

DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA

Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial

Nº 130 JULIO 2009 AÑO 15

La liberación de Rómulo León Alegría: entregarse a las autoridades enervó el peligro procesal según Corte Superior

No puede desistirse del hábeas corpus el tercero que interpuso la demanda

Arrebató sorpresivo y furtivo de un bien es hurto y no robo. Nuevo criterio de la Sala Penal Suprema

No se necesita accionar accesión para que dueño de terreno se apropie de las edificaciones precarias (de adobe) invasoras

Señalan que son bienes sociales las acciones entregadas al trabajador

Son válidas las transferencias de participaciones no contenidas en escrituras públicas

Reconocimiento de hijo no puede cuestionarse en proceso de petición de herencia

No precisar la modalidad delictiva en la imputación no siempre vulnera el derecho de defensa del imputado. Nuevo criterio del TC

Fallo vinculante registral: otorgamiento notarial de títulos supletorios procede solo sobre predios no inscritos

Seguro médico contratado en su favor es renta de quinta categoría del gerente

Nulidad de oficio del silencio administrativo positivo es una barrera burocrática ilegal

Especial

**ANÁLISIS DE LOS ÚLTIMOS
PLENOS JURISDICCIONALES
PENALES**

ISSN 1812-9587



9 771812 958001 >

UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO EMPRESARIAL

GACETA
JURIDICA

JURISPRUDENCIA COMERCIAL



ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

La exclusión del socio en la sociedad comercial de responsabilidad limitada

161

ENTRE CORCHETES COMENTARIOS Y ANOTACIONES

No importa la razón: aerolíneas responden por cualquier daño que sufra la carga durante el vuelo

166

Es válida la transferencia de participaciones no contenida en escritura pública. Según el Tribunal Registral

171

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

Fusión de sociedades

176

Análisis y crítica jurisprudencial

LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO EN LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Daniel ECHAIZ MORENO^(*)

TEMA RELEVANTE

El precedente sobre exclusión de socios en la SRL aprobado por el Pleno Tribunal Registral entorpece innecesariamente la marcha societaria al exigir la convocatoria del socio que se pretende excluir, supuestamente por asegurar su derecho fundamental de defensa, cuando en realidad este ya se encuentra asegurado hace más de 11 años en el texto de la Ley General de Sociedades.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante la Resolución del Presidente del Tribunal Registral N° 099-2009-SUNARP/PT, de fecha 1 de junio del 2009, se dispuso la publicación del precedente registral de observancia obligatoria, aprobado en la sesión del Cuadragésimo Octavo Pleno del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp), realizado el 21 de mayo del 2009, según el cual “el socio de la

sociedad comercial de responsabilidad limitada cuya exclusión se pretende debe ser convocado a la junta general en la que se debatirá su exclusión”, agregando que “para el cómputo de la mayoría en el acuerdo de exclusión del socio de una sociedad comercial de responsabilidad limitada no se tendrá en cuenta las participaciones del referido socio”, criterio sustentado en la Resolución N° 710-2009-SUNARP-TR-L de fecha 22 de mayo del 2009⁽¹⁾.

(*) Abogado *summa cum laude* por la Universidad de Lima. Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Curso de Administración Tributaria (CAT) por el Instituto de Administración Tributaria (IAT) de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat). Curso de Especialización en Mercado de Valores por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev). Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Academia Diplomática del Perú (ADP). Socio del Estudio Jurídico Echaiz. Miembro colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil (IPDM). Miembro honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa. Miembro del *staff* de árbitros del Tribunal Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CAL) y del Centro de Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS).

(1) El texto completo de la resolución fue publicado en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 129.

El referido precedente registral de observancia obligatoria versa sobre una cuestión altamente controvertida en sede societaria: la exclusión del socio; empero, lo hace específicamente en materia de sociedad comercial de responsabilidad limitada y, además, restringiéndose a dos asuntos puntuales: la convocatoria a la junta de socios y el cómputo de la mayoría para la adopción del acuerdo societario. En las siguientes líneas comentaremos el mencionado precedente registral de observancia obligatoria, partiendo de algunas referencias generales respecto al alejamiento del socio, que nos permitan comprender fundamentalmente la legislación y la jurisprudencia atinentes al tema *sub examine*.

II. EL ALEJAMIENTO DEL SOCIO

La exclusión del socio entraña per se una situación conflictiva porque implica que el socio se aleja de la sociedad sin importar su voluntad, de modo forzoso, siendo pues lo más común que sea contra su voluntad. En el otro extremo está el ejercicio del derecho de separación cuando el socio se aleja de la sociedad sin importar la voluntad de esta. Y entre ambos se encuentra la transferencia íntegra del paquete accionario que también supone el alejamiento del socio pero que se sustenta en la voluntad de este de realizar tal operación y, de ser el caso, en el respeto de las normas de admisión de un nuevo socio, incluidas en el estatuto social, en un convenio parasocietario o en la regulación del derecho de adquisición preferente.

Para los supuestos extremos, estos son la exclusión y la separación del socio, la Ley General de Sociedades⁽²⁾ ofrece una regulación específica, a efectos de que no queden sujetos al libre arbitrio de los involucrados, pues en el caso de la exclusión la sociedad estaría tentada a abusar de su poder contra el socio que resultase incómodo o el socio podría cuestionar cualquier acuerdo de la junta de socios que pretenda excluirlo, mientras que en el caso de la separación el socio pretendería alejarse cada vez que se adopte un acuerdo societario del cual discrepa o la sociedad se resistiría a que dicho socio se marche, imponiéndole los acuerdos de la mayoría aun cuando cambien sustancialmente la esencia del negocio societario.

“ La exclusión del socio entraña per se una situación conflictiva porque implica que el socio se aleja de la sociedad sin importar su voluntad, de modo forzoso, siendo pues lo más común que sea contra su voluntad. ”

Precisamente por lo anterior, la norma societaria contempla diversos dispositivos para la exclusión del socio, tales como los artículos 22 (para toda forma societaria), 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), estipulando, por ejemplo, que “puede ser excluido el socio gerente [de la sociedad comercial de responsabilidad limitada] que infrinja las disposiciones del estatuto [social], cometa actos dolosos contra la sociedad o se dedique por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituye el objeto social”.

Por su parte, en el artículo 200 regula el derecho de separación del socio cuando se adopten acuerdos societarios atinentes al cambio del objeto social, el traslado del domicilio social al extranjero o la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones, entre

otras, sin perjuicio de otros dispositivos como el propio artículo 293 que, referido a la exclusión del socio en la sociedad comercial de responsabilidad limitada, también se pronuncia en su último párrafo en torno de la separación del socio en dicha forma societaria.

Anteriormente nos hemos pronunciado sobre la exclusión del socio en la sociedad anónima por ser especialmente problemática, ya que se discute si en dicha forma societaria siempre es posible tal exclusión o si solo se restringe a determinados supuestos como el incumplimiento del aporte⁽³⁾. En esta ocasión abordaremos la exclusión del socio en la sociedad comercial de responsabilidad limitada, sabiendo que las formas societarias distintas a la sociedad anónima también abrigan cuestionamientos respecto a la regulación legal de la figura de la exclusión del socio, como sucede, por ejemplo, en materia de sociedad anónima cerrada cuando prescribe, en su artículo 248, que “el pacto social o el estatuto [social] (...) puede establecer causales de exclusión de accionistas”, preguntándonos entonces si no hay límites a tal facultad, o cuando la misma norma señala que “para la exclusión es necesario el acuerdo de la junta general adoptado con el quórum y la mayoría que establezca el estatuto [social]”, preguntándonos aquí si mantiene su derecho de voto el socio a quien se pretende excluir.

(2) Perú: Ley General de Sociedades, aprobada mediante Ley N° 26887.

(3) Cfr. el análisis actualizado en: ECHAIZ MORENO, Daniel. *Derecho Societario. Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios*. Gaceta Jurídica, Lima, junio del 2009, pp. 53 a 73.

III. LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO EN LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, SEGÚN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

El artículo 293 de la Ley General de Sociedades aborda la exclusión del socio en la sociedad comercial de responsabilidad limitada, en los siguientes términos:

“Artículo 293.- Exclusión y separación de los socios

Puede ser excluido el socio gerente que infrinja las disposiciones del estatuto [social], 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 [de Personas Jurídicas].

Dentro de los 15 días desde que la exclusión se comunicó al socio excluido, puede este formular oposición mediante demanda en proceso abreviado.

Si la sociedad solo tiene dos socios, la exclusión de uno de ellos solo 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”.

a) Alcance de la norma

De la lectura del dispositivo transcrito debemos asentar primeramente su alcance. Inicialmente se refiere al socio gerente, pero eso no impide que también resulte aplicable al socio que no es gerente⁽⁴⁾. Nos explicamos. En una misma persona pueden recaer dos títulos: socio y gerente, no siendo indispensable ser socio para ser gerente ni viceversa. El castigo para el socio que incumple su rol es la exclusión, mientras que para el gerente que hace lo propio es la remoción, de modo tal que un socio gerente puede ser excluido (como socio), pero mantenerse como gerente o

puede ser removido (como gerente) y mantenerse como socio. Por lo tanto, cuando en el citado artículo 293 se consignan causales de exclusión del socio gerente se le está enfocando en su faceta de socio, pero eso no impide que además sea removido por el incumplimiento de sus deberes funcionales como gerente y tampoco se restringe a que el socio sea a la vez gerente. En realidad, desde una perspectiva de técnica legislativa, no debió mencionarse “el socio gerente” sino simplemente “el socio”, pero la primera causal (infracción de las disposiciones del estatuto social) debió contemplarse para la remoción del gerente porque no es aplicable al socio (¿acaso implica que un socio sea excluido por el acuerdo que adopte en junta de socios?).

Como hemos explicado anteriormente⁽⁵⁾, 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”⁽⁶⁾.

Por su parte, 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”⁽⁷⁾.

El gerente cumple un rol de administrador de la sociedad, independientemente de que tenga o no la condición de socio. El gerente y el socio se equiparan en que su relación

(4) En la Resolución N° 187-1999-ORLC/TR de fecha 27 de julio de 1999 se lee: “(...) la Ley General de Sociedades regula, entre otras materias, los derechos de los socios, estableciendo en el artículo 293 las causales de la exclusión, las cuales determinan la pérdida de la calidad de socio, siendo un derecho fundamental del socio el permanecer como tal, implicando que solo podrá ser excluido por las causales señaladas en la ley o en el estatuto (...)”. Puede observarse que la citada resolución registral no se restringe al socio gerente sino que alude al socio en general.

(5) ECHAIZ MORENO, Daniel. “La exclusión del socio en la sociedad anónima”. En: *Revista de Derecho de la Empresa*. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez y Editorial Legis Chile, julio-setiembre de 2006, N° 7, pp. 87 a 106. Del mismo autor y con igual título en: *Revista Economía y Derecho*. Lima, Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Volumen 4, N° 14, pp. 75 a 84.

(6) REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario en los Estados Unidos*. Segunda edición, Editorial Legis, Bogotá, 2005, p. 174.

(7) CLARK, Robert. *Corporate Law*. Little Brown and Company, Boston, 1986, p. 159.

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 por qué confundirse.

Incluso hay que precisar, respecto a los alcances del artículo 293 de la Ley General de Sociedades, que las causas para la exclusión del socio no se limitan a las que ahí se mencionan, pudiéndose agregar la infracción de las disposiciones legales imperativas (que sería más pertinente que lo actualmente consagrado, esto es la infracción de las disposiciones estatutarias) y la lesión del interés social, a la usanza del artículo 139 de la norma societaria. Asimismo, cabría precisar que dedicarse al mismo género de negocios que constituye el objeto social no siempre es contraproducente, ya que podría tratarse de un caso que involucre sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, tal como de algún modo lo tolera el artículo 180 de la Ley General de Sociedades cuando en primer párrafo *in fine* prescribe que el director tendrá conflicto de intereses si es que no cuenta con el asentimiento expreso de la sociedad, lo que a contrario sensu significa que cabe dicho asentimiento expreso.

b) Adopción del acuerdo

El dispositivo jurídico *sub examine* se pronuncia respecto al cómputo para la adopción del acuerdo pero no para la celebración de la junta de socios. En efecto, sostiene que "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". Significa lo anterior que, al momento de adoptarse el acuerdo de exclusión del socio, se computan todas las participaciones sociales presentes en la junta de socios, excepto las que pertenecen al socio cuya exclusión se pretende.

La redacción es oscura porque ciertamente no se pronuncia de manera expresa en torno del cómputo para la celebración de la junta de socios, de ahí que surja la controversia en el sentido de si el socio cuya exclusión se pretende tiene derecho a ser convocado o no a la referida junta de socios. Si bien aceptamos que el texto de la norma societaria no es nítido, ello no conlleva a que deba aceptarse el criterio según el cual el mencionado socio tenga que ser convocado a la junta de socios. La razón de ser de tal afirmación reposa en la propia Ley General de Sociedades cuando en el tercer párrafo del mismo artículo 293 estipula que "si la sociedad solo tiene dos socios, la exclusión de uno de ellos solo puede ser resuelta por el juez, mediante demanda en proceso abreviado".

Analizando el dispositivo jurídico transcrito observamos que el legislador adopta dicha fórmula porque si una sociedad solamente tiene dos socios y pretende excluir a uno de ellos, precisamente como el socio que candidatea a ser excluido no será convocado, quedaría entonces un solo socio que no puede formar válida y lógicamente una junta de socios, ya que esta requiere pluralidad en su conformación, por su propia naturaleza. Si ya se sabe que en la junta de socios solo habrá un socio convocado no puede hablarse de junta de socios; distinto es el caso en que, convocada una junta de socios, solo asista un socio, tal como lo prevé el artículo 125 del texto societario al indicar que "en todo caso podrá llevarse a cabo la junta aun cuando las acciones representadas en ella pertenezcan a un solo titular".

En ese orden de ideas, apreciamos que la previsión del examinado tercer párrafo del artículo 293 de la Ley General de Sociedades obedece a que, a priori, el legislador sabe que en tal supuesto solo habría un socio que no podría reunirse en junta de socios. Quizás alguien piense que la razón es otra: se procura evitar el entrapamiento que produciría una junta de socios con dos socios en la que se pretende excluir a uno de ellos porque los votos serían obviamente contrarios (uno a favor de la exclusión y el otro en contra de ella), pero eso no tiene asidero porque la adopción de acuerdos no es en razón de los socios, sino de las participaciones sociales. De forma que no se quiere evitar un posible entrapamiento, sino más bien un probable abuso, por lo que se opta por la vía judicial.

Por otro lado, téngase en consideración que la adopción del acuerdo de exclusión del socio debe constar en escritura pública y es un acto inscribible en el registro. Con lo anterior se persigue la publicidad de dicho acuerdo, del cual en principio no tendría conocimiento el socio excluido y, precisamente, para darle mayor efectividad, la propia Ley General de Sociedades ordena que la sociedad comunique al socio excluido la adopción del acuerdo societario en ese sentido. No tendría razón de ser que le comunique cuando el socio fue convocado a la junta de socios y tuvo la oportunidad de concurrir a ella y menos aún tendría sentido que se le comunique cuando el referido acto societario goza de publicidad registral; no obstante, en cautela máxima de los derechos del socio excluido, el legislador ha impuesto tal obligación a la sociedad, que entendemos deberá ejecutarla el gerente general, inmediatamente después de celebrada la junta de socios en que se adoptó el acuerdo, pues la norma societaria no señala un plazo sobre el particular.

c) Derecho de defensa del socio excluido

El socio excluido no ve afectado su derecho de defensa porque la Ley General de Sociedades contempla en su

artículo 293 que “dentro de los 15 días desde que la exclusión se comunicó al socio excluido, puede este formular oposición mediante demanda en proceso abreviado”. Tenemos entonces que el hecho de no convocar al socio cuya exclusión se pretende a la respectiva junta de socios no imposibilita su derecho de defensa. El socio no solo defiende sus derechos en la junta mediante su voto, sino también a través de los mecanismos que la legislación le franquea, como sucede en este caso, porque de no ser así entonces el socio titular de acciones sin derecho a voto estaría desprotegido, a merced de los restantes socios que sí tienen tal derecho; ello no es así, según dispone el artículo 140 de la norma societaria, que regula la impugnación de los acuerdos societarios por los titulares de acciones sin derecho a voto.

Sin embargo, discrepamos que el artículo examinado establezca que el socio excluido tiene “derecho de oposición” cuando en realidad debió decir “derecho de impugnación”, a efectos de mantener una adecuada técnica legislativa en sede societaria, no confundiendo el derecho de impugnación (para los socios, en su versión de acuerdos impugnables, del artículo 140; y los acreedores –en su versión de nulidad–, del artículo 150, segundo párrafo), el derecho de separación (solo para los socios, de acuerdo al artículo 200) y el derecho de oposición (solo para los acreedores, por ejemplo, en el artículo 219).

Podría creerse que no se trata de un derecho de impugnación porque tal derecho está reservado al socio, a tenor de lo legislado en el artículo 144 de la Ley General de Sociedades. “El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición de tal durante el proceso (...)”. Discrepamos de tal razonamiento porque no hay que confundir que el derecho de impugnación regulado por nuestra norma societaria presenta dos facetas: los acuerdos impugnables y la nulidad de acuerdos, estipulados en los artículos 139 y 150, respectivamente. Ambas figuras son impugnaciones, tanto así que el artículo 151 ordena que el juez no admita a trámite otras impugnaciones que no sean las mencionadas en los artículos anteriormente señalados.

Entonces, por ubicación sistemática, el artículo 144 se refiere solo a los acuerdos impugnables pero no por ello

hay que aplicarlo inmediatamente al socio excluido que impugna, ya que este podría accionar vía la figura de los acuerdos impugnables o vía la figura de la nulidad de acuerdos, según corresponda. Por lo demás, la restricción del citado artículo 144 obedece a la transferencia voluntaria de las acciones, como se lee en su segundo párrafo, lo que no sucedería en el supuesto aquí referido donde la exclusión del socio supone la enajenación forzosa de sus acciones. En suma, el socio excluido tiene a su favor el derecho de impugnación.

“ Acordar la exclusión del socio significa el resquebrajamiento de las relaciones personales entre los socios que animan la exclusión y el socio excluido. Esto no va a cambiar cuando la norma o un precedente registral exijan que ese socio al que se pretende excluir sea convocado, es como exigir que la conciliación sea obligatoria. ”

IV. CONCLUSIÓN

Atendiendo a lo expuesto en las líneas precedentes discrepamos del precedente registral de observancia obligatoria que hemos analizado porque con él se entorpece innecesariamente la marcha societaria al exigirse la convocatoria del socio que se pretende excluir en una sociedad comercial de responsabilidad limitada, dizque por asegurar su derecho fundamental de defensa, cuando en realidad este ya se encuentra asegurado hace más de 11 años en el texto de la Ley General

de Sociedades. El Tribunal Registral no puede exigir más de lo que la norma prevé, más aún cuando tales exigencias se tornarían contraproducentes y su cumplimiento será una mera cuestión formalista que no conduce a nada eficiente. En efecto, si se ordena (como lo está haciendo el referido precedente) que la sociedad convoque al socio que pretende excluir, pues se le convocará; aquel quizás concurrirá, entonces escuchará el debate, participará y, lo más probable, se adoptará el acuerdo que las circunstancias han propiciado, sin mayor cambio a partir de su asistencia.

Acordar la exclusión del socio en una sociedad comercial de responsabilidad limitada (que califica, por su propia naturaleza, como personalista) significa, cuando menos, el resquebrajamiento de las relaciones personales entre los socios que animan la exclusión y el socio excluido. Esto no va a cambiar cuando la norma o un precedente registral exijan que ese socio al que se pretende excluir sea convocado. Guardando las distancias, es como exigir que la conciliación (a la que debe arribarse de manera consensuada) sea obligatoria. Situaciones así conllevan a un alejamiento marcado del Derecho respecto a la realidad, lo cual siempre será negativo, pero más aún en el ámbito societario que, de por sí, requiere integrar la ciencia jurídica y la realidad empresarial.