

Resultaría conveniente incorporar el derecho de salida por justa causa en las sociedades cerradas.

Hernán J. Racciatti¹

Palabras clave: Derecho de salida del socio por justa causa. Conveniencia de su incorporación en una próxima reforma legislativa.

Sumario: En una futura reforma legislativa debe contemplarse una norma supletoria que prevea el derecho de salida del socio por justa causa, configurándose la misma ante situaciones de opresión o abuso consecuencia de decisiones mayoritarias

I. INTRODUCCIÓN.

El tratamiento de este tema, lo sabemos, no es nuevo en los Congresos de Derecho Societario. Nosotros mismos nos hemos referido a este tema aquí en Tucumán en el año 2004², Diego Duprat en Mar del Plata en el año 2010 y en Córdoba en el año 2022³, y también Gabriela Calcaterra en Rosario en el año 2019⁴.

Sin embargo, pretendemos a través de la presente ponencia abordar cuestiones específicas relativas a las circunstancias en que podría preverse legislativamente el derecho tanto del socio como del accionista de retirarse de la sociedad, como asimismo las condiciones y consecuencias del ejercicio del mismo.

Una primera cuestión terminológica que debe abordarse es la necesidad de diferenciar lo que se conoce como *withdrawal at will* de lo que constituye el *withdrawal on grounds*, o el otorgamiento del derecho de salida del socio sin causa frente al derecho de salida con causa (o justa causa)⁵

Adicionalmente contemplar que si bien nuestra legislación societaria hoy parece permitir, y hay cierto consenso doctrinal en ello, la posibilidad de pactar contractualmente o estatutariamente causales de resolución parcial en todos los tipos sociales incluso las sociedades anónimas (dicho en otros términos permitir contractualmente causas de derecho de retiro), en virtud de los términos del artículo 89 LGS (esto sería pactar al momento de la negociación del contrato o estatuto causas específicas de retiro o salida)⁶ nos parece conveniente que la legislación societaria contemple el derecho de salida *con justa causa* para todo tipo de sociedades, como norma supletoria que puede ser dejada de lado por los socios al momento de la negociación.

Obviamente, la existencia de una norma que otorgue derecho de retiro o salida, no debe implicar que las partes no puedan, contractualmente, acordarlas específicamente, o sea disponer en el contrato o estatuto la posibilidad del retiro de ocurrir determinadas circunstancias específicas, ya que con ello se evitaría la discusión judicial de juzgar la aparición o existencia de las circunstancias que encajen en el concepto abierto que podría preverse legislativamente y que habilitaría la aplicación de la norma en juego.

Partimos de la base que la experiencia muestra que la gran mayoría de los instrumentos constitutivos (contratos sociales y estatutos) no se alejan de los modelos de estatutos tipos.

En otras palabras, en nuestro país no hay cultura de negociación entre socios del contrato social⁷, de lo cual concluimos que dejar que las partes establezcan al momento de la constitución de la sociedad una cláusula que disponga las situaciones en las cuales un socio o accionista puede retirarse no cambiaría en mucho la situación actual de la cuestión.

¹

² Ver RACCIATTI Hernán J. “Debe regularse la posibilidad del retiro del socio como alternativa de resolución de conflictos en las sociedades cerradas”, en IX Congreso Argentino de Derecho Societario. V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo IV, pag. 433.

³ Ver DUPRAT Diego, “Conflictos en las sociedades cerradas. Posibilidad de pactar la exclusión y separación del socio en las sociedades cerradas”, en XI Congreso Argentino de Derecho Societario. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, pag 185; y “Derecho de Separación del socio minoritario en Sociedades Cerradas”, en XV Congreso Argentino de Derecho Societario. XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I, pag. 121.

⁴ Ver CALCATERRA Gabriela, “El derecho del socio minoritario a salir de la sociedad”, en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo III, pag. 2013.

⁵ Puede compararse con lo expuesto en DUPRAT Diego, “Los dividendos en las Sociedades Cerradas”, Ed. Abeledo Perrot, 2012, página 312, donde refiere a la posibilidad del *exit by consent* en términos de salida consensuada, utilizamos la palabra *withdrawal* como la acción de cesar o participar en una actividad, mientras que *exit*, que se utiliza como retiro, puede traducirse como salida.

⁶ Conf., entre otros, DUPRAT Diego, ob cit en nota 2 y 4; ZUNINO Jorge O., “Resolución parcial del contrato social”, pag. 185, edit. Astrea, 2012 quien refiriéndose a las sociedades anónimas indica que “...hablamos aquí de pactar causales de retiro voluntario lo cual es posible según el artículo 89 de la ley; este artículo, recordemos, se aplica a todos los tipos societarios...” ; ESCUTI Ignacio, “Receso, exclusión y muerte del socio”, pag. 52, edit. Depalma, 1978.

⁷ Respecto la existencia de una situación de esta características en España, se ha dicho que “...Tampoco ayuda el hecho de que la mayoría de las empresas no se han dotado de una regulación contractual en sede de estatutos sociales y/o de pactos de socios, que contribuya a evitar o al menos a atemperar los conflictos que surgen de forma natural en el devenir de la empresa...”, ver VAZQUEZ ALBERT Daniel, “La expansión legal y contractual del derecho de separación de socios como solución definitiva de conflictos societarios”, en GONZALEZ FERNÁNDEZ María Belén (Dirección) “Sobre el contrato de sociedad”, tomo II, pag. 1021, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

La aparición de un gran margen de libertad contractual especialmente amplio en materia de SAS, nos ha demostrado que no se hace un uso real de esa libertad, sino que se sigue recurriendo a contratos *tipos* o *modelos* y, eventualmente, acuerdos parasociales.

De allí nuestra elección por considerar que una norma (o conjunto de ellas) que regule el derecho de salida del socio para todos los tipos sociales -que pueda ser dejada de lado contractualmente- significará un avance real en la materia.

Es cierto también que derecho de salida y derecho de exclusión son las dos caras de una moneda, y quizás la regulación del derecho de salida para todos los tipos sociales, lleve a considerar la necesidad de dejar en claro la aplicabilidad del derecho de exclusión en la sociedad anónima cerrada, tema que la doctrina ha abordado con anterioridad⁸.

II. LA CONFLICTIVIDAD SOCIETARIA.

La razón del abordaje de este tema es la necesidad de otorgar un instrumento racional que pueda ofrecer una solución eficaz y definitiva a la conflictividad y litigiosidad societaria entre las partes relacionadas.

La eliminación o disminución de posibilidades para que los administradores y/o los controlantes se comporten de manera oportunista, se convierten en un punto central de una moderna legislación societaria⁹.

Reducir el riesgo de expoliación o sustracción de los recursos económicos que corresponden a los socios (que a través de su participación en la sociedad contribuyen a su financiamiento) generará un clima de negocios e inversiones más amigable y seguro¹⁰.

El conflicto es propio de la naturaleza humana y las conductas oportunistas también.

Si se comparte que se puede partir de dicha premisa, y se observa que la propia organización societaria se sostiene sobre la base del principio o regla de la mayoría, el potencial conflicto de intereses entre socios se vuelve un problema central, capaz de desincentivar cualquier inversión o voluntad de participación en una sociedad.

A esta causa de conflicto de orden *estructural* consecuencia del modo de organización del ejercicio del poder en las sociedades, y por ende insalvable, se añade la imposibilidad de resolver la situación a través de la venta de la participación del socio disconforme u oprimido, que le permitiría rescatar en forma inmediata su inversión.

El típico conflicto societario propio de las sociedades cerradas de nuestro país es el que se produce entre grupos mayoritarios y minoritarios, mucho más que aquellos conflictos -que podrían llegar a ser más propios de países con un mercado de capitales desarrollados y con sociedades cotizantes de capital disperso- en los cuales, los mismos, se presentan entre los accionistas y los directores.

Los llamados *problemas de agencia*, término utilizado frecuentemente para explicar los conflictos de intereses y poder entre socios y administradores de la sociedad derivados de la disociación entre propiedad y control dentro de las sociedades anónimas de capital disperso, y entre la posición *asimétrica* frente al acceso a la información sobre la marcha de los negocios que tienen unos y otros, ha sido también referida para exponer las diferencias de posición y de intereses entre socios de control y minoritarios, cuando nos encontramos frente a sociedades donde la estructura de la propiedad de las participaciones sociales no es dispersa sino concentrada¹¹.

No en vano las disputas intrasocietarias han sido calificadas como el *Aquiles heel* de las sociedades cerradas¹².

⁸ Ver, VERDASCO Andrea, “La exclusión del socio en las sociedades anónimas cerradas”, en Astrea Virtual, publicación del 29/03/2023; VAN THIENEN Pablo y DI CHIAZZA Iván, “Rescate de acciones por justa causa de exclusión en la sociedad anónima: dos precedentes muy interesantes (Análisis de los casos “Micro omnibus Ciudad de Buenos Aires SA” y “Nargam SA””, en CEDEF Law & Finance, donde afirman que “... para nosotros la exclusión del accionista en el tipo sociedad anónima se encuentra habilitado, sin necesidad de recurrir a modelos análogos..”.

⁹ Remitimos a lo que hemos expuesto en RACCIATTI Hernán J., “Consideraciones para una *modernización* del Derecho de Sociedades”, ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 2023 en la Universidad Austral, Pilar, Provincia de Bs. As.

¹⁰ Ver DUPRAT Diego A. J., ob cit en nota 4, pags. 303 y 304; VAZQUEZ ALBERT Daniel, ob cit. en nota 6, loc cit; CUERVO Rodrigo, “La función preventiva en la Ley General de Sociedades: más razones para resolver el conflicto societario”, en Revista de Derecho de Daños, 2016-2, Prevención del Daño, pag. 421 y siguientes; COSTE Diego y BOTTERI José D., “El derecho de separación del socio en el Código Civil y Comercial”, pág. 23, edit. Hamurabbi.

¹¹ Ver SÁEZ LACAVE Maribel, “Inversores institucionales, activismo accionarial y conflicto de interés”, quien nos enseña que “...en los casos de las sociedades no cotizadas, los conflictos mayoría-minoría tienen distinto cariz, y distinta solución. En estas sociedades las asimetrías de información son mucho menores. Todos los socios son fuertes y activos, con incentivos e información. Los conflictos o los abusos de la mayoría en este contexto, que los hay, vienen de la conjunción de factores bien distintos: la regla de mayoría que permite al socio mayoritario tomar las decisiones y ejercer el control, y la situación contractual de lock in, de encerramiento, que dificulta la salida de los minoritarios...”, publicado en “Las sociedades de capital. Sus intereses y conflictos”, pag. 86, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; la situación también es destacada por Tara J. Wortman, quien expresa que “...close corporations must have mechanisms to deal with deadlock that could dangerously curtail the ability to run the business, especially since investment in the close corporation is often the sole source of income for close corporation shareholders...”; WORTMAN Tara J., “Unlocking lock-in: limited liability companies and the key to underutilization of close corporation statutes”, en New York University Law Review, Vol. 70, December 1995, number 6, pag. 1369/1370;

¹² AGSTNER Peter, “Shareholder conflicts in close corporations: between theory and practice. Evidence from Italian private limited liability companies”, October 5-2018, disponible en www.ssrn.com

Son dos, entonces, los motivos centrales que justifican una norma de las características de la que se propone:

- I) *contener* la regla societaria de mayoría por la cual se pueden tomar decisiones oportunistas o abusivas (atesoramiento reiterado de utilidades, innecesarios aumentos de capital, retribuciones desmesuradas a administradores orgánicos o en relación de dependencia que conforman la mayoría, otorgamiento de cargos o empleos a familiares o amigos de los socios mayoritarios, despedir de cargos en relación de dependencia que ocupaban socios minoritarios o impedir su acceso arbitrariamente) y
- II) *disolver* la situación de encerramiento en que se encuentran los minoritarios por falta de un mercado interesado en adquirir sus participaciones¹³.

La ley societaria actualmente ofrece un conjunto de normas tendientes a reestablecer el orden jurídico una vez que el mismo ha sido violado¹⁴, pero no ofrece soluciones que tiendan a deshacer definitivamente el conflicto societario cuando el mismo deja de ser coyuntural para pasar a ser estructural.

No en vano se ha dicho que "*...la impugnación sistemática de los acuerdos sociales se constituye en el arma legal para poder salirse de la sociedad, tratando de lograr una transacción en virtud de la cual los socios mayoritarios adquieran las acciones de los minoritarios descontentos...*", y que "*...muchas veces una impugnación no puede juzgarse aislada, ya que es simplemente parte de una serie de impugnaciones que constituyen una auténtica "guerra" dentro de la sociedad...*"¹⁵.

III. REPASO DE ALGUNOS SISTEMAS COMPARADOS.

Vuelvo a insistir en que un buen sistema societario en materia de sociedades cerradas debe dar total amplitud a la libertad contractual, pero con un plexo muy completo de normas supletorias que apliquen tuitivamente en caso que los socios en el inicio no pacten en contra de esas normas disponibles en el marco de la plena autonomía de la voluntad.

Es conocido que en España el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital contempla ciertas causas legales de separación relacionadas con la adopción de un acuerdo social¹⁵ que podrían considerarse semejantes al derecho de receso previsto en nuestra LGS, pero habiendo tomado especial importancia en dicho país lo dispuesto por el artículo 348 bis, norma dispositiva por los socios, que luego de sucesivas reformas permite el derecho de salida del socio en caso de falta de reparto de dividendos luego de cinco años de constitución de la sociedad y siempre que en ejercicio anterior no se hubiera repartido el 25% de la utilidad social (ejercicio anterior es el último ejercicio a partir del cual se plantea el derecho de salida)¹⁶. Norma que, adelantamos y es conocido por todos, es considerada insuficiente por la doctrina y ello se refleja en las ampliaciones existentes en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2018.

Pero junto a esta posibilidad existente en España, tanto en Alemania (para la GmbH) como en Reino Unido (por la Company Act de 2006) se contempla la posibilidad de salida del socio por *justa causa*, que, atendiendo que son dos sistemas existentes en economías líderes, entendemos que vale la pena que sean considerados como antecedentes.

Ello sin perjuicio de tomar también el antecedente de las opciones que muestran distintos estados de los Estados Unidos de América, como alternativas a los problemas de conflictos intrasocietarios que derivan en las conocidas situaciones de opresión de socios minoritarios o abuso de los mayoritarios.

Son dos las cuestiones a analizar en los sistemas mencionados:

- I) en qué supuestos procede el derecho de retiro para los socios (los llamados *ground of withdrawal*), y
- II) quien o quienes son los sujetos obligados al pago de la participación del socio que ejerce su derecho de retiro.

Así respecto el primero de los aspectos en Alemania los supuestos o razones que dan lugar al derecho de salida se encuentran bajo el término *wichtiger grund* que se traduce al inglés como *important reason* o *good cause* -que vamos a traducir como justa causa-, mientras que en la Company Act del 2006, del Reino Unido, aparece bajo el concepto de *unfair prejudice* que es definido o se presenta del siguiente modo: "*a member of a company may apply to the court by petition for an order under this part on the*

¹³ Ver SANCHEZ HERRERO Pedro y MADERNA Lucas, "¿Cambio sustancial en el conflicto societario?. Cometarios y propuestas sobre el receso sin causa", en la La Ley, boletín del 22 de abril de 2024, quienes afirman que "*...uno de los principales problemas de nuestro sistema societario es la carencia de herramientas legales que permitan la desinversión pacífica de los socios de sociedades cerradas...*"; aunque disintimos con los autores citados en la valoración positiva que realizan sobre el *receso sin causa*. Enrolado en la idea de una consideración disvaliosa del *receso sin causa* puede verse VAN THIENEN P. Augusto, "Autonomía de la voluntad en la Ley General de Sociedades (Receso y stock options en el proyecto de Ley Bases)", en La Ley, boletín del 15 de abril de 2024.

¹⁴ Esencialmente a través de la impugnación de nulidad de las resoluciones de órganos sociales contrarias a la ley, al estatuto o al reglamento.

¹⁵ BERCOVITZ Alberto, "Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima", en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont,

¹⁵ Ver CAMPUZANO Ana Belén, "Las causas estatutarias de separación del socio", en El derecho de separación y exclusión del socio en las sociedades de capital, Tomo I, pag. 437 y siguientes, Tirant lo Blanch, Valencia 2021.

¹⁶ Puede verse sobre este tema el libro de SANCHEZ RUIZ Mercedes, "La protección del derecho al dividendo en sociedades cerradas", Aranzadi, 2021.

ground a) that the company affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interest of members generally of some parts of its members (including at least himself)

or b) that an actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission of its behalf) is or would be prejudicial.¹⁷

La gran diferencia entre uno y otro sistema es que para los tribunales alemanes el concepto de justa causa incluye tanto los supuestos de actos ilícitos cometidos por los socios mayoritarios y/o administradores en detrimento de los socios minoritarios, como a circunstancias que careciendo de ilicitud afectan la posición del socio en forma relevante.

Entre los actos ilícitos (o actos contrarios al ordenamiento jurídico) se menciona la reiteración en actos que constituyen abuso de mayoría que, conjuntamente con el derecho de retiro, dan derecho al cuestionamiento judicial de la resolución mayoritaria abusiva. En esa línea las situaciones de *freezout* aparecen como el subtipo más común del abuso de mayoría, reflejada en la falta de reparto de dividendos.

Entre las situaciones que no constituyen actos ilícitos propiamente pero afectan la posición del socio se encuentra la situación de una completa ruptura de la confianza en la relación entre socios que amenaza el normal funcionamiento de la sociedad, aumento de capital no consentidos, la separación o exclusión de otros socios o incluso motivos personales de dificultades o adversidades emocionales, económicas o enfermedades que afecten al socio que pretende su retiro y que afecten su posibilidad de ejercer sus derechos como socio y sus deberes (una larga enfermedad o un cambio de residencia).

Por contraste la Company Act de Reino Unido, limita el derecho de retiro a los supuestos de *unfair prejudice*, pero se ha incluido dentro de este concepto no solo la ruptura de reglas legales o contractuales tales como deberes de lealtad de administradores, apropiación de oportunidades de negocios, contrataciones con la sociedad, sino también supuestos en que se han violado las expectativas razonables de los socios sea en el reparto de ganancias como en el de ocupar puestos o cargos en el *management* (orgánico o no orgánico) de la sociedad¹⁸.

Respecto el segundo de los puntos en análisis -sobre quiénes son los sujetos obligados al pago- en Alemania corresponde a la sociedad satisfacer el valor de la participación del socio saliente. En este sentido el punto más controvertido es el principio de protección del capital social que impide el pago al socio si la sociedad carece de reservas libres. Si la sociedad carece de reservas libres el socio que se separa puede solicitar la disolución de la sociedad.

En Reino Unido, por el contrario, los tribunales suelen condenar al socio que ha cometido el acto ilícito (abuso de mayoría) a satisfacer al socio que se retira el valor de sus participaciones, y no a la sociedad.

Y aunque la ley permite que se condene tanto al socio como a la sociedad (Section 996 (2) (e)), se menciona que es algo muy poco común en la práctica¹⁹.

Además, el importe no incluye solo el valor de la participación sino también los daños y perjuicios que puede haber sufrido el socio que ha decidido dejar la sociedad a consecuencia de actos ilícitos o abusivos de los otros socios.

En la comparación de ambos sistemas vemos que:

Por un lado, el sistema Alemán tiene la ventaja de tener un concepto amplio de lo que hemos llamado *justa causa* para que el socio solicite el retiro, en tanto incluye tantos actos ilícitos como lícitos que afectan la posición del socio en la sociedad, pero su punto débil, a nuestro criterio, es que el pago de la conducta ilícita de los socios que conforman la mayoría y son responsables de la misma lo realiza la sociedad.

En dicho sentido el sistema del Reino Unido. si bien es más limitado en los supuestos que darían el derecho de salida, contempla un claro incentivo a no incurrir en el ejercicio ilícito del voto o en conductas que pudieran lugar al ejercicio del derecho de salida, al cargarles no solo el pago de la participación del socio saliente, sino también los daños que pudiera sufrir éste como consecuencia de haber tenido que ejercer un derecho de retiro, que podría tratarse de una decisión acaso no deseada de no haber existido las conductas que dieron lugar (que provocaron) a su retiro de la sociedad.

Por lo demás, destacar que ninguno de los dos sistemas considera que existe *justa causa* cuando de los hechos se advierte que existieron conductas del socio que se manifiesta como sujeto pasivo del actuar *opresivo*, que pudieron haber dado lugar o contribuido a crear la situación que se alega como *justa*

¹⁷ Conf. DIGMAN Alan & LOWAY John, "Company Law", 11th Edition, pag. 216, Oxford University Press, 2020; Ver KOH Alan K., "Shareholder withdrawal in close corporations: An Anglo-German comparative analysis", Journal of Corporate Law Studies, 2022, disponible en <https://dr.ntu.edu.sg>; BOYLE A.J., "Minority Shareholders Remedies", pags 90 a 139 Cambridge University Press, 2002.

¹⁸ Ver DIGMAN Alan & LOWAY John, ob cit., pags 223 y 224;

¹⁹ KOH Alan K., ob cit, loc cit.; también KOH Alan K., "Shareholder protection in Close Corporations and the curious case of Japan: The enigmatic past and present on Withdrawal in a Leading Economy", NUS Law Working Paper, 2020, 027, October 2020; VAZQUEZ ALBERT Daniel, ob cit en nota 6.

causa. Supuestos que son calificados como *less-than-blameless withdrawing members*. Lógicamente quedará en manos de los Jueces decidir en qué grado la conducta del socio que pretende ejercer su derecho de retiro por justa causa ha contribuido a la conducta que pretende calificar como *justa causa*²⁰.

También jurisprudencialmente en los Estados Unidos de América (sin perjuicio lo que dispone la Model Business Corporation Act que prevé la disolución en supuestos en los cuales los administradores o socios de control actúen de manera ilegal, opresiva o fraudulenta, y lo regulado en los estados de Louisiana, Illinois y Michigan entre otros), existe una copiosa jurisprudencia en materia de lo que

constituye una conducta *opresiva* y que da lugar al retiro del socio, que puede hacerse desde dos perspectivas:

i) desde el prisma de la mayoría concibiendo la opresión como violación al principio de buena fe en el comportamiento de la mayoría (*Opression as Wrongfull Conduct* introducida en *Baker vs Commercial Builders Inc*), la que fue descartada rápidamente por considerarla poco operativa o dependiente del caso concreto; o, también desde la perspectiva de la mayoría, como una conducta que no respeta los deberes de lealtad y fidelidad que se deben los socios entre sí (*Opression as Breach of Fiduciary Duties* introducida en *Jones vs Ahmanson & Co*), y/o

ii) desde el prisma de la minoría a través de la cual se sostiene que el enfoque concreto no es tanto analizar el comportamiento de la mayoría, sino verificar el impacto que ese comportamiento tiene sobre las minorías a la luz no solo del acuerdo social escrito sino también sobre lo construido a través de los años, tal como se pone de manifiesto en el famoso caso Topper, resuelto por el Tribunal de Apelaciones de New York²¹.

IV. CUAL ES NUESTRA PROPUESTA.

Algo ya adelantamos al comienzo de esta ponencia.

Hay que tener en cuenta que nuestra legislación societaria contempla el derecho de receso para la SA y para la SRL, y que se ha debatido en doctrina su aplicabilidad a la SAS²² si no estuviera específicamente acordado en el instrumento constitutivo, conforme normativa vigente.

De modo que el derecho de separación por *justa causa* podría establecerse con carácter general para todo tipo de sociedades en la parte general, o sumarse como una alternativa adicional al derecho de receso en la normativa específica para receso en las SA y contemplarse para las SRL y las SAS.

Referimos al principio que había que distinguir entre derecho de retiro por *justa causa* o derecho de retiro *sin causa*, y somos de la idea de que un proyecto de ley debería prever en su parte general una norma supletoria que establezca un derecho de retiro por *justa causa* para todas las sociedades -que puede ser dejado de lado por las partes al momento de celebrar el contrato de sociedad- y prever la posibilidad de que se acuerde contractualmente un derecho de retiro *sin causa*, determinando sus condiciones.

Si bien podría pensarse que el retiro *sin causa* puede verse como un incentivo a la cooperación y la consideración y respeto entre los socios procurando que se genere un clima o ambiente societario que genere que ningún socio quisiera dejar esa sociedad²⁴ (nadie querría retirarse de esa especie de *sociedad paraíso*) lo cierto es que una norma de estas características dejaría abierta una vía, a nuestro criterio, a las conductas oportunistas.

En su libro El Gen Egoísta dice Richard Dawkins: “Argumentaré que una cualidad predominante que podemos esperar que se encuentre en un gen próspero, es el egoísmo despiadado. Esta cualidad egoísta del gen dará, normalmente, origen al egoísmo en el comportamiento humano”²³.

Por lo demás, en este supuesto habría que contemplar si este derecho de retiro o salida *sin causa* se concede a los socios minoritarios o a todos los socios (minoritarios y mayoritarios), y, de optarse por el primero de los supuestos, hasta qué participación en el capital social que detente o tenga el minoritario se otorga este derecho de retiro *sin causa*, además de contemplar el impacto financiero y económico que tendría en la sociedad, e incluso, como derivado de su impacto en la sociedad, su repercusión en *stakeholders* como trabajadores, proveedores y clientes, y la sociedad en general.

Además, como lo dijimos, podría llevar a supuestos de abuso de minoría que, si bien son menos usuales que los de mayoría, no deben pasarse por alto en su existencia²⁴.

²⁰ KOH Alan, ob cit., en nota 15 y en nota 16.

²¹ Ver MOLL Douglas, “Shareholders Opression in close corporations: The unanswered questions and perspectives”, Vanderblit Law Review, Vol 53, pag. 749 y siguientes, April 2000.

²² Ver RAMIREZ Alejandro, “SAS. Sociedades por Acciones Simplificada”, pag. 279, edit Astrea; BALBÍN Sebastián, “SAS. Sociedades por Acciones Simplificada”, pag.52, edit. Cathedra; DUPRAT Diego, “Derecho de los socios en el marco de la SAS. Máximo ámbito de libertad contractual y de autorregulación”, en Libro de Ponencias del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, p. 952.

²³ Ver SANCHEZ HERRERO Pedro y MADERNA Lucas, ob cit en nota 11.

²⁴ DAWKINS Richard, “El gen egoísta”, pag. 3, editorial Salvat, 26ª edición, Barcelona, 2002.

²⁴ Entre otros muchos trabajos sobre el tema pueden verse MEGÍA LÓPEZ Javier, “Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y minoría”, en Anuario Jurídico Escorialence, año 2014, donde expresa que “...para las conductas activas o

Ello llevaría que la legislación debiera prever casi detalladamente los supuestos de hecho cuya ocurrencia habilite el retiro *sin causa*, lo cual lo convertiría, en cierta medida en un retiro *sin causa bajo determinadas condiciones*, cuya ocurrencia o existencia podría ser, luego, objeto de debate y resolución judicial.

De modo que este derecho de retiro *sin causa* no solo dejaría de ser claramente operativo en tanto el socio lo quisiera ejercer, sino también de dificultosa contemplación en una ley, y lo descartamos como propuesta.

Queda claro que, en este supuesto, que el pago del precio de la participación del socio saliente correspondería a la sociedad y no a los socios, ya que al no haber causa que lo genere, a nadie podría imputarse una conducta opresiva, abusiva o antijurídica en general que se pretendiera fuera desincentivada.

Por ello es que nos inclinamos por un régimen general que sea concebido a partir de la atribución al socio de un derecho de retiro *por justa causa*, aun entendiendo que tal supuesto reclamará de los Jueces una cuidadosa ponderación de la casuística, pero contando con la ventaja de que ya existen líneas de jurisprudencia y doctrina que se han construido dando forma a las situaciones donde sin contrariar normas concretas del estatuto se pueden caer en conductas abusivas y/o de mala fe especialmente contemplados por el Código Civil y Comercial en sus artículos 9 y 10, aplicables por el artículo 150 del mismo cuerpo normativo²⁵. En esta línea se podría aclarar que se considerará *justa causa* no solo conductas perjudiciales para cualquier socio o que deriven en condiciones de opresión, sino también situaciones en las cuales el socio demuestre que objetiva y razonablemente puede haber perdido su intención de continuar como socio²⁶.

Está claro que al lado de esta norma de carácter supletorio -y que las partes podrían acordar específicamente dejar de lado- y que es de carácter judicial ya que la *justa causa*, de no ser aceptada por la sociedad, deberá discutirse en dicho ámbito, al socio perjudicado le corresponderá la posibilidad de optar por su retiro o ejercer el derecho de impugnar las resoluciones sociales contrarias a la ley o al estatuto o al contrato social, si la *justa causa* existiera como consecuencia de un acto ilícito y el socio quisiera revocar la decisión nula y continuar en la sociedad.

En dicha línea la ley debería contemplar también un sistema de desincentivos a incurrir en conductas ilícitas o dañosas. Por ello proponemos, como lo dispone la Company Act (2006) en su Section 996 (2) (e) que la obligación de adquisición de las acciones del socio o accionista que se retira pueda ser impuesta tanto a la sociedad como los socios o accionistas que han dado lugar o causado la conducta que encuadre en concepto de *justa causa*.²⁷

Si, en definitiva, para que al socio le sean, finalmente, otorgados en dividendos las ganancias sociales que se atesoraron injustificadamente, debe recurrir a una impugnación judicial, y los socios que votaron la decisión cuestionada no son sancionados de alguna manera, no habrá incentivos para que dichas conductas no se repitan, y al socio perjudicado no le quedará más remedio que aceptar que el mejor remedio es el retiro de una sociedad de la cual, acaso, no quiere salirse.

Y no se nos diga que alcanza con la acción de daños previstas por el artículo 254, ya que somos de la idea que la ley, siempre supletoriamente, podría contemplar desincentivos a este tipo de conductas contrarias al ordenamiento jurídico.

El sistema debería operar a través de una comunicación a la sociedad o a los socios que con su voto incurrieron en el acto ilícito, y de ser aceptado la presencia del supuesto de hecho que encuadra como *justa causa* debería recurrirse a la realización de una valuación por expertos en un plazo no

positivas de los socios minoritarios –solicitudes de información o impugnación de acuerdos, e, incluso, solicitud de convocatoria a la junta general- que superen tal límite, cabe la posibilidad de acudir al abuso del derecho como institución general en manos de los jueces –en su caso, y con carácter previo, también de los administradores- para desestimar la pretensión por injustamente obstruccionistas para la marcha de la sociedad...”; obra citada, pag. 41. Por su parte, también en el derecho español, Luis Hernando Cebriá, también indica que “..Otro mecanismo, como ya se ha relacionado, mediante el cual el socio minoritario puede ejercitar sus derechos de control de forma abusiva es el relativo al ejercicio del derecho de impugnación de acuerdos..”; ver CEBRIÁ Luis Hernando, “El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital”, pag. 195, edit. Bosch, 2013. En el mismo sentido, FUENTES NAHARRO Mónica, “El accionista depredador. Un acercamiento a la figura y su problemática a partir de la experiencia comparada”, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 128, Octubre-Diciembre 2012, pags 7 a 34; en nuestro derecho, entre tantos trabajos existentes, véase nuestro artículo RACCIATTI Hernán (h). ““Abuso de derecho por las minorías en el marco societario”, en R.D.C.O., 1991-A, pag 227; SCHNEIDER Lorena, “Ejercicio abusivo de los derechos societarios”, editorial Astrea, 2019; , MASCHERONI Fernando y MUGUILLO Roberto, “Régimen jurídico del socio”, pag. 42 y 43, editorial Astrea; y, especialmente, el completísimo trabajo de ALEGRÍA Héctor , “El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 16, pag. 386, edit. Rubinzal Culzoni; en el derecho italiano, entre muchos otros también, NUZZO Antonio “L’Abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell’ esercizio del voto”, Giappichelli Editore, Torino, 2003; CHIANTIA Antonietta “L’Ostruzionismo nell’ Assemblée delle Società per

²⁵ Por ejemplo, supuestos de negativa a repartir dividendos en modo reiterado y sin justificación razonable, aumentos de capital con aporte de los socios sin fundamento, retribuciones desmedidas a administradores socios cuando no se reparten dividendos, remoción incausada del órgano de administración y despidos sin causa de accionistas que siempre ocuparon cargos y/o trabajaron para la sociedad y no forman parte del grupo de control, aprovechamiento de oportunidades de negocios por los accionistas controlantes en detrimento de los minoritarios, entre otros.

²⁶ Volvemos en estos casos a ejemplos tales como el de una convalecencia del socio que deriven en internaciones y sin recursos para afrontarla, a una mudanza a otro país sin posibilidades de regresar, etc., los que ya han sido referidos por la jurisprudencia en Alemania; ver KOH Alan, ob cit. en nota 15 y nota 16.

²⁷ Igual criterio es postulado por COSTE Diego y BOTTERI José D. ob cit., pag. 159.

demasiado extenso (90 o 120 días) realizada a través de sistemas internacionalmente aceptados para determinar el valor real de la sociedad, asignando a la participación del socio que se retira el valor proporcional en relación al valor total de la sociedad, sin que deba sufrir un *castigo* ni por tratarse de una porción minoritaria (ya que queda en manos de los socios que ya forman parte de la mayoría) ni por la inexistencia de un mercado secundario ²⁸ (ya que la posibilidad de salida en determinadas circunstancias o ante determinadas conductas de la mayoría, constituyen en sí una especie de mercado secundario que debió ser contemplado por todos los socios).

Azioni”, Giuffrè Editore, Milano, 2002; CARRARO Giuseppe, “Abuso e frode nel Diritto Societario”, Giuffrè Francis Lefevre, Milano, 2021; en Francia, entre muchos, CHAMPETIER de RIBBES-JUSTEAU Anne Laure, “Les Abus de Majorité de Minorité et D’Egalité”, Edit. Dalloz, 2010.

La fecha a la cual debería realizarse la valuación podría ser o el del momento en que se ejerció el derecho de salida por *justa causa* o el del momento de la resolución judicial si la existencia de la *justa causa* hubiera sido cuestionada. Lo que no debería ocurrir es que el socio o accionista perjudicado -aquel que ha debido ejercer su derecho de salida debido a actos ilícitos atribuibles a otros socios o accionistas- tenga que percibir un valor proporcional por sus acciones que haya disminuido a consecuencia de una gestión respecto la cual no ha tenido oportunidad de controlar.

²⁸ Respecto de ello, dicen Coste y Botteri, que “...en la resolución parcial por frustración intencional de la causa fin de uno de los socios, el daño era evitable y no existió un motivo razonable para el incumplimiento esencial del contrato, circunstancia que exime cualquier morigeración a la par que compromete, también, el patrimonio de los socios que con su voto contribuyeron a la configuración de aquél incumplimiento...”; ver COSTE Diego y BOTTERI José D, ob cit., pag. 167.