

OTOÑO 2007 VOL. 4, Nº 14

REVISTA DE ECONOMÍA Y DERECHO

JULIO H. COLE *Milton Friedman (1912-2006)*

MICHEL CAMDESSUS *Valores humanos y el desafío de la globalización*

DANIEL CÓRDOVA CAYO *Las reformas de mercado y el FMI*

ENRIQUE PASQUEL R. *¿Por qué Google no es peruano?*

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ-ORTIZ *El gobierno corporativo en el Perú*

VÍCTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ *Perfilando el constitucionalismo económico*

DANIEL ECHAIZ MORENO *La exclusión del socio en la sociedad anónima*

GUSTAVO M. RODRÍGUEZ GARCÍA *Publicidad, externalidades y conductas antisociales*

ALFREDO LINDLEY-RUSSO *Propiedad intelectual e industrias culturales*



Sociedad de
Economía y Derecho

IIPEC



LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

DANIEL ECHAIZ MORENO*

La legislación societaria peruana cuenta con una regla general para la exclusión del socio y con reglas específicas para lo mismo en cuanto a diversas formas societarias (sociedad anónima cerrada, sociedad colectiva, sociedad comercial de responsabilidad limitada y sociedad civil), pero no así para la sociedad anónima. En el presente artículo se analiza precisamente la exclusión del socio en la sociedad anónima en diferentes supuestos: por falta de pago de aportes, por incumplimiento de prestaciones accesorias y/o de obligaciones adicionales y por cláusula estatutaria, así como la exclusión del socio gerente y la impugnación del acuerdo de exclusión.

1 ESTADO DE LA CUESTIÓN

La Ley General de Sociedades¹ (en adelante: LGS) regula en su artículo 22, ubicado dentro del Libro Primero, titulado "Reglas aplicables a todas las sociedades", lo siguiente:

Artículo 22. Los aportes.-

"Cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital. Contra el socio moroso la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación mediante el proceso ejecutivo *o excluir a dicho socio por el proceso sumarísimo.*

El aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado, salvo que se estipule que se hace a otro título, en cuyo caso la sociedad adquiere sólo el derecho transferido a su favor por el socio aportante.

El aporte de bienes no dinerarios se reputa efectuado al momento de otorgarse la escritura pública" (las cursivas son nuestras).

Para las formas societarias distintas a la sociedad anónima, la mencionada norma legal cuenta con re-

gulación específica respecto a la exclusión del socio.

Así, para la sociedad anónima cerrada:

Artículo 248. Exclusión de accionistas.-

"El pacto social o el estatuto de la sociedad anónima cerrada pueden establecer causales de exclusión de accionistas. Para la exclusión de accionistas es necesario el acuerdo de la junta general adoptado con el quórum y la mayoría que establezca el estatuto. A falta de norma estatutaria rige lo dispuesto en los artículos 126 y 127 de esta ley.

El acuerdo de exclusión es susceptible de impugnación conforme a las normas que rigen para la impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas" (las cursivas son nuestras).

Para la sociedad colectiva:

Artículo 276. Separación, exclusión o muerte del socio.-

"En el caso de separación o exclusión, el socio continúa siendo responsable ante terceros por las obligaciones sociales contratadas hasta el día que concluye su relación con la sociedad. La exclusión del socio se acuerda

Revista de Economía y Derecho, Vol. 4, N° 14 (Otoño 2007). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Abogado por la Universidad de Lima. Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Curso de Especialización en Mercado de Valores por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev). Curso de Administración Tributaria por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat). Catedrático del Diploma de Postgrado en Derecho de la Empresa de la PUCP. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Página web: www.echaiz.com. Correo electrónico: daniel@echaiz.com.

por la mayoría de ellos, sin considerar el voto del socio cuya exclusión se discute. Dentro de los quince días desde que la exclusión se comunicó al socio excluido, puede éste formular oposición mediante demanda en proceso abreviado.

Si la sociedad sólo tiene dos socios, la exclusión de uno de ellos sólo puede ser resuelta por el juez, mediante proceso abreviado. Si se declara fundada la exclusión se aplica lo dispuesto en la primera parte del artículo 4.

Los herederos de un socio responden por las obligaciones sociales contraídas hasta el día del fallecimiento de su causante. Dicha responsabilidad está limitada a la masa hereditaria del causante” (las cursivas son nuestras).

Para la sociedad comercial de responsabilidad limitada:

Artículo 293. Exclusión y separación de los socios.-

“Puede ser excluido el socio gerente que infrinja las disposiciones del estatuto, cometa actos dolosos contra la sociedad o se dedique por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituye el objeto social. La exclusión del socio se acuerda con el voto favorable de la mayoría de las participaciones sociales, sin considerar las del socio cuya exclusión se discute, debe constar en escritura pública y se inscribe en el Registro.

Dentro de los quince días desde que la exclusión se comunicó al socio excluido, puede éste formular oposición mediante demanda en proceso abreviado.

Si la sociedad sólo tiene dos socios, la exclusión de uno de ellos sólo puede ser resuelta por el juez, mediante demanda en proceso abreviado. Si se declara fundada la exclusión se aplica lo dispuesto en la primera parte del artículo 4.

Todo socio puede separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto” (las cursivas son nuestras).

Y para la sociedad civil:

Artículo 303. Estipulaciones por convenir en el pacto social.-

“El pacto social, en adición a las materias que corresponda conforme a lo previsto en la presente Sección, debe incluir reglas relativas a:

1. La duración de la sociedad, indicando si ha sido formada para un fin específico, plazo determinado o si es de plazo indeterminado;

2. En las sociedades de duración indeterminada, las reglas para el ejercicio del derecho de separación de los socios mediante aviso anticipado;

3. Los otros casos de separación de los socios y aquellos en que procede su exclusión;

4. La responsabilidad del socio que sólo pone su

profesión u oficio en caso de pérdidas cuando éstas son mayores al patrimonio social o si cuenta con exoneración total;

5. La extensión de la obligación del socio que aporta sus servicios de dar a la sociedad las utilidades que haya obtenido en el ejercicio de esas actividades;

6. La administración de la sociedad a establecer a quien corresponde la representación legal de la sociedad y los casos en que el socio administrador requiere poder especial;

7. El ejercicio del derecho de los socios a oponerse a determinadas operaciones antes de que hayan sido concluidas;

8. La forma cómo se ejerce el beneficio de exclusión en la sociedad civil ordinaria;

9. La forma y periodicidad con que los administradores deben rendir cuenta a los socios sobre la marcha social;

10. La forma en que los socios pueden ejercer sus derechos de información sobre la marcha de la sociedad, el estado de la administración y los registros y cuentas de la sociedad; y,

11. Las causales particulares de disolución.

El pacto social podrá incluir también las demás reglas y procedimientos que, a juicio de los socios, sean necesarios o convenientes para la organización y funcionamiento de la sociedad, así como los demás pactos lícitos que deseen establecer, siempre y cuando no colisionen con los aspectos sustantivos de esta forma societaria” (las cursivas son nuestras).

Contar con una regulación legal expresa en torno a la exclusión de socios para las formas societarias distintas a la sociedad anónima y guardar silencio respecto a esta no es una estrategia privativa de la legislación peruana porque también la encontramos, por ejemplo, en Colombia, cuyo Código de Comercio² prescribe para la sociedad colectiva:

Artículo 298. Otras causales de exclusión.-

“Sin perjuicio de las sanciones establecidas en la ley penal, el socio que retire cualquier clase de bienes de la sociedad o que utilice la firma social en negocios ajenos a ella, podrá ser excluido de la compañía, perdiendo a favor de ésta su aporte y debiendo indemnizarla si fuere el caso” (las cursivas son nuestras).

Y para la sociedad de responsabilidad limitada estipula:

Artículo 358. Atribuciones de los socios.-

“La representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y cada uno de los socios; éstos tendrán, además de las atribuciones que señala el artículo 187, las siguientes:

1. Resolver sobre todo lo relativo a la cesión de cuotas, así como a la admisión de nuevos socios;

2. *Decidir sobre el retiro y exclusión de socios;*

3. Exigir de los socios las prestaciones complementarias o accesorias si hubiere lugar;

4. Ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, el representante legal, el revisor fiscal o cualquiera otra persona que hubiere incumplido sus obligaciones u ocasionado daños y perjuicios a la sociedad; y,

5. Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda. La junta de socios podrá delegar la representación y la administración de la sociedad en un gerente, estableciendo de manera clara y precisa sus atribuciones" (las cursivas son nuestras).

En este orden de ideas, tenemos que la legislación societaria peruana cuenta con una regla general para la exclusión del socio (artículo 22) y con reglas específicas para lo mismo en cuanto a diversas formas societarias (artículo 248 para la sociedad anónima cerrada, artículo 276 para la sociedad colectiva, artículo 293 para la sociedad comercial de responsabilidad limitada y artículo 303 inciso 3 para la sociedad civil), pero no así para la sociedad anónima.

2 LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA POR FALTA DE PAGO DE APORTES

Atendiendo al artículo 83 de la LGS, "las acciones se crean en el pacto social o posteriormente por acuerdo de la junta general"; esto último ocurre, por ejemplo, cuando se realiza un aumento del capital social. Las acciones creadas deben ser suscritas, lo que constituye el "principio de integridad" y sirve para que la sociedad cuente con un obligado a efectuar el aporte. Así, las acciones creadas y suscritas serán pagadas para emitirse, a tenor del artículo 84 de la misma LGS. No obstante, se permite la emisión aún cuando las acciones no hayan sido pagadas totalmente pues basta cumplir con el 25% de su valor nominal, en virtud del "principio de desembolso mínimo"³.

Es en esta situación donde se presenta la posibilidad de que el socio incumpla con el pago de aportes, por lo que deviene en socio moroso y contra este, de acuerdo con el artículo 22 de la LGS, la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación o excluir a dicho socio. A partir de la norma aludida nos preguntamos: primero, ¿es un derecho de la sociedad optar por cualquiera de esas dos alternativas?; segundo, ¿podrá la sociedad elegir una alternativa diferente a las legisladas?; y, tercero, de ser posible optar por

una alternativa distinta, ¿requerirá estar prevista en el estatuto social?

En cuanto a lo primero, la frase "la sociedad puede", contenida en el artículo *sub-examine*, nos releva de mayores comentarios (interpretación por método gramatical). Sin duda, se trata de un derecho de la sociedad optar entre la exigencia del cumplimiento del aporte y la exclusión del socio cuando este califica como un socio moroso. Es menester precisar que la norma resulta aplicable a las sociedades sin perjuicio de la forma societaria que hubiesen adoptado porque aquella se encuentra ubicada en el Libro Primero, titulado precisamente "Reglas aplicables a todas las sociedades" (interpretación por método sistemático). Por lo demás, siendo un derecho que la legislación franquea a favor de las sociedades entonces no se requiere su previsión estatutaria como requisito para el correspondiente ejercicio.

Respecto a lo segundo, nada impide que la sociedad pueda actuar de una forma distinta a las previstas en el artículo 22 de la LGS; por ejemplo: exigiendo el cumplimiento fraccionado del aporte según un cronograma de pagos. Téngase en consideración que la exclusión del socio es la medida más radical, en tanto el socio pierde su condición de tal por decisión social, ajena a su voluntad, de forma tal que si la sociedad puede lo más, con mayor razón puede lo menos (integración por método analógico *a fortiori*).

Y, finalmente, concerniente a lo tercero, la alternativa distinta a la exigencia del cumplimiento y la exclusión del socio, previstas en el comentado artículo 22 de la LGS, que sí es posible según lo analizado, no requerirá estar prevista en el estatuto social, pudiendo consistir en un acuerdo adoptado por la junta general de socios, en aplicación del artículo 115 inciso 8 de la LGS, según el cual compete a la junta general resolver en los casos que lo requiera el interés social. Así, la sociedad podría considerar que, en aras de la satisfacción del interés social, es conveniente aceptar el cumplimiento fraccionado del aporte según un cronograma de pagos en vez de actuar judicialmente para exigir el cumplimiento del aporte o excluir al socio.

Todo lo anterior se ratifica a través del artículo 80 de la LGS, aunque al parecer aquí se va más allá, permitiéndose una vía de escape extrajudicial.

Artículo 80. Cobranza de los dividendos pasivos.-

"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, cuando el accionista se encuentre en mora la sociedad puede, según los casos y atendiendo a la naturaleza del aporte no efectuado, demandar judicialmente el cumplimiento de la obligación en el proceso ejecutivo o proceder a la enajenación de las acciones

del socio moroso por cuenta y riesgo de éste. En ambos casos, la sociedad cobra en su beneficio, los gastos, intereses moratorios y los daños y perjuicios causados por la mora.

Cuando haya de procederse a la venta de acciones, la enajenación se verifica por medio de sociedad agente de bolsa y lleva consigo la sustitución del título originario por un duplicado.

Cuando la venta no pudiera efectuarse parcial o totalmente por falta de comprador, las acciones no vendidas son anuladas, con la consiguiente reducción de capital y quedan en beneficio de la sociedad las cantidades percibidas por ella a cuenta de estas acciones, sin perjuicio del resarcimiento por los mayores daños causados a la sociedad” (las cursivas son nuestras).

La norma transcrita establece que la sociedad puede demandar judicialmente el cumplimiento de la obligación o proceder a la enajenación de las acciones del socio moroso. Esto último, sin duda, importa la exclusión como socio del titular de dichas acciones y aquí ya no se refiere el proceso sumarísimo para la exclusión, como sí lo hace el artículo 22 de la LGS. Consideramos que, en realidad, estamos ante dos situaciones que el legislador no ha diferenciado con nitidez: la primera, cuando se enajenan todas las acciones del socio moroso; y, la segunda, cuando se enajenan parte de las acciones de aquel. Esta distinción está implícita en el último párrafo del citado artículo 80 de la LGS, al sostener “cuando la venta no pudiera efectuarse parcial o totalmente por falta de comprador”.

Siendo ello así, cuando la enajenación se refiera a todas las acciones, sí se origina la exclusión del socio porque no puede haber un socio que no sea titular de acciones; en este supuesto, habrá que proceder a la exclusión mediante el proceso sumarísimo y a la enajenación de los títulos según lo dispuesto en los artículos 22 y 80 de la LGS, respectivamente. Empero, cuando la enajenación se refiera solo a parte de las acciones, que sí procedería como una alternativa diferente a las contempladas en la legislación societaria, el socio todavía mantiene su condición de tal, aunque respecto a un menor número de acciones; aquí, entonces, no es aplicable el artículo 22 de la LGS para la exclusión del socio moroso por el proceso sumarísimo, pero sí el artículo 80 de la misma LGS para la enajenación parcial de sus acciones.

Gonzalo Mercado Neumann abona a favor del anterior razonamiento cuando explica:

“Aún en este especial supuesto [el artículo 80 de la LGS] se debe señalar que la amortización de las acciones afectará únicamente a aquellas sobre las cuales

no se ha pagado el importe total, pudiendo darse el caso de que el accionista mantenga su condición de tal si es titular además de acciones totalmente pagadas o que aún no están en situación de mora en el pago de los dividendos pasivos. En ese orden de ideas, *sólo se producirá una auténtica exclusión en el caso de que las acciones que se amorticen sean las únicas de propiedad del accionista*, quedando en poder de la sociedad las cantidades percibidas a cuenta de esas acciones, a título de indemnización de daños y perjuicios”⁴ (las cursivas son nuestras).

La jurisprudencia peruana es firme en señalar que la exclusión del socio procede, por mandato legal, cuando la sociedad así lo decide respecto al socio moroso que tiene esta condición por no haber cumplido con el pago de sus aportes. En este sentido, véase:

“Primero.- Que, de acuerdo a la norma contenida en el artículo 22 de la LGS, cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital, estableciendo dicha norma, además, que la sociedad puede exigir al socio moroso el cumplimiento de la obligación o su exclusión.

Segundo.- Que, la pretensión demandada en el presente caso es la de exclusión de socio, la misma que resulta atendible por cuanto el propio demandado ha señalado en la audiencia, cuya acta obra de fojas 47 y 48, que sólo pagó por concepto de inscripción e instalación de la línea telefónica, es decir, que *dicho demandado no ha cumplido con efectuar la totalidad del aporte convenido*.

Tercero.- Que, la facultad de solicitar judicialmente la exclusión de socio que prevé el artículo 22 de la LGS no se contrapone al presupuesto normativo contenido en el artículo 79 de la citada ley que determina los efectos de la mora que recae en el socio que no ha pagado parte de sus acciones, *siendo potestativo de la sociedad decidir la permanencia o no del socio que ha incumplido el pago de sus aportes*”⁵ (las cursivas son nuestras).

Finalmente, con ánimo ilustrativo, cabe anotar que el Código de Comercio colombiano, más antiguo que nuestra vigente LGS, ya adopta una regulación similar en cuanto a las alternativas de la sociedad frente al socio moroso.

Artículo 125. Incumplimiento en la entrega.-

“Cuando el aporte no se haga en la forma y época convenidas, la sociedad empleará los arbitrios de indemnización estipulados en el contrato.

A falta de estipulación expresa al respecto, la sociedad podrá emplear cualquiera de los siguientes arbitrios o recursos:

1. Excluir de la sociedad al asociado incumplido;
2. Reducir su aporte a la parte del mismo que

haya entregado o esté dispuesto a entregar, pero si esta reducción implica disminución del capital social se aplicará lo dispuesto en el artículo 145; y,

3. Hacer efectiva la entrega o pago del aporte.

En los tres casos anteriores el asociado incumplido pagará a la sociedad intereses moratorios a la tasa que estén cobrando los bancos en operaciones comerciales ordinarias” (las cursivas son nuestras).

3 LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA POR INCUMPLIMIENTO DE PRESTACIONES ACCESORIAS Y/O DE OBLIGACIONES ADICIONALES

Las prestaciones accesorias están reguladas en el artículo 75 de la LGS:

Artículo 75. Prestaciones accesorias.-

“El pacto social puede contener prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas, distintas de sus aportes, determinándose su contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento y pueden ser a favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros. Estas prestaciones no pueden integrar el capital.

Por acuerdo de la junta general pueden crearse también dichas prestaciones accesorias, con el consentimiento del accionista o de los accionistas que deben prestarlas.

Las modificaciones de las prestaciones accesorias y de los derechos que ésta otorguen sólo podrán acordarse por unanimidad, o por acuerdo de la junta general cuando el accionista o accionistas que se obligaron a la prestación manifiesten su conformidad en forma expresa”.

Y las obligaciones adicionales lo están en el artículo 86 de la LGS:

Artículo 86. Obligaciones adicionales al pago de la acción.-

“En el pacto social o en el acuerdo de aumento de capital pueden establecerse que los suscriptores de una parte o de todas las acciones asuman determinadas obligaciones a favor de otros accionistas, de la sociedad o de terceros, adicionales a la de pagar su valor, sea nominal o de colocación. Estas obligaciones adicionales podrán ser dinerarias o no y deberán recaer sobre todas las acciones de la sociedad o sobre todas las acciones de una determinada clase.

Las obligaciones adicionales deben constar en los certificados, anotaciones en cuenta o cualquier otra forma de representación de tales acciones”.

El criterio predominante en la doctrina contemporánea sobre el incumplimiento de las prestaciones accesorias y de las obligaciones adicionales se sintetiza en la siguiente cita de Gonzalo Mercado Neumann:

“Tanto las prestaciones accesorias como las obligaciones adicionales asumidas por el socio pueden ser materia de incumplimiento por causales imputables a éste, en cuyo caso la sociedad —como cualquier lesionado ante un incumplimiento cualquiera— puede activar una serie de mecanismos para sancionarlo. En este campo, la LGS otorga a la autonomía privada amplia discrecionalidad para fijar las sanciones destinadas a remediar los efectos del incumplimiento. Las sanciones más usuales van (de menos a más) desde la imposición de cláusulas penales, compensatorias o moratorias, la venta forzosa de las acciones a la sociedad o a la persona que ésta designe, hasta la exclusión del socio, la sanción más drástica y que produce el efecto de retirar fondos patrimoniales con cargo al capital para amortizar las acciones del incumplido con la consiguiente reducción del capital social”⁶ (las cursivas son nuestras).

La exclusión del socio ante el incumplimiento de las prestaciones accesorias y/o de las obligaciones adicionales procederá, sin problema, tratándose de las formas societarias distintas a la sociedad anónima, en virtud de los artículos 248 para la sociedad anónima cerrada, 276 para la sociedad colectiva, 293 para la sociedad comercial de responsabilidad limitada y 303 inciso 3 para la sociedad civil, mas no sería factible en el caso de la sociedad anónima porque, atendiendo a su naturaleza jurídica, estamos ante una sociedad capitalista donde predomina el *intuitu pecuniae* y que, por lo mismo, gira en torno al capital social, siendo este el concepto que la legislación procura salvaguardar, el cual no se afecta por el incumplimiento de las prestaciones accesorias y/o de las obligaciones adicionales en tanto no lo integran.

4 LA INCORPORACIÓN DE UNA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DE SOCIOS EN EL ESTATUTO DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

En el artículo 55 de la LGS se lee:

Artículo 55. Contenido del estatuto.-

“El estatuto contiene obligatoriamente:

1. La denominación de la sociedad;
2. La descripción del objeto social;
3. El domicilio de la sociedad;
4. El plazo de duración de la sociedad, con indicación de la fecha de inicio de sus actividades;
5. El monto del capital, el número de acciones en que está dividido, el valor nominal de cada una de ellas y el monto pagado por cada acción suscrita;
6. Cuando corresponda, las clases de acciones en que está dividido el capital, el número de acciones de cada clase, las características, derechos especiales

o preferencias que se establezcan a su favor y el régimen de prestaciones accesorias o de obligaciones adicionales;

7. El régimen de los órganos de la sociedad;

8. Los requisitos para acordar el aumento o disminución del capital y para cualquier otra modificación del pacto social o del estatuto;

9. La forma y oportunidad en que debe someterse a la aprobación de los accionistas la gestión social y el resultado de cada ejercicio;

10. Las normas para la distribución de las utilidades; y,

11. El régimen para la disolución y liquidación de la sociedad.

Adicionalmente, el estatuto puede contener:

a. *Los demás pactos lícitos que estimen convenientes para la organización de la sociedad.*

b. Los convenios societarios entre accionistas que los obliguen entre sí y para con la sociedad.

Los convenios a que se refiere el literal b anterior que se celebren, modifiquen o terminen luego de haberse otorgado la escritura pública en que conste el estatuto, se inscriben en el Registro sin necesidad de modificar el estatuto” (las cursivas son nuestras).

El transcrito dispositivo legal contiene una cláusula abierta que posibilita la incorporación en el estatuto social de todo pacto lícito que resulte conveniente para la organización de la sociedad. En principio, entonces, sería factible considerar en una sociedad anónima una cláusula estatutaria con el siguiente texto:

“El accionista, a quien se le encuentre responsabilidad por acto doloso o culposo en perjuicio de la empresa o cuyas actitudes sean contrarias al desarrollo de ésta, de tal manera que se afecten sus intereses sociales, será excluido en forma automática, pasando sus acciones a favor de la misma como indemnización por los daños y perjuicios generados y/o para efectos de cubrir parte del daño ocasionado”⁷.

O también:

“Son causas de exclusión de accionistas: el incumplimiento del pago de obligaciones económicas por aportaciones o cuotas por gastos de administración y otros; atentar contra los intereses de la empresa; aprovechar de su condición de accionistas para negociar con terceros; haber sido privado de sus derechos civiles; grave falta; causar grave daño por escrito o verbalmente; mal uso de los fondos sociales o apropiación ilícita; ausencia prolongada, injustificada e incomunicada; y promover acciones divisionistas”⁸.

Los supuestos contemplados en las anteriores cláusulas estatutarias devienen en demasiado amplios en torno a la exclusión del socio, amparándose en que

el citado artículo 55 inciso a de la LGS tiene un texto abierto y, más aún, en que, de acuerdo con el artículo 2 inciso 24 literal a de la Constitución Política del Estado, nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe, debiendo remarcarse que el estatuto social forma parte del contrato de sociedad, al mismo que como tal le resulta aplicable el artículo 1354 del Código Civil, que bien refuerza la argumentación legal a favor de aquellas cláusulas cuando estipula que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo” (principio de libertad contractual).

De ser así, entonces, solo habría que priorizar la autonomía de la voluntad para incluir las causales de exclusión de socios que se crean convenientes, sin ninguna restricción, prescindiendo por ejemplo de la propia naturaleza jurídica de la sociedad anónima que ya la explicamos como una sociedad capitalista donde prima el *intuitu pecuniae*. No nos parece acertado y, por ello, juzgamos que encontramos una mejor redacción de la norma en el Código de Comercio de Colombia cuando, en su artículo 110 inciso 14, prescribe:

Artículo 110. Contenido de la escritura de constitución.-

“La sociedad comercial⁹ se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

14. Los demás pactos que, *siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad*, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato” (las cursivas son nuestras).

Cuando se indica que los pactos contenidos en el estatuto social deben ser compatibles con la índole de cada tipo de sociedad significa que respetarán la naturaleza jurídica de la forma societaria de que se trate y, en consecuencia, no serían admisibles causales de exclusión en una sociedad anónima que incidan en la propia condición personal del socio y no en su relación con el capital social, como las transcritas: haber sido privado de sus derechos civiles; ausencia prolongada, injustificada e incomunicada de la sociedad; y promoción de acciones divisionistas entre los socios¹⁰.

En cierta manera, la jurisprudencia peruana se ha pronunciado en este sentido cuando sostiene:

“Décimo tercero.- Que, por las razones expuestas, la libertad de pacto que establece el artículo 55 de la LGS no debe llevar a establecer que esta libertad es absoluta; por ello, estamos de acuerdo con aquella doctrina que establece que *los pactos lícitos son aquellos que no sólo no deben violar normas imperativas, sino además que no han de ser contrarios al sistema de*

regulación social impuesto por la LGS¹¹ (las cursivas son nuestras).

La recapitulación de los comentarios aquí vertidos encuentra congruencia: en la sociedad anónima, "solo" cabe la exclusión del socio por falta de pago de sus aportes (artículo 22 de la LGS), mas no por el incumplimiento de sus prestaciones accesorias u obligaciones adicionales, siendo ajena a la naturaleza jurídica de la propia sociedad anónima la incorporación en el estatuto social de causales de exclusión del socio que incidan en su condición personal. Tanto es así que el no realizar aportes para el aumento del capital social tampoco justifica la exclusión del socio, aun cuando ello produzca su dilución, tal como lo entiende el siguiente fallo:

"Séptimo.- Que, consecuentemente, *el no efectuar aportes para el aumento de capital de la sociedad no está consignado en la LGS como causal de exclusión*, por lo que no procede la exclusión por esta causal"¹² (las cursivas son nuestras).

Finalmente, hay que anotar el criterio opuesto a lo sostenido y que bien se sintetiza en el voto en discordia que seguidamente transcribimos en su parte pertinente:

"Sexto.- Que, *dado que no existe norma que prohíba pactar la exclusión de accionistas en la sociedad anónima ordinaria, que la exclusión de accionistas no es una característica esencial de las sociedades anónimas cerradas y que no existe inconveniente en incluir en el estatuto de sociedades anónimas ordinarias disposiciones previstas para las sociedades anónimas cerradas que no contravengan la regulación de la sociedad anónima ordinaria, se concluye que pactar causales de exclusión en las sociedades anónimas ordinarias es lícito*, razones por las que debe revocarse la observación"¹³ (las cursivas son nuestras).

Discrepamos de los tres argumentos contenidos en el anterior pronunciamiento judicial.

Que no exista una norma expresa que prohíba pactar la exclusión del socio en la sociedad anónima no significa que ello esté *per se* permitido porque los límites a la contratación rebasan el texto estricto de las prohibiciones legales, puesto que también hay que considerar el orden público y las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del Código Civil), así como las leyes de carácter imperativo (artículo 1354 del mismo Código Civil) y, claro está, la propia naturaleza de las cosas (lo contrario es un acto *ultra vires* en su máxima expresión).

Por otro lado, que la exclusión del socio no es una característica esencial de las sociedades anónimas cerradas constituye una afirmación tendenciosa que procura restringir la figura de la exclusión del socio

a esa forma societaria, cuando ello no es así porque, según hemos repasado en líneas anteriores, nuestra LGS contiene una regulación expresa para diversas formas societarias: el artículo 248 para la sociedad anónima cerrada, el artículo 276 para la sociedad colectiva, el artículo 293 para la sociedad comercial de responsabilidad limitada y el artículo 303 inciso 3 para la sociedad civil. Por lo tanto, la exclusión del socio no es una característica esencial "solamente" de las sociedades anónimas cerradas, sino de "toda" sociedad de naturaleza cerrada, donde encajan —en nuestro sistema legislativo— la sociedad anónima cerrada, la sociedad colectiva, la sociedad comercial de responsabilidad limitada y la sociedad civil, pero de ningún modo la sociedad anónima, siendo únicamente posible la exclusión del socio en esta cuando se trate de la afectación, en cuanto al aporte del socio, al capital social.

Y sostener que no existe inconveniente para incluir en el estatuto social de sociedades anónimas aquellas disposiciones previstas para las sociedades anónimas cerradas que no contravengan la regulación de aquella implica, igualmente, mucha ligereza en el razonamiento jurídico. Si la sociedad anónima, a diferencia de la sociedad anónima cerrada, carece de una norma legal expresa sobre las causales de exclusión del socio significa que estamos ante un vacío legal que requiere, no de interpretación jurídica, sino de integración jurídica, siendo por ello aplicable bien el método analógico o bien el método principista. El método analógico es el que se ejecuta en el voto en discordia *sub-examine* al pretender que la norma de exclusión del socio en la sociedad anónima cerrada se aplique por analogía a la exclusión del socio en la sociedad anónima, pero esto no es posible porque aquella norma, contenida en el artículo 248 de la LGS, es restrictiva de los derechos del socio y, según dispone el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, la ley que restringe derechos no se aplica por analogía. Hay que acudir más bien al método principista, específicamente al "principio trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales", de manera tal que los socios de una sociedad anónima (donde predomina el *intuitu pecuniae*), al ser diferentes de los socios de una sociedad anónima cerrada (en que prima el *intuitu personae*), merecen un trato distinto respecto a su exclusión de la sociedad.

5 LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO GERENTE EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

El artículo 293 de la LGS contiene una regulación expresa en torno a la exclusión del socio gerente en

la sociedad comercial de responsabilidad limitada, situación que no ocurre para las otras formas societarias. Puntualmente respecto a aquel dispositivo legal se cuestiona si solo se aplica para el socio que además es gerente o si, por el contrario, se aplica para todo socio con especial incidencia si también es gerente. Aquella discusión sirve para preguntarnos si los comentarios que venimos ofreciendo sobre la exclusión del socio en la sociedad anónima se afectarían si el socio se desempeñaría adicionalmente como gerente.

Los administradores societarios deben actuar procurando la satisfacción del interés social. En tal sentido y como señala Francisco Reyes Villamizar comentando las *self-dealing transactions* del Derecho estadounidense:

“Siempre que en la celebración de un negocio jurídico confluyan de modo simultáneo los intereses particulares de los administradores sociales y los de la sociedad puede presagiarse la vulneración del deber de lealtad. En el Derecho norteamericano puede apreciarse que estas modalidades de actos y operaciones constituyen la causal más recurrente de inobservancia del referido deber fiduciario”¹⁴.

Robert Clark enumera las siguientes conductas, ilustrando las operaciones en las que existe conflicto de interés:

“Actos u operaciones realizados entre una sociedad y sus *administradores*; operaciones entre dos compañías, de manera que un individuo se desempeñe como *administrador* de una, a pesar de tener intereses económicos en la otra; operaciones entre sociedades matrices y subordinadas en las que quien se desempeñe como *administrador* de las primeras tenga participaciones de capital en las segundas; y actos u operaciones cumplidos entre sociedades que compartan los mismos *administradores*”¹⁵ (las cursivas son nuestras).

El gerente cumple un rol de administrador de la sociedad, independientemente que tenga o no la condición de socio. El gerente y el socio se equiparan en que su relación con la sociedad es de índole contractual, pero se diferencian en que, mientras el primero celebra con la sociedad un contrato de trabajo, el segundo celebra un contrato de sociedad, por lo que el ámbito de sus derechos, obligaciones, facultades, atribuciones, responsabilidades y demás difiere en uno y otro caso o, mejor aún, no tienen porque confundirse. Así, el gerente que incumple su rol de administrador de la sociedad podrá ser removido, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal, a tenor del artículo 187 de la LGS concordado con los artículos 190 y 196 del mismo tex-

to legal. Y si este gerente es, además, socio de una sociedad anónima, no por ello será *per se* pasible de exclusión, sino tan solo de remoción en tanto infringió el deber de lealtad, ya que dicha exclusión está constreñida únicamente a la falta de pago de sus aportes, de acuerdo con el artículo 22 de la LGS, lo cual recae en su condición de socio y no de gerente.

6 LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DE EXCLUSIÓN DEL SOCIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Nuestro criterio repudia la exclusión del socio en la sociedad anónima, excepto cuando se trata de la falta de pago de aportes. Pero aquí nos preguntamos: ¿qué sucedería si, a pesar de los argumentos expuestos, el socio es excluido?, ¿podría impugnar el acuerdo de la junta general de socios amparándose en alguna de las causales contempladas por la legislación societaria?

El artículo 139 de la LGS, en materia de la sociedad anónima, prescribe:

Artículo 139. Acuerdos impugnables.-

“Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el Código Civil también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe” (las cursivas son nuestras).

De lo anterior tenemos que la impugnación de acuerdos societarios procede tratándose de acuerdos de la junta general de socios: primero, cuyo contenido sea contrario a la LGS; segundo, cuyo contenido se oponga al estatuto social; tercero, cuyo contenido se oponga al pacto social; cuarto, cuyo contenido lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios, los intereses de la sociedad; quinto, que incurran en causal de “anulabilidad” prevista en la ley; y, sexto, que incurran en causal de “anulabilidad” prevista en el Código Civil.

Rescatamos un supuesto que el socio excluido podría utilizar, claro está dependiendo de las circunstancias: que el contenido del acuerdo lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios, los intereses de la sociedad. Esto ocurriría, por ejemplo, si un socio estratégico es excluido porque otros socios —que han celebrado un convenio parasocietario— pretenden el control de la sociedad; aquí el acuerdo de exclusión del socio controlador beneficia a los sindicados (que ahora ejercerán el control) y lesiona el interés social (al haberse perdido al socio estratégico).

Sin embargo, la viabilidad de impugnar judicialmente el acuerdo societario por el cual se excluye al socio encuentra asidero en el ya citado artículo 248 de la LGS, el cual estipula:

Artículo 248. Exclusión de accionistas.-

“El pacto social o el estatuto de la sociedad anónima cerrada pueden establecer causales de exclusión de accionistas. Para la exclusión de accionistas es necesario el acuerdo de la junta general adoptado con el quórum y la mayoría que establezca el estatuto. A falta de norma estatutaria rige lo dispuesto en los artículos 126 y 127 de esta ley.

El acuerdo de exclusión es susceptible de impugnación conforme a las normas que rigen para la impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas” (las cursivas son nuestras).


Este dispositivo de la sociedad anónima cerrada ahora sí es aplicable a la sociedad anónima, para conseguir la integración jurídica, mediante el método analógico porque no se trata de una norma restrictiva de derechos (del socio), sino por el contrario de una norma que posibilita el ejercicio de un derecho (la impugnación del acuerdo adoptado por la junta general de socios).

Para concluir, resulta pertinente sobre el particular el comentario de Enrique Elías Laroza en los siguientes términos, el cual hacemos nuestro:

“Consideramos que el derecho de impugnación del accionista es un derecho subjetivo propio del accionista en su calidad de tal y no vinculado a la protección de otros accionistas, la sociedad o terceros. Este derecho se vincula con los derechos políticos del accionista: así como tiene derecho a participar en la formación de la voluntad de la sociedad mediante la emisión del voto, también tiene derecho a velar porque dichas decisiones se ajusten a lo previsto en la ley y el pacto social y no lesionen los intereses de la sociedad en beneficio exclusivo de algunos socios”¹⁶.

NOTAS

- 1 Ley General de Sociedades, Ley 26887.
- 2 Código de Comercio, Decreto 410.
- 3 Distinta es la previsión legal del citado Código de Comercio colombiano, puesto que, según el primer párrafo del artículo 376, “al constituirse la sociedad deberá suscribirse no menos del 50% del capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción de capital que se suscriba”. Lo anterior se complementa con el primer párrafo *ab-initio* del artículo 400, que señala: “Mientras el valor de las acciones no esté cubierto íntegramente, sólo se expedirán certificados provisionales a los suscriptores”. Y este mismo artículo subraya en su segundo párrafo: “Pagadas totalmente las acciones se cambiarán los certificados provisionales por títulos definitivos”.
- 4 Mercado Neumann, Gonzalo. “La exclusión de accionistas ante el incumplimiento de las prestaciones accesorias y las obligaciones adicionales”. En: *Revista Ius et Praxis*. Lima, Universidad de Lima, enero-diciembre de 2002, nro. 33, p. 127.
- 5 Expediente 25316-1998, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, Resolución s/n de 24 de marzo de 1999.
- 6 Mercado Neumann, Gonzalo. “La exclusión de accionistas ante el incumplimiento de las prestaciones accesorias y las obligaciones adicionales”, obra citada, pp. 125-126.
- 7 Este es el contenido del artículo 20 del estatuto social de Empresa Molinera Tocache S. A., que fue materia de una acción de amparo. Expediente 123-2001-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2001.
- 8 Este es el contenido del artículo 11 del estatuto social de Empresa de Transportes El Nazareno S. A., que fue materia de un procedimiento administrativo en sede registral. Resolución 120-2000-ORLC/TR de 25 de abril de 2000.
- 9 La expresión “sociedad comercial” alude a la sociedad en general, que comprende la sociedad colectiva, la sociedad en comandita, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, la sociedad de economía mixta, la sociedad extranjera y la sociedad mercantil de hecho.
- 10 En el Perú hay un intento, aunque circunscrito a la sociedad civil, cuando en el artículo 303 *in fine* de la LGS se indica que, en el pacto social, podrán incluirse los demás pactos lícitos que los socios deseen establecer, “siempre y cuando no colisionen con los aspectos sustantivos de esta forma societaria”.
- 11 Resolución 120-2000-ORLC/TR de 25 de abril de 2000.
- 12 Resolución 187-1999-ORLC/TR de 27 de julio de 1999.
- 13 Resolución 120-2000-ORLC/TR de 25 de abril de 2000,

- 
- 14 Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario en los Estados Unidos*. Bogotá, Editorial Legis, 2005, segunda edición, p. 174.
- 15 Clark, Robert. *Corporate Law*. Boston, Little Brown and Company, 1986, p. 159.
- 16 Elías Larosa, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Trujillo, Editora Normas Legales, 2001, p. 306.