembros, siendo ésta un dato clave y fuente indiscutible de la *affectio societatis*. Los contratos de organización imponen cultivar esa *affectio* y arbitrar las medidas necesarias para incentivar conductas en esa línea. En definitiva aquella *affectio* no es más ni menos que el obrar con lealtad y buena fe que todo partícipe de un negocio debe respetar.

En este contexto observo que la simple indemnización por daños no es suficiente para encarrilar aquella *affectio*. La solución reparadora queda a mitad de camino pues sólo atiende los aspectos materiales del incumplimiento, el daño, el perjuicio. La reparación busca compensar la pérdida patrimonial. Los artículos 54, 248 y 254 de la ley de sociedades son muestra elocuente de esto que afirmo.

Siendo el contrato social un “*nexus of contracts*” (tal como define la doctrina científica angloamericana en analogía a nuestro centro de imputación), creado para la producción e intercambio de bienes y servicios y con derecho del propietario a limitar su responsabilidad al capital invertido, observo que la solución reparadora está muy lejos de ser integral. El interés social damnificado y la *affectio societatis* perdida exigen una salida más eficaz. Recordemos que estamos parados ante incumplimientos <graves>. Esto significa una causa que exige por la salud del contrato la ruptura del vínculo.

a) El pacto comisorio como fórmula de exclusión.

En el ámbito de los negocios contractuales el incumplimiento da lugar a la rescisión más daños, y para ello el sistema ha creado el pacto comisorio. Nadie está obligado a mantener un vínculo contractual con quien no cumple sus prestaciones. Siendo esto así en el terreno de los contratos (no organizativos civiles y mercantiles) no entiendo por qué negar esta salida en el ámbito del contrato plurilateral de organización de capital, esto es, en la anónima. En definitiva la ley de sociedades habilita esa salida comisorio por justa

⁴ El lector interesado puede consultar *Pérdida del patrimonio: efectos jurídicos, contables y financieros de aumentar, reducir o reintegrar capital (Análisis crítico al caso “Comital Convert”)*. VAN THIENEN – DI CHIAZZA. Working Paper CEDEF 2006.

causa, entre ellas la mora en la integración del capital en los tipos personalistas. Esto es ni más ni menos que la resolución unilateral del contrato por culpa.

La duda es la siguiente: es posible pactar en los estatutos de una anónima una solución análoga. A esta altura de los acontecimientos y en función de lo explicado hasta aquí, me inclino por afirmar que es posible incorporar a los estatutos de la anónima un pacto comisorio que permita la resolución parcial del contrato plurilateral. El modelo de capital concentrado impone y exige una mirada amplia y generosa sobre el artículo 91 LSC que permita tutelar de forma adecuada y eficiente el interés social. Nadie mejor que los propietarios del capital para incorporar a los estatutos cláusulas protectoras del interés social. Son ellos en definitiva los beneficiarios de ese interés

b) Declaración unilateral de voluntad de adquisición por incumplimiento contractual.

El daño en el ámbito de los negocios asociativos exige la ruptura del vínculo más allá de la reparación patrimonial. La resolución por un mecanismo de adquisición forzosa similar a la declaración unilateral del decreto 677/01 es una idea que vale la pena explorar. Sólo tengo una certeza: este mecanismo de adquisición imperativo y forzoso no es un derecho exclusivo de las cotizadas. Mediante la autonomía de configuración contractual los accionistas de una anónima pueden incorporar a sus estatutos sociales un mecanismo que permita expulsar a los socios desleales e infieles que corrompen la *affectio societatis* y ponen en serio peligro el interés social. Abrigo otra certeza: estamos hablando de derechos patrimoniales absolutamente disponibles. No están involucrados elementos configuradores del tipo capitalista, ni el orden público societario, ni la moral, ni las buenas costumbres⁵.

10. Conclusión.

Se que estoy transitando terreno resbaladizo. Soy conciente de que esto que propongo puede generar rechazo. Estas líneas buscan invitar al lector a una reflexión: la real posibilidad de pactar en los estatutos sociales la exclusión del accionista de la anónima por violación a sus obligaciones societarias. Está claro que la propuesta de salida no puede ser otra que de tipo contractual.

⁵ Ver nuestra postura sobre el orden público en el ámbito societario en *Orden público societario ... ¿estás ahí?* Working Paper CEDEF 2007.