
La exclusión de una sociedad de capitales

Gastón Certad-Maroto*

Sumario

1. Introito.
2. Del contrato de sociedad. Elementos esenciales (objetivos y subjetivos).
3. De la denominada “*affectio societatis*” como elemento subjetivo del contrato social. A. Roma. B. Edad Media (Derecho Germánico). C. La *Ordonnance de Commerce* de 1673. D. Hoy
4. De las obligaciones del socio de una sociedad mercantil, con especial énfasis en la s.a.
5. De las sanciones previstas por la violación de obligaciones.
6. De la exclusión del socio de la sociedad.
 - 6.1. Por razones patrimoniales.
 - 6.2. Por razones no patrimoniales.
7. La exclusión como forma de sanción en los más importantes contratos denominados “asociativos” o “de colaboración y auxilio” en nuestro ordenamiento jurídico.
 - 7.1. El contrato de avocación.
 - 7.2. El contrato cooperativo.
8. La exclusión en nuestro Código de Comercio.
 - 8.1. Normas generales de sociedades.
 - 8.2. Sociedad de Responsabilidad Limitada.
 - 8.3. Sociedad en comandita (simple).
 - 8.4. Sociedad de Responsabilidad Limitada.
 - 8.5. Sociedad anónima.
 - 8.6. Conclusión.
9. Otras normas legales que podrían aplicarle a la actuación del socio infiel.
 - 9.1. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor.
 - 9.2. Ley de Información no divulgada.
10. La

* Doctor en Derecho, Catedrático de la U.C.R. y de la U.A.C.A., ex Decano del Collegium Academicum, prolífico autor en Derecho Mercantil Legal de KPMG, Abogados.

exclusión como causa consensual de disolución parcial del contrato social. Aspectos que deben ser regulados. 11. El deber de lealtad o fidelidad como “prestación accesoria” del socio de s.r.l. y s.a.

1. Introito

Es *vox populi* que en los últimos tiempos, el Derecho de sociedades está siendo objeto en el mundo de una profunda revisión. La nueva aproximación tipológica al fenómeno societario apuesta decididamente por la distinción entre sociedades abiertas y sociedades cerradas¹. Cada una de ellas posee lógicamente su idiosincrasia particular que repercute en políticas legislativa y aproximaciones jurídicas bien diferenciadas. En el ámbito de la denominada **sociedad abierta** se ha insistido en una profundización en la transparencia informativa, así como en la adopción de códigos autorreguladores de buen gobierno. En las llamadas **sociedades cerradas** se ha optado, por el contrario, por una revisión de los propios fundamentos del contrato social así como de las consecuencias jurídico-privadas que de él se derivan. En ellas, en atención a elemento personalista que preside la relación, la promoción del fin común -elemento esencial del contrato de sociedad como se verá- se va a traducir en un conjunto de deberes positivos y negativos a cargo de los socios, algunos explicitados en algunas normas jurídicas o en alguno de los diferentes pactos particulares que pudieran regular la relación, otros, tal vez los más, habrá que deducirlos por vía interpretativa del propio contrato social. Como quiera que sea, conviene destacar que la intensificación de los distintos deberes de los socios, unida al hecho de la existencia de un contrato de duración, como es la sociedad, sólo puede traer como consecuencia un evidente riesgo de que se produzcan conflictos de carácter “intrasocietario”, que podrían resolverse de múltiples formas: una de ellas, hasta el momento insuficientemente desarrollada por nuestro legislador y poco estudiada por

1. Esa distinción la había hecho nuestro legislador en la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio N°7209 de 1990, al dedicarle todo un capítulo a “las sociedades anónimas abiertas”. Sin embargo, inexplicablemente, la actual Ley, la N°7732 de 1997, al derogar integralmente a la anterior, nos devolvió automáticamente al oscurantismo que caracterizaba nuestra sociedad anónima en el Código de Comercio del 64. Ahora, hasta la doctrina europea, la más reacia a admitir una “reproducción” de la s.a., la acepta y hasta propone regulaciones normativas diferenciadas, véase “Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private” dirigido por BENAZZI, Paolo-PATRIARCA, Sergio-PRESTI, Gateano, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale N°246, Casa Editrice Giuffrè, Milano, Italia, 2003.

los Autores, es la posibilidad de que el pacto social se puede resolver parcialmente, acometiéndose la denominada *exclusión del socio*.

Y es que en las llamadas “relaciones de duración” que vinculan a dos o más personas -precisamente como la societaria- es consubstancial el peligro de que uno o algunos socios se conviertan, con el pasar del tiempo, en insoportables para los demás: en determinados casos, el comportamiento de un socio o incluso sus cualidades o circunstancias personales, pueden provocar que, objetivamente, no sea razonable exigirles a sus consocios que signa asociados a él.

Las probabilidades de que en la práctica sobrevenga una situación como la descrita aumentan en relación con aquellas sociedades en la que los socios singularmente considerados tienen una mayor capacidad de influencia en la marcha de la sociedad o sus circunstancias personales pueden repercutir sobre el fin común. Es este el caso de la sociedad en nombre colectivo, de la sociedad en comandita, de la sociedad de responsabilidad limitada y de la sociedad anónima cerrada, en ese orden. Nos parece conveniente, entonces, que el legislador prevea las causas de exclusión -generales o particulares para cada tipo social²-, así como también que contemple genéricamente la exclusión del socio por justa causa y autorice al estatuto a ampliar las causas legales con causas consensuales, siempre que se trate de conductas graves que justifiquen la exclusión y que sean determinadas y concretas o precisas. Debe además instaurarse un debido proceso que ha de iniciarse con el acuerdo de exclusión, y continuar con la eventual oposición judicial o arbitral a ese acuerdo por el socio excluido, la ejecución del acuerdo mismo, así como las consecuencias de la exclusión.

Por último, es menester contemplar que el socio tiene derecho a percibir el valor razonable de su participación social en caso de exclusión.

2. Nos parece que las causales pueden ser las mismas para toda sociedad; lo que sí nos parece que debe ser diferente para cada sociedad es la regulación de la forma en que debe ejercitarse la facultad de exclusión.

2. Del contrato de sociedad. Elementos esenciales (objetivos y subjetivos)

De la segunda mitad del siglo pasado en adelante es pacífico entre los escritores del derecho de sociedades reconocer que la sociedad es un contrato. En efecto, se trata de un contrato asociativo, esto es, de colaboración y auxilio entre las partes, de duración, en donde sus intereses son iguales, esto es, corren en sentido paralelo, no chocan, no hay contraposición, hay cooperación. Ferri nos recuerda que “la sociedad constituye una *species* del *genus* asociación”³; es un contrato que pertenece al género de los contratos plurilaterales, pues si bien puede constituirse válidamente con el concurso de dos personas (artículo 104 a del Código de Comercio⁴), pueden también intervenir en su constitución una pluralidad de sujetos.

Tanto la mejor doctrina como los más recientes códigos de comercio y leyes de sociedades señalan, *expressi verbis*, como elementos esenciales de este contrato, los siguientes:

- A) Cada una de las partes debe *aportar* a la sociedad, para la formación del capital social y a los fines de obtener a cambio la llamada “participación social” o *status* de socio, bienes o servicios que se hallen en el comercio de los hombres (artículos 18.9, 29, 30.a, 31.a, 32, 59.b, 61, 67, 68, 69, 71, 75, 80, 84, 102, 104.b y c, 107, 109.c y d, 110, 111, 112, 116.a, b y c, 214.e, 215.b y c, 217 y 218; y 1196, 1197, 1205.2, 1220 a 1225 del C.C.);
- B) La actividad social debe ser *ejercida en común* por los socios (reunidos en una asamblea o junta y mediante el método de las mayorías, artículos 32bis, 38, 44, 48, 49, 55.c, d y e, 56. F, 71, 72.a, 82, 83, 85, 90, 94, 96, 97, 109.e, 115, 116, 117, 129, 139, 139 bis, 141, 146, 147, 152.d; y f, 216.d, 221 y 225 y 1204, 1208, 1209, 1210, 1237 y 1245 del C.C.); y

3. Guisepppe, “Società (Diritto vigente): società (in generale)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, U.T.E.T., Torino, 1970, p. 532.

4. Norma situada en el capítulo dedicado a las sociedades anónimas pero que nuestra jurisprudencia ha extendido a las sociedades mercantiles en general. En este opúsculo cuando citemos un artículo sin indicar el código de procedencia se entenderá que se trata del Código de Comercio.

C) Las partes deben tener un *fin lucrativo*, que consiste en distribuir entre ellas las ganancias (y también las pérdidas) en la forma establecida en el contrato social (artículos 18.14, 25, 27, 32 bis a, 48, 49, 50, 70, 99, 100, 122, 139, 141, 142, 143, 144, 155.2, 214.e, 217 y 218; y 1201, 1202, 1203, 1205.1 y 2, y 1228 del C.C.)

3. De la denominada “*affectio societatis*” como elemento subjetivo del contrato social⁵

A.-De acuerdo con la eficacia meramente obligatoria de los contratos romanos, la *societas* generaba entre los socios, en Roma, sólo obligaciones recíprocas y, según las enseñanzas de Ulpiano⁶, carecía de relevancia ante terceros.

La irrelevancia externa de la relación social es una regla general en Roma que se confirma con la relación de la *societas* con la *communio*. En efecto, había una originaria conexión en Roma entre la sociedad y el condominio⁷. Pero en el período clásico, época en que la sociedad alcanzó su desarrollo definitivo y salvo en cuanto a la *societas publicanorum*, la *societas* no presuponía la creación de un condominio: la disponibilidad de los medios financieros necesarios para alcanzar el objeto social no dependía de la existencia de una co-titularidad sobre tales medios.

En el período clásico romano la sociedad era considerada como un contrato consensual que se distingue de condominio -aunque se comprenda que en ella haya bienes comunes- y de la *Communio incidens* por la concurrencia de la *affectio societatis*⁸.

Se ponía demás el problema de las relaciones entre *societas* y *communio* desde el punto de vista de la diferencia entre la sociedad de gestión o de goce -aquellas en las que los socios estaban obligados a poner en común sólo los resultados de la utilización

5. Una defensa eficaz y convincente de este elemento de la *societas* romana la encontramos en ARANGIO-RUIZ, “La social in Diritto Romano”, Morano Editore, Napoli, Italia, 1950, pp. 66 ss.

6. DIURNI, Giovanni, “Società (Diritto intermedio)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit en nota 1, p. 523.

7. De la que constituye indudablemente un vestigio la disposición contenida en el inciso 1) del artículo 272 de nuestro Código Civil.

8. CANCELLI, Filippo, “Società (Diritto Romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano* cit en nota 1, p. 496.

de cosas que no era necesario que estuvieran en comunión- y las situaciones meramente “condominiales”. Las fuentes destacan la necesidad de la denominada *affectio societatis* para que se diera la integración de la *fattispecie* contractual, pero no es fácil adivinar cuál era, en el contexto, el preciso objeto de esta *affectio* en la perspectiva de los *prudentes*⁹.

Un último problema lo encontramos al determinar en qué consiste, en estos casos, la *affectio societatis*: el contrato de sociedad quedaba debidamente integrado si las partes se empeñaban a comprar, aún por separado, la cosa para ponerla en común. La cuestión aquí estaba representada por la suerte que corría la *societas* una vez instaurado el condominio, dado que, a este punto, la sociedad habría podido considerarse extinguida por cumplimiento de su objeto social. Pues de las fuentes resulta que, en semejantes casos, la sociedad continuaba, teniendo por objeto el goce y la gestión del bien transformado en común. De esto se colige que en Roma, para la configuración de una *societas*, era necesario (elemento esencial) que las partes tuvieran la intención *ut quasi commune negotium gereretur* y faltando esa *affectio societatis*, quien había asumido el encargo respondía como mandatario¹⁰. En síntesis, esa *affectio societatis*, elemento de esencia del contrato social romano, no es otra cosa que, como decía Gaio, una *voluntas contrahentium*.

Elemento determinante lo constituía el *consentimiento*, que no terminaba con el acto de la constitución sino que debía perdurar por todo el plazo de la sociedad, que se disolvía al faltar ese consentimiento. La función de ese constante consentimiento se expresa también con el término *affectio societatis*, expresión por algunos retenida como interpoladora, pero no probablemente fue adoptada también por juristas clásicos como Ulpiano.

“Como quiera que sea, la *affectio* no es otra cosa que un aspecto de la *fides* que en el contrato de sociedad alcanza una particular consideración, tanto de dar origen al *ius quodammodo fraternitatis*, que creemos que no sea otra cosa que aquello que Cicerón llamó *religió societatis e ius officii*, es decir, relación, vínculo de deber (moral)”¹¹.

9. TALAMANCA, Mario, “I. Società in Generale. a) Diritto Romano” en Enciclopedia del Diritto, XLII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1990, p. 828.

10. TALAMANCA, Mario, op. cit. en nota anterior, p. 828.

11. CANCELLI, F., op. cit. en nota 7, p. 501

En Roma, entonces, “los elementos esenciales son el consentimiento (*affectio societatis, animus contrahendae societatis*) que determina el fin social, el número de los participantes y la duración de la sociedad; la contribución en bienes y *operae* que diferirá según el tipo de sociedad que se quiera constituir y que lleva a la atribución de las cuotas sociales; el fin común lícito, por lo que el *lucrum* (ventaja económica) y el *damnum* (pérdida) son repartidos entre los socios en partes iguales, si no existe un pacto distinto”¹².

B.- La “investigación de paternidad” de los más importantes institutos del Derecho Comercial no es tarea fácil y la *societas* es uno de los temas más frecuentemente usados en las fuentes medievales y con los más variados significados, tendiente a indicar el resultado de una serie de conductas unificadas por el *animus societatis*, la puesta en común de medios y la operación para un fin común de las partes contratantes¹³. Tres son los institutos que, en la Edad Media, participan del calificativo de sociedad: la *commenda*¹⁴, la sociedad en nombre colectivo¹⁵ y la sociedad en comandita¹⁶.

Nos detendremos muy brevemente para considerar un particular tipo de sociedad que, ya existente en el derecho romano, encuentra nueva vida en el período medieval: el contrato de *adfratatio*¹⁷ que no es otra cosa que un particular tipo de sociedad, una típica *societas omnium bonorum*, con cualquier objeto lícito y dos características salientes: la *affectio societatis*, que en él asume una intensidad particular, en cuanto se manifiesta con la cohabitación *ad unum panem et ad unum vinum* por toda la vida con la paridad o igualdad de condiciones de los contratantes.

12. DIURNO, G., op. cit en nota 6, p. 523.

13. PECORELLA, Corrado, “I. Società in Generale. b) Diritto intermedio”, en Enciclopedia del Diritto cit. en nota 6, p. 860.

14. Es el contrato más conocido, más difundido en los documentos medievales y, consecuentemente, más estudiado por los historiadoras y juristas. En él una de las partes, llamada stans, entrega dinero o mercadería a otra, denominada tractador, para que los comercie en el mismo lugar o en otro. Dinero y mercadería pueden ser conferidos exclusivamente por el stans (commenda unilateral) o ser el resultado de aportes de una y otra parte (commenda bilateral), que es la forma más utilizada (la costumbre parece haber determinado el aporte del tractador en una cuarta parte de la totalidad del capital). Las utilidades debían dividirse en mitades. V. PECORELLA, C., op. cit. en nota anterior, p. 861.

15. Las primeras se remontan a los siglos XIII y XIV en la Toscana (Siena y Florencia).

16. Cuyos primeros ejemplos los encontramos en Florencia en los albores del siglo XV (1408).

17. Acto en virtud del cual un elemento extraño es admitido en el círculo natural de la familia, sin que el mismo entre en el Derecho familiar, ni se trate de una adopción directa o indirecta y sin que se forme una parentela o se constituyan derechos sucesorios a su favor.

Muchas eran las especies de *societas* en el Medioevo bárbaro.

Entre las que exigían el requisito de la *affectio societatis* podemos señalar la “sociedad tácita entre siervos”, que nos presenta la familia agrícola organizada en comunión tácita hereditaria que se constituía mediante la cohabitación de la tierra por un fin común de ganancia¹⁸.

C.-La Edad Moderna para la *societas* arranca en Francia con *L'Ordonnance servant de Règlement pour le Commerce des Marchands* de 1673, conjunto normativo que pretendía la unificación del derecho francés y la prevención y el abreviamiento de las *litis*. En lo que a la sociedad respecta, *l'Ordonnance* distinguía tres tipos contractuales: la *société générale* -que es el nombre que le daban los galos a la sociedad en nombre colectivo-, la sociedad en comandita y la *société anonyme* -que nada tiene que ver con la actual, es decir, con la sociedad por acciones que, curiosamente, la Ordenanza no contemplaba y que sí sería objeto de detallada regulación en el *Code du Commerce* Napoleón de 1807.

D.- La verdad es que son pocos hoy los autores que ahondan e insisten sobre este elemento subjetivo del contrato de sociedad, tal vez porque a través de los siglos ha quedado bien impregnada la idea de su existencia e importancia, tanto en los tiempos de Roma, en especial del período clásico para acá, como dentro de la experiencia gramática.

Pero además porque, tratándose de un elemento de distinción inseguro y difícilmente determinable¹⁹, eso lo ha hecho caer en desgracia.

Entre los italianos, Guerrera, citando sentencias de la casación italiana de la década de los ochentas, define este elemento “como la intención (de los socios) de estrechar (entre ellos) un vínculo de colaboración con la finalidad de perseguir un interés común”²⁰.

18. DIURNI, G., op. cit. en nota 6, pp. 525-6

19. FERRI, G., op. cit. en nota 3, pp. 539-40.

20. Fabrizio, “III. Società in Nome Collettivo”, en Enciclopedia del Diritto cit. en nota 4, p. 942.

Siempre recurriendo a la jurisprudencia italiana, los profesores Jaeger y Denozza, a propósito de los elementos esenciales del contrato de sociedad incluyen la *affectio societatis* (a la formación de un fondo común con los aportes de los socios y a la participación de los socios en las ganancias y en las pérdidas), afirmando que se trata éste de un “*elemento genérico que tal vez es de por si suficiente, en cuanto parece apto para englobar a todos los demás*”²¹.

Para Brunetti este elemento del que venimos discutiendo es el que sirve para distinguir la sociedad de la asociación: “...la *affectio societatis* distingue la sociedad con el fin lucrativo (...) de la asociación, aun cuando tenga un objetivo económico...; la *affectio societatis* es la exteriorización de la voluntad de colaboración interesada y, por ello, no es un requisito del contrato sino un elemento de su causa, por referirse al propósito de los contratantes de repartirse los lucros producidos en el ejercicio de la actividad mancomunada. Decía Carnelutti que la expresión tradicional es medianamente útil, no para indicar un requisito singular del contrato, sino para significar que la voluntad de los contratantes está dirigida a construir, no una simple relación de comunidad, sino la de sociedad...”²³.

Sin embargo, como se dijo líneas atrás, algunos reconocen que “la colaboración implícita en la *affectio societatis* es más efectiva y

21. Pier Giusto-Francesco, “Appunti di Diritto Commerciale”, I, Impresa e Società, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1989, p. 141. “El ejercicio en común de actividad económica podría frecuentemente darse bajo formas que no les permiten a los terceros adquirir pruebas sobre la existencia de la sociedad... En las relaciones internas (es decir, en las controversias en las que un sujeto avanza frente a otras pretensiones, invocando una relación social existente entre ellos) la prueba debe ser completa y debe comprender también la subsistencia de la *affectio societatis*...” que califican de prueba diabólica (pp. 141-2). De este mismo criterio son el mexicano MANTILLA MOLINA (Roberto L., “Derecho Mercantil. Introducción y Conceptos Fundamentales. Sociedades”, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., México, 1979. p. 173, n° 226, y el colombiano PINZON, Gabino, “Sociedades Comerciales”, II, “Tipos o Formas de Sociedad”, Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1983, p. 291.

22. Antonio, “Sociedades Mercantiles”, I., Aspectos Generales de la Sociedad, Editorial Jurídica Universitaria, S.A., México, 2002, pp. 8-9.

23. Roberto L., op. cit. en nota 20, misma pág.

más *intuitus personae* en la forma colectiva de una sociedad que en cualquier otra de las formas sociales”²⁴.

Para el colombiano Pinzón, ...el *animus societatis* debe expresarse o adquirir forma como sociedad colectiva, como sociedad en comandita, como sociedad de responsabilidad limitada o como sociedad anónima...Porque ese *animus societatis*, adquiere forma concreta por medio de un contrato en el que se entienden incorporadas las distintas normas legales vigentes y en el que pueden hacerse todas las estipulaciones que, dentro del tipo de sociedad adoptado y con sujeción a las reglas imperativas de la ley, consulten mejor las exigencias del desarrollo de la empresa social”²⁵.

En nuestro país quien se ha referido de último a este elemento subjetivo del contrato social es Hernández Aguilar, afirmando que en nuestras sociedades mercantiles “...no existe verdadera *affectio societatis*, ánimo de asociarse entre los socios...”, y añadiendo, en lo que toca a la llamada “sociedad unipersonal”, que “en este tipo de sociedades no existe *affectio societatis*, puesto que no existe pluralidad de personas, pero el socio único debe tener intención de ser socio de la sociedad”²⁶.

Por su parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

...IV.- Todo instituto jurídico auténtico y consolidado responde a una necesidad que surge de la realidad social cuando dos o más individuos unen esfuerzos para desarrollar una determinada actividad de la cual puedan derivar una ganancia partible, el derecho les ofrece la posibilidad de canalizar su aspiración en forma adecuada y justa, tanto con respecto a ellos como en lo tocante a los terceros, a través del contrato de sociedad. De acuerdo con los principios que inspiran este instituto jurídico, tres son los elementos que lo integran a saber: una pluralidad de personas que se involucran en la actividad; una comunidad de bienes, dinero o industria que se destinan a la realización del fin pactado y el acuerdo de repartir las ganancias. A dichos elementos es preciso añadir otro de vital importancia, en el caso de

24. PINZON, G. op. cit en nota 20, p. 21; criterio que comparte el salvadoreño LARA VELADO, Roberto, “Introducción al Estudio del Derecho Mercantil”, Editorial Universitaria de El Salvador, San Salvador, pp. 27-8.

25. Gabino, op. cit. en nota 20, p. 288.

26. Álvaro, “El Régimen Jurídico de la Sociedad Unipersonal: ¿utopía o realidad? En el moderno derecho societario”, en *Iustitia*, Año 19, NN 221-222, mayo-junio 2005, San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica, pp. 10 y 25.

la sociedad, que la caracteriza y determina su diferencia respecto a los contratos conmutativos. Se trata de la voluntad de unión, del ánimo de los contratantes de correr una suerte común, lo cual implica riesgos, ventajas y desventajas. Esa disposición anímica de los socios, conocida como 'animus societatis' o 'animus contrahendas societatis', determina en su relación una convergencia de intereses, al contrario de lo que sucede en los contratos conmutativos donde la reciprocidad entre las prestaciones de los contratantes origina una oposición de intereses. Es decir, que no hay en la sociedad un intercambio de prestaciones, donde cada sujeto recibe la del otro, sino que entre ellos coordinan esas prestaciones funcionalmente para alcanzar el fin común propuesto...(lo destacado en la recta es del autor)²⁷.

4. De las obligaciones del socio de una sociedad mercantil, con especial énfasis en la s.a.

Tanto la doctrina nacional como la extranjera han sido prolíferas y profusas en el análisis de los derechos del socio; no ha sucedido lo mismo -sin que barruntemos la razón- con las obligaciones o deberes que descienden de su participación en el contrato de sociedad.

Del análisis que nos presenta la mejor doctrina, podemos afirmar que al socio le corresponden tres deberes básicos, dos de carácter patrimonial y el otro de carácter corporativo o administrativo, que son, respectivamente,

- a) *Realizar el aporte*, que aparece mencionado y regulado en varias disposiciones de los códigos civil y de comercio -en cuanto a este último, véase artículos citados bajo el literal A del numeral 1 anterior- y al que los Autores le han dedicado una enorme cantidad de páginas en sus monografías, cursos y tratados sobre la s.a. y que desciende de manera directa del primer elemento objetivo del contrato de sociedad; y
- b) *Participar en las pérdidas que se generen durante el ejercicio social*, obligación que está reconocida de manera expresa tanto por el Código Civil (arts. 1201, 1202, 1203 y 1205.2) como por el

27. Resolución N°017-F-91 CIV de las 15 horas del 30 de enero de 1991.

Código de Comercio (arts. 18.14, 27 *in fine* y 70) y algunos autores²⁸;

- c) *Ser fiel o ser leal* (con los demás socios y con la propia sociedad), que constituye una clara manifestación del deber de colaboración o cooperación, ínsito en el contrato de sociedad, bastante descuidado, por cierto, por los escritores²⁹, y que, en nuestra opinión, desciende directamente del elemento subjetivo de la *affectio societatis*.

En lo que concierne a esta última obligación -que es la que nos interesa a los efectos de estas líneas-, la fidelidad o lealtad encuentra su justificación -aunque, para ser sinceros, nuestros códigos civil y de comercio a ella nunca se refieren de manera expresa³⁰- en la particular naturaleza de la sociedad basada en la confianza y buena fe que deben privar en las relaciones *inter socii* y en las de estos con la sociedad, pues de otra manera desaparecería la perspectiva de *convivencia* dentro de la sociedad, que se convertiría así en un simple haz de derechos individuales en permanente conmutación egoísta. Consideramos que este deber está impuesto en nuestro país, de manera indirecta, por la letra del artículo 21 del Código Civil, según el cual “los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe”³¹. Una de esas exigencias es la *consideración* con el otro contratante y con la propia sociedad a la que pertenece.

Sin embargo, debemos ser sinceros y reconocer que, hasta ahora, el deber de lealtad ha sido tratado de manera diferente según se esté ante una sociedad de personas o de capitales. En cuanto a las primeras se dice que, al ser su organización esencialmente individualista, *intuitu personae*, las relaciones de los socios entre sí

28. BRUNETTI, A., op. cit. en nota 21, pp. 142-3

29. Claro que, como se dijo, algunos Autores hablan de otros deberes como el de “soportar las pérdidas” que para otros es más bien parte del genérico derecho al dividendo; el de “respetar la ley y los estatutos”, que es más bien un deber genérico de todo ciudadano; o el de “aceptar la decisión de la mayoría”.

30. A nosotros nos parece que existe una referencia tácita a este deber en el párrafo segundo del artículo 1209 del Código Civil -aunque esté referido a los administradores de la sociedad- en donde establece la posibilidad de remover al socio de la administración por una causa grave, “y se tendrá por tal la que lo haga indigno de confianza o incapaz de administrar útilmente”.

y para con la sociedad deben estar impregnadas de confianza y buena fe, sancionándose severamente la prohibición de concurrencia y el conflicto de intereses. Por el contrario, en las sociedades de capital, en donde lo que importa no es la persona del socio sino su aporte, se dice que la obligación de fidelidad o lealtad tiene importancia sólo para los administradores que son los que, en definitiva, resultan “sancionados” por la concurrencia indebida y el conflicto de intereses³². Sin embargo muchos son los códigos de comercio y leyes de sociedades que sancionan con la nulidad (junto con la obligación de indemnizar a la sociedad por los daños y perjuicios ocasionados) aquel acuerdo de asamblea que se hubiere tomado con voto o votos en conflicto de intereses, siempre, que hubieren sido *determinantes* para alcanzar la mayoría y que hubieren generado un daño a la sociedad, o la hubieren colocado en grado de sufrirlo. Se colige entonces que, antes este supuesto, lo correcto es que el socio se abstenga de votar, sin que pierda su derecho de intervenir en la asamblea. Igualmente opinamos que, en ordenamientos como el nuestro que no sancionan la invalidez de acuerdos “asamblearios” tomados en conflicto de intereses, difícilmente podría impugnarse con éxito semejante acuerdo, aunque conlleve la violación del deber de lealtad!

En relación con la s.a., la mayoría de los Autores citan como el único deber de los socios el otorgamiento del aporte³³, siendo objeto de una acalorada discusión la posibilidad de exigir a los socios obligaciones distintas a la realización del aporte, tales como las llamadas *prestaciones accesorias*³⁴ o *la cooperación activa y pasiva con*

31. Además, nos parece, que el acto infiel o desleal de un socio en perjuicio de la propia sociedad o de otro u otros socios constituye un abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, lo que también está sancionado por el numeral 22 ibidem.

32. BRUNETTI, A., op. cit. en nota 21, pp. 143-4

33. “Fundamentalmente todas las obligaciones del accionista se reducen a una: la de realizar íntegramente la aportación de capital ofrecido al fundar la sociedad o a ingresar en una sociedad ya existente”; GARRIGUEZ, Joaquín, “Curso de Derecho Mercantil”, I, Editorial Porrúa, S. A., México D.F., México, 1984, p. 525.

34. Se trata de una obligación del socio que nuestra legislación no reconoce y que algunos códigos, siguiendo el ejemplo del KGB alemán, han introducido en las sociedades anónimas -y algunos también en las de responsabilidad limitada- para colmar posibles lagunas en la regulación de la relación de trabajo proporcionar a la sociedad. Son prestaciones (y NO aportes) que estos pueden proporcionar a la sociedad. Son prestaciones que por naturaleza son personales, que deben ser realizadas por el socio periódicamente; ese vínculo del socio debe indicarse en el título accionario y, generalmente, el traspaso de estas acciones está subordinado al consentimiento de la asamblea de accionistas o de la junta directiva. BRUNETTI, A., op. cit. en nota 21, pp. 141-2 y en “tratado del Derecho de las Sociedades”, II, Editorial UTHEA, Buenos Aires, Argentina, 1960, pp. 313 ss. Entre los italianos, cuya legislación sí regula las prestaciones accesorias, podemos citar a BARTALENA, Andrea, “Le Azioni con Prestazioni Accessorie come ‘Categoría’ di Azioni”, en “Studi in onore di Luca Buttaro”, I., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2002, p. 29 ss.;

la sociedad y con los demás socios. Para algunos, y nosotros nos matriculamos con esa tesis, la obligación de colaboración es consubstancial al contrario de sociedad³⁵ y, en general, a todos los contratos de colaboración y auxilio (asociativos). Claro que bien podríamos aceptar, con la única finalidad de evitar enconados debates doctrinales, que esta obligación de colaboración se presenta, primordialmente en la s.a., con características especiales respecto a esa misma obligación en una sociedad en nombre colectivo (como por ejemplo, abstenerse de intervenir con su voto en aquellas deliberaciones sociales sobre temas en que su interés personal se pone al interés social), lo que revela el deber del socio de comportarse con lealtad para con la sociedad, anteponiendo el interés social a sus mezquinos intereses³⁶.

CAMPOBASSO, Gian Franco, "Diritto Commerciale. 2. Diritto delle Società", UTET, Torino, Italia, pp. 178-180; CORSI, Francesco, "Le Nuove Società di Capitali", A. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2003, pp. 116 y 137; COTTINO, Gastone "Società per Azioni" en Nov. Dig. It. Cit en nota 1, pp. 594-5; FERRI, G., "Le Società", UTET, Torino, Italia, 1971, pp. 352-5; GALGANO, F., "Diritto commerciale. Le Società", Zanichelli Editore SpA, Bologna, Italia, 2004, 14ª. Edición, p. 175; GRAZIANI, Alessandro, "Diritto delle Società", Morano Editore, Napoli, Italia, 1963, p. 262; GRECO, Paolo, "Lezioni di Diritto Commerciale", G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, 1944, p. 138; JAEGER, P.J.-DENOZZA, F., op. cit. en nota 20, p. 254; RESCIO, Giuseppe Alberto, "Azioni con Luca Buttarò cit., II, pp. 199 ss.; SANTINI, Gerardo, "Società a Responsabilità Limitata", Zanichelli Editore SpA-II Foro Italiano, Bologna-Roma, Italia, 1971, pp. 92-96. En España, MORA ALARCON, José Antonio y Luis Miguel, "Manual de Sociedades de Responsabilidad Limitada", Edisofes S.L., Madrid, España, 1995, pp. 127-8; URÍA, Rodrigo, "Derecho Mercantil", Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, 2001, pp. 480-2. En México, MANTILLA MOLINA, R.L., op. cit. en nota 20, p.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", I, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., México, p. 174; y en El Salvador véase a LARA VELADO, R., op. cit. en nota 23, p. 59. No conocemos a nadie que hasta ahora haya afrontado este tema en nuestro país. La verdad es que no están prohibidas y pueden entronizarse en las sociedades de capital a través de la autorización contenida e el inciso 19 del artículo 18. En lo que toca a la sociedad anónima, las acciones con este tipo de prestaciones bien podrían emitirse utilizando la figura de la acción privilegiada o preferente (artículo 121).

35. Sobre el particular, BRUNETTI, A., op. cit. en nota 21, p. 143) nos dice: "Se puede hablar, a este propósito, de un conjunto de obligaciones corporativas estrechamente ligadas al hecho de pertenecer a la asociación, que no se concretan dando sugerencias y directivas fuera de la incumbencia administrativa, sino que se concretan en prestaciones, positivas y negativas, de actividad in faciendo o in omitiendo, cuya inobservancia, como lesión a la obligación de fidelidad, puede producir un cierto daño a la sociedad. Estas prestaciones se derivan generalmente del contrario..."

36. Partícipe de esta tesis es el Autor mexicano-español Joaquín RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ cuya posición nos parece particularmente interesante ya que, se dice, el Libro I de nuestro Código se inspiró en el Código de Comercio de Honduras, redactado por el prof. Rodríguez a imagen y semejanza de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, 1977, pp. 489-90. Esta afirmación la ha efectuado de reciente nuestra Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en sentencia N°489-F-2005 de las 9:30 horas del 13 de julio del 2005, considerando XIII.

Nos parece *in fine* que esta obligación de cooperar de la que venimos discutiendo conlleva, también, las de (i) no ejercer *abusivamente* del derecho de voto en las asambleas para obtener, para sí o para otros, ventajas injustas o de las que resulte, o pueda resultar, perjuicio para la sociedad o para otros accionistas; así como (ii) abstenerse de realizar actos de competencia desleal contra la sociedad; etc.

Llegamos así a una primera conclusión: la obligación de ser leal o fiel con la sociedad y con los demás socios es una obligación fundamental de todo socio en el contrato de sociedad -puesto que nace de uno de sus elementos esenciales como es la *affectio societatis*- y, además, una obligación común a todos los tipos de sociedades tipificadas en el Código de Comercio (art. 17), pudiéndose admitir que la intensidad con que este deber puede ejecutarse varíe según que nos encontremos frente a una sociedad de personas o de capitales y dentro de estas, ante una sociedad cerrada o ante una sociedad abierta.

De lo dicho hasta aquí se deduce que el denominado “deber de lealtad o fidelidad” es una consecuencia de la coexistencia, en la sociedad, de un interés general -que normalmente llamamos *interés social*- distinto del interés particular de cada socio; de donde podríamos definir este deber como la preeminencia de interés de la sociedad sobre los intereses particulares de los socios, que debe anteponerse sobre los intereses individuales en los casos en que entre en conflicto con ellos.

Con vista en lo anterior, nos parece evidente que el socio de una s.a. puede estar obligado a algo más que a realizar una aportación de capital. Por otro lado, en las sociedades anónimas de estructura personalista que, en nuestro país, son las más comunes, se defiende la existencia de deberes de fidelidad entre la sociedad y los socios tales como, p. ej., la obligación de no competir con la sociedad. Pero, incluso en el tipo extremo de sociedades anónimas que cotizan sus acciones en una bolsa de valores se sostiene que existen deberes de fidelidad de la mayoría hacia la minoría. En síntesis, es preciso diferenciar entre los diferentes tipos de sociedad anónima cuando de lo que se trata es determinar las obligaciones de los socios. Sin duda, debe abandonarse aquella idea de que en

la s.a. el socio sólo está obligado a realizar una aportación de capital³⁷.

5. De las sanciones previstas por la violación de obligaciones

La doctrina y el Derecho comparado nos ofrecen varios ejemplos de sanciones aplicables al socio que ha sido infiel o desleal para con la sociedad que, para efectos meramente didácticos, dividiremos en dos categorías:

A. Consecuencias a lo interno de la sociedad.

A.1. Exclusión del socio³⁸;

A.2. Derecho de la sociedad de percibir los beneficios derivados de esos actos y el correlativo deber del socio de asumir las pérdidas; y

A.3. Nulidad del voto de quien lo haya emitido teniendo un interés contrario al interés social.

B. Consecuencias a lo externo de la sociedad:

B.1. Civiles (reparación del daño e indemnización de los perjuicios).

B.2. Penales.

Por supuesto que, de las anteriores sanciones, nos ocuparemos, de aquí en adelante, sólo de la *exclusión*.

6. De la exclusión del socio de la sociedad

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, *exclusión* es la “acción y efecto de excluir”, que es “quitar a una persona o cosa del lugar que ocupaba”³⁹.

37. frañian santas, Francisco Javier, “La Exclusión del Socio en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, Editorial Comares S.L., Granada, España, 2005, p. 107.

38. Que produce también, según BRUNETTI (op. cit. en nota 21, p. 124), la pérdida del status de socio.

39. Tomo I, a-g, Real Academia Española, Vigésima primera edición, Madrid, España, 1992.

Nuestro Código Civil no utiliza, en la normativa que regula las compañías o sociedades (arts. 1196 a 1250), el término exclusión⁴⁰: tan solo habla de la renuncia⁴¹ (arts. 1205.3 y 1246-1248) y del retiro⁴² (arts. 1225 y 1248 *in fine*) del socio.

Por su parte, el Código de Comercio, en las normas de las sociedades (arts. 17 a 233), sí utiliza varias veces la voz **exclusión** pero, de manera expresa, sólo limitadamente al incumplimiento de obligaciones patrimoniales (impago del aporte).

La exclusión de un socio es la reacción contra una conducta o cualidad de un socio que impide el desarrollo del objeto social y la consecución del fin común y sólo es posible cuando las circunstancias que convierten en irrazonable la continuación en sociedad tienen su origen en su persona. Se concluye entonces que la causa de exclusión puede consistir tanto en un comportamiento del socio como en una circunstancia personal del mismo.

Tenemos entonces que la exclusión de la sociedad aplicada al socio que incumple sus obligaciones se utiliza o puede utilizarse entonces como sanción:

6.1. *Por razones patrimoniales*

La obligación patrimonial por excelencia de todo socio es pagar el aporte de capital suscrito, obligación que se presenta en nuestra sociedad anónima de acuerdo a lo establecido en el inciso b) del artículo 104, sólo cuando el pago debe ser cubierto en efectivo, ya que se permite prorratearlo hasta en un setenta y cinco por ciento y por el término que las partes de común acuerdo establezcan⁴³. Las restantes formas de aportes, según reza el inciso c) del citado

40. Al menos de manera expresa ya que de manera tácita sí podría pensarse que está empleado dicho término en la parte final del artículo 1225 cuando dice "... y deberá hacerlo, si lo exigen sus compañeros". A nosotros nos parece que exigirle a un socio que se retire de la sociedad no es otra cosa que excluirlo!

41. Que, siempre según el citado Diccionario (véase nota 37), es la "dimisión o dejación voluntaria de una cosa que se posee, o del derecho a ella"

42. "Acción y efecto de retirarse" que es "apartar o separar una persona o cosa de otra o de un sitio...Obligar a uno a que se aparte, o rechazarle...", Diccionario de la Lengua Española cit., nota 37.

43. Igual sucede en el Codice Civile italiano (art. 2342), en la Ley General de Sociedades Mercantiles de México (art. 89. III. IV); en el Código de Comercio de El Salvador (art. 192. II. III); en el Código de Comercio de Honduras (art. 92. III. IV); en el Código de Comercio de Nicaragua (art. 202); etc.

104, deben quedar íntegramente pagadas en el acto de la constitución de la sociedad⁴⁴
45.

6.2. *Por razones no patrimoniales*

Muchos ordenamientos jurídicos contemplan la exclusión del socio de la sociedad cuándo éste hubiere incurrido en conductas desleales o infieles para con esta o para con los restantes socios, mediante el establecimiento de un procedimiento - primero extrajudicial y luego judicial- que le garantice a todos los afectados la defensa de sus derechos.

7. **La exclusión como forma de sanción en los más importantes contratos denominados “asociativos” o “de colaboración y auxilio” en nuestro ordenamiento jurídico**

7.1. *El Contrato de Asociación*

La Ley de Asociaciones N° 218 del 8 de agosto de 1939 y sus reformas no habla de exclusión. Sin embargo, su artículo 7, inciso d) dice:

“Los estatutos de toda asociación deben expresar:

d) Modalidad de...desfiliación de los asociados...”. (lo destacado en letra recta no pertenece al original).

El artículo 9 por su parte reza:

“Es permitido establecer en los estatutos restricciones para ...

la separación de los miembros, pero la asociación no puede variar o ampliar esas restricciones ni suprimir los derechos estatutarios de los asociados sin modificar previamente el ordenamiento básico.

44. En la sociedad de responsabilidad limitada, por el contrario, el pago diferido del aporte suscrito se permite cualesquiera que sea la naturaleza del aporte (dinero efectivo, bienes o valores) y siempre que se verifique dentro del año siguiente a la constitución de la sociedad. CERTAD, Gastón, “La Sociedad de Responsabilidad Limitada”, Editorial Juritexto, 2ª. Edición, San José, Costa Rica, 2005, pp. 145 ss.

45. Como dijimos en el texto, nuestro Código Civil no contempla, de manera expresa, la exclusión del socio de la sociedad o compañía; la única norma que, de manera tácita, si parece contemplarla es la parte final del párrafo segundo del artículo 1225, según el cual los demás socios podrán exigirle al socio o socios que no quieran aumentar sus aportes ante la hipótesis allí contemplada, retirarse de la sociedad. Véase nuestro comentario en la nota 35.

El asociado que se separa de la entidad pierde sus derechos en la misma, con excepción de las cantidades que ésta retuviere en calidad de depósito y de los créditos personales del asociado contra aquella entidad”. (Lo destacado en letra cursiva es del autor).

El artículo 17, que define quiénes son asociados y nos habla del libro denominado “de miembros de la asociación del” dice también que:

Las cancelaciones de inscripciones que se harán de acuerdo y en la forma que prevean los estatutos se indicarán en el mismo libro, consignando en el asiento de admisión una marginal que indique el asiento en que conste que el asociado ha perdido sus derechos...

Por último, la frase final del artículo 35 dice:

...Los funcionarios de la asociación que sufrieren alguna condena por alguna de las faltas o delitos que se castigan, quedarán de hecho expulsados de la entidad desde el momento en que el delito esté castigado. (Lo destacado en letra recta es del autor)

No tenemos dudas de que esta ley⁴⁶, al utilizar los vocables “desafiliación”, “separación” y “expulsión” está comprendiendo la exclusión.

7.2. El contrato cooperativo

La Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto de Fomento Cooperativo N° 6756 del 22 de agosto de 1968 y sus reformas⁴⁷ es la que trata con más detalle la figura de la exclusión.

Veamos.

En su artículo 34 se dice:

46. Así como el Reglamento a esa Ley, Decreto Ejecutivo N°29496-J del 17 de abril del 2001, en sus artículos 8 inciso d), 13 inciso c) y 43 inciso c), que hablan también de “expulsión” y “desafiliación”.

47. No obstante el nombre que a esta ley le dio nuestro legislador, somos de la opinión -expresada en nuestro artículo “Notas en torno a la naturaleza jurídica de las cooperativas”, publicada en la Revista Iustitia, N° 35, San José, Costa Rica, pp. 4 ss. -que de una lectura integral de la misma se desprende, con meridiana claridad, que la cooperativa es, en Costa Rica, una sociedad y no una asociación.

“Para que una solicitud de inscripción pueda ser considerada y aceptada, los estatutos de la cooperativa deberán contener:

...f) Las condiciones de admisión y retiro voluntario -las causas de exclusión de los asociados...” (la letra recta es del autor).

El artículo 55 establece una de las causales de exclusión más reconocidas por las leyes societarias.

“Ni los miembros del consejo de administración, ni el gerente, ni los asociados y trabajadores al servicio de una cooperativa, podrán dedicarse por cuenta propia o ajena, a ninguna labor o negocio similar que tenga relación con el giro principal de la cooperativa y de actividades conexas o afines con ésta. Si lo hicieren, el comité de vigilancia, previa comprobación de los hechos exigirá al culpable abandonar inmediatamente el cargo y si es un asociado, ordenará la suspensión provisional del mismo, mientras la asamblea resuelve en definitiva el caso...” (Lo destacado en letra no está en el original).

Por su parte, el artículo 59 dice que:

“Las cooperativas excluidas responderán de las obligaciones contraídas hasta el momento de su retiro o exclusión, por el término de un año”.

En cuanto a la compensación del excluido, el artículo 62 establece que:

El asociado que se retire o que sea excluido por cualquier causa, conservará sus derechos a los excedentes o intereses del ejercicio que estuviere en curso, hasta el momento de su retiro;...En igual forma tendrá derecho a que se le devuelva íntegramente el monto de los aportes pagados por él menos los saldos que deba a la asociación y la proporción que le corresponde en las pérdidas del patrimonio social, si las hubiere, en la forma y condiciones que disponga los estatutos...

Todo esto nos demuestra que la exclusión, como forma de disolución parcial de los contratos de colaboración y auxilio, no es ajena a nuestro legislador.

8. La exclusión en nuestro Código de Comercio

Parece importante reiterar que el Código de Comercio carece de una o más normas que regulen la exclusión de socios de una

sociedad; tan solo menciona ciertos supuestos específicos contenidos de manera dispersa a lo largo y ancho de su articulado y, de manera expresa, sólo por razones patrimoniales.

Tampoco hace ninguna referencia al procedimiento aplicable en ninguno de los supuestos de exclusión que comprende, por lo que parece dejarlo a la libre regulación contractual. En virtud de lo anterior, consideramos que los socios bien podrían regular en el pacto social-vía artículo 18.19. y estatutariamente -vía artículo 187- el procedimiento que estimen más adecuado, siempre y cuando respeten, por supuesto, las garantías del debido proceso, en los términos en que han sido desarrolladas en materia de asociaciones, a las que sí se les ha reconocido, a nivel de registro y jurisprudencial, la posibilidad de expeler a sus miembros⁴⁸.

8.1. El artículo 32, norma general de sociedades mercantiles en tema de aportes, en lo que aquí interesa, reza:

“...Si fuere en créditos u otros valores, la sociedad los recibirá, a reserva de que se hagan efectivos a su vencimiento, y si así no ocurriere los devolverá al socio que los haya aportado, con el requerimiento de que debe pagar el aporte en dinero dentro de un término que le fijará y que no será menor de un mes. Si no hiciere el pago dentro de ese plazo, se le excluirá de la sociedad, y cualquier entrega parcial que hubiere hecho quedará a favor de la compañía como indemnización fija de daños y perjuicios...” (lo destacado en letra recta no aparece en el original).

8.2. En tema de sociedades en nombre colectivo-cuyas normas se aplican, a tenor del artículo 74, a las sociedades en comandita-el artículo 37 hace referencia a la *separación de un socio de la sociedad*, mientras el párrafo segundo del artículo 48 nos dice que:

“...La sociedad podrá excluir a los socios que contravinieren esta disposición, o bien tomar por su cuenta el negocio o exigir que el socio le entregue la ganancia obtenida en las operaciones que ya hubiere ejecutado, todo sin perjuicio de la indemnización por cualquier daño que le hubiere

48. En lo que toca a las asociaciones, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterada en el sentido de que estos entes se encuentran autorizados para expulsar a sus asociados, siempre y cuando en sus estatutos se prevea un procedimiento en el que se cumplan las garantías del debido proceso. Resoluciones N° 2002-1964 de las 11:49 horas del 22 de febrero del 2002; 7562-98 de las 17:06 horas del 21 de octubre de 1998; y 7531-94 de las 16:45 horas del 21 de diciembre de 1994.

*ocasionado a la empresa*⁴⁹ (lo destacado en letra recta no está en el original).

Por lo demás, el artículo 55, incisos a) y b), contiene prohibiciones a los socios colectivos (y comanditados) que han sido tradicionalmente consideradas por los Autores como manifestaciones del deber de lealtad.

Por último el artículo 204 nos dice que “la exclusión o *retiro de un socio colectivo o comanditado no es causa de disolución, salvo que ello se hubiere pactado de un modo expreso*” (la letra recta no pertenece al original).

- 8.3. En el artículo 64, la ley le prohíbe al socio comanditado dedicarse, *per se* o por interpósita persona, a negocios iguales a los que constituyen el objeto de la sociedad.
- 8.4. La única referencia expresa a la fidelidad dentro de la sociedad de responsabilidad limitada la hace el código respecto a los administradores, gerentes y/o subgerentes, en el artículo 90, pero sólo en su condición de tales y no como socios.

Además, el artículo 205 establece que “*en las sociedades de responsabilidad limitada, es válida la cláusula que establezca la disolución por muerte, exclusión o retiro de uno de los socios*” (la letra recta no aparece en la original).

- 8.5. En lo concerniente a la sociedad anónima, el artículo 127 dice:

“El producto de la venta a que se refiere el artículo anterior se aplicará a cubrir la deuda y si excediere del monto de ésta, se cubrirán también los gastos de la venta y los intereses legales sobre lo adecuado. El remanente se entregará al antiguo accionista, si lo reclamare dentro del plazo de un año contado a partir de la fecha de la venta; de lo contrario quedará a beneficio de la sociedad” (lo destacado en letra es del autor).

49. Es ésta, precisamente, una de las conductas que según la doctrina constituye manifestación concreta de infidelidad del socio: el ejercicio de actividades análogas a las de la sociedad, personalmente o mediante de sociedades por él controladas, conocido con el nombre de “prohibición de concurrencia”.

No tenemos la menor duda que aquí se puede producir la *exclusión o salida forzosa* del socio como consecuencia del incumplimiento de una obligación social: en la s.a. el socio puede causar baja en la sociedad en aplicación de las normas sobre dividendos pasivos, aunque el legislador no haya utilizado *expressi verbis* el término “exclusión”⁵⁰.

De este numeral se infiere, con meridiana claridad, que el incumplimiento de la obligación de aportar o de pagar la parte insoluble del aporte en dinero de la s.a. puede conllevar a la exclusión del socio, claro que limitadamente a aquellos casos en los que todas las acciones del socio moroso están parcialmente desembolsadas y éste se encuentra en mora respecto al cumplimiento de todas las obligaciones de aportar dimanantes de estas acciones⁵¹. Dicha exclusión se produciría como consecuencia (i) de la transmisión de sus acciones a un tercero, o bien recurriendo al remedio subsidiario de (ii) la amortización -y no la “anulación” como reza nuestra ley- de sus acciones⁵².

Por su parte, el numeral 128 reza:

“Si no hubiere sido posible efectuar la venta dentro del plazo de tres meses a partir de la fecha en que debió hacerse el pago, las acciones quedarán a beneficio de la sociedad, la cual podrá emitir las acciones de nuevo”.

Nos parece que con este artículo se confirma en tema de dividendos pasivos de sociedades anónimas que la salida forzosa de la sociedad del socio moroso se da no sólo por venta extrajudicial sino por la imposibilidad de efectuar dicha venta dentro del plazo establecido.

8.6.-De la presencia de todas estas normas mercantiles se colige que nuestro Código de Comercio, dentro de las regulaciones del

50. Que sí ha sido reconocido por la Sección Segunda del Tribunal Segundo Civil en sentencia N°301 de las 8:45 horas del 12 de septiembre del 2003.

51. FRAMIÑAN SANTAS, F.J., op. cit en nota 35, p. 97.

52. En efecto, el artículo 128 reza: “Si no hubiere sido posible efectuar la venta dentro del plazo de tres meses a partir de la fecha en que debió hacerse el pago, las acciones quedarán anuladas y el accionista perderá todo derecho a sus aportes, que quedarán a beneficio de la sociedad, la cual podrá emitir las acciones de nuevo”. Nos parece que con este numeral se confirma el tema de dividendos pasivos de sociedades anónimas que la salida forzosa del socio moroso se da no sólo por venta extrajudicial sino por la imposibilidad de efectuarla dentro del plazo establecido.

contrato de sociedad, (i) contempla *expressi verbis* la figura de la exclusión; (ii) que dicha figura está prevista, de manera expresa, para la violación de obligaciones patrimoniales: en todas las sociedades, cuando hay incumplimiento en el pago del aporte de créditos y otros valores y, sólo en la sociedad anónima, cuando hay incumplimiento en el pago diferido del aporte en efectivo; (iii) que esa figura está contemplada, de manera tácita, respecto al incumplimiento de obligaciones no patrimoniales (lealtad o fidelidad), especialmente en las denominadas “sociedades de personas”; (iv) que la exclusión no está prohibida en la sociedad anónima como medio represivo respecto a la violación de otras obligaciones del socio, en especial del deber de lealtad; (v) que, a pesar de estar tipificada, no existe un procedimiento, un debido proceso, que le garantice a las partes afectadas la plena defensa de sus derechos cuando son (arbitrariamente) excluidas de la sociedad.

9. Otras normas legales que podrían aplicarse a la actuación del socio infiel

9.1. La “Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor”, N° 7472 del 20 de diciembre de 1994, en su artículo 17, establece:

“Entre los agentes económicos, se prohíben los actos de competencia contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, generalmente aceptados en el sistema de mercado, que causen un daño efectivo o amenaza de daño comprobados. Esos actos son prohibidos cuando:

- a) Generen confusión, por cualquier medio, respecto del establecimiento comercial, los productos o la actividad económica de uno o varios competidores.
- b) Se realicen aseveraciones falsas para desacreditar el establecimiento comercial, los productos, la actividad o la identidad de un competidor.
- c) ...
- d) ...

También son prohibidos cualesquiera otros actos o comportamientos de competencia desleal, de naturaleza análoga a los mencionados, que distorsionen la transparencia del mercado en perjuicio del consumidor o los competidores...”.

Un socio podría perfectamente ser competencia de la sociedad de la que forma parte, máxime si se trata de una sociedad de capitales, en las que la ley no establece la “prohibición de concurrencia” y en la medida en que esta competencia del socio rebase los límites de las buenas prácticas comerciales, esto es, las normas de corrección y buenos usos mercantiles, el socio que así actuare lo haría en forma desleal con la sociedad y con los demás socios.

9.2. La actuación del socio infiel bien podría caer en la previsión del párrafo primero del artículo 7 de la “Ley de Información no Divulgada”, N° 7975 del 22 de diciembre de 1999, que reza:

“Confidencialidad en las relaciones laborales o comerciales

Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a información no divulgada en los términos señalados en el primer párrafo del artículo 2 de esta ley y sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido en forma expresa, deberá abstenerse de usarla o divulgarla sin el consentimiento del titular, aun cuando su relación laboral, el desempeño de su profesión o la relación de negocios haya cesado”.

Si bien es cierto la norma no hace referencia expresa al socio de una sociedad, éste bien podría estar comprendido en ella por tener una relación muy estrecha que, en principio, le permitiría acceder a información secreta de la sociedad. Ahora bien; si esa información llegare a conocimiento de un socio, independientemente de cómo la obtuvo, él estaría impedido de transmitirla a terceros. Estaríamos aquí en presencia de lo que los norteamericanos llaman y la doctrina trata bajo el nombre de *insider trading*. La evolución legislativa histórica avanza hacia la tipificación penal del *insider trading* y hacia un mayor rigor sancionador⁵³.

10. La exclusión como causa consensual de disolución parcial del contrato social. Aspectos que deben ser regulados

No cabe duda alguna de que lo ideal sería introducir, mediante una reforma legislativa, una regulación concreta y precisa del deber de lealtad o fidelidad de los socios en las asociaciones, que contemple

53. CACHON BLANCO, José Enrique, “Derecho del Mercado de Valores”, I, Dykinson, Madrid, España, 1992, pp. 115-6; GALGANO, Francesco, op. cit. en nota 32, pp. 507 ss.

y desarrolle los mecanismos necesarios que tendría la sociedad a su disposición en caso de que fuere infringido. Pero desgraciadamente, esto no depende de nosotros.

Llámase *disolución* en derecho societario, a la terminación del contrato social, que bien puede ser *erga omnes* (disolución total) o bien sólo respecto a alguna o algunas de sus partes (disolución parcial). De ahí que se diga que el retiro o receso, conjuntamente con la exclusión o separación, son causales de disolución parcial del vínculo societario.

Según el artículo 18 de nuestro Código de Comercio,

“la escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener: ...

16) Casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente; ...”

Por supuesto que, si no es lícito distinguir allí la ley no distingue, debe interpretarse que “esos casos” están referidos a la disolución en general, esto es, tanto a la total como a la parcial. Y si en la escritura social de toda sociedad mercantil, siempre según dicho numeral, puede incluirse:

“...19) Cualquier otra convención en que hubieren consentido los fundadores”,

Entonces puede perfectamente agregarse a dicha escritura una cláusula contentiva de una o más causas convencionales o voluntarias (y no legales), generales o particulares, de terminación del contrato social, como podría ser la exclusión de uno o más socios por la realización de actos desleales o infieles frente a la misma sociedad o a los demás socios.

Pero de muy poco serviría lo anterior si antes no incluimos, en el pacto social, una cláusula que enumere las obligaciones patrimoniales y no patrimoniales -sobre todo estas últimas respecto de las cuales no existe claridad en la ley- de los socios incluyendo, por supuesto, la de ser leales o fieles con la propia sociedad y con sus semejantes, obligación que no tendría nada de raro ni de especial si la sociedad se dedica, por ejemplo, exclusiva o primordialmente, a administrar un club social.

Concomitantemente deberán incluirse las causales de exclusión que deberán determinarse, como al unísono afirma la doctrina, de manera concreta y precisa⁵⁴, concluyendo la cláusula por supuesto con una mención genérica a la *justa causa de exclusión*⁵⁵. Estas causas, a criterio de la mejor doctrina, deberán reunir, por lo menos, los siguientes requisitos: a) ser creadas con una finalidad defensiva de la sociedad, del proyecto común; b) consistir en cualidades, conductas o circunstancias ligadas a la persona de un socio⁵⁶.

Aun así nos parece que todo esto sería insuficiente si no incluimos, además, en el pacto constitutivo o, mejor aún, en el estatuto o por vía reglamentaria⁵⁷, un procedimiento, preferiblemente a cursarse en sede arbitral, que le garantice a todos los posibles afectados (el socio o socios excluidos, la propia sociedad y los demás socios) la defensa de sus derechos y que siga, por supuesto, al pie de la letra, los postulados del debido proceso.

11. El deber de lealtad o fidelidad como “prestación accesorias” del socio de s.r.l. o de s.a.

Nuestro Código de Comercio no contempla, ni en las normas reguladoras de la sociedad de responsabilidad limitada, ni en las de la anónima, las denominadas *prestaciones accesorias*. Y es que en principio la inclusión de este tipo especial de cuotas o acciones vía contrato social no ha recibido el beneplácito de la mayoría de los Autores, ni de muchas legislaciones que ni las mencionan.

En el caso concreto de nuestro país, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado contraria al establecimiento de obligaciones accesorias, al menos en el caso de sociedades anónimas, con fundamento en la letra del artículo 102 que dice que en esa sociedad

54. FRAMIÑAN SANTAS, FJ., op. cit. en nota 35, p. 35.

55. Por justa causa debe entenderse aquella circunstancia sobrevenida en la vida de la sociedad que provoca que la continuación de ésta hasta el plazo previsto (o hasta el momento en que resulte posible la disolución ordinaria) no puede ser exigida por el socio FRAMIÑAN SANTAS, S.J., op. cit. en nota 35, p. 127.

56. FRAMIÑAN SANTAS, FJ., op. cit., en nota 35, pp. 40 ss.

57. El artículo 188 establece que “es atribución del consejo de administración dictar los estatutos y reglamentos de la sociedad”, de donde, una vez que los socios han asumido en el pacto social la obligación de ser fieles y leales con la sociedad y sus semejantes, la administración dicte un “reglamento de exclusión de socios por violación de obligaciones no patrimoniales”.

“... los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones⁵⁸” (lo destacado en cursiva no pertenece al original):

“... Es un principio en la mayor parte de las legislaciones, incluida la nuestra, que los socios de una sociedad anónima no pueden ser obligados a otras prestaciones distintas del aporte de capital. En doctrina se afirma que imponer otras es contrariar la naturaleza misma de esta sociedad. Excepcionalmente, en algunos países, como es el caso de Alemania, se permite, en el contrato social, establecer prestaciones de otra índole, lo que ha sido objeto de crítica; pero aún en ello, la quiebra del principio sólo se autoriza a texto legal expreso, donde además se fijen los alcances de la prestación y las consecuencias concretas por el no cumplimiento. Refiriéndose a la legislación mexicana, que en este particular es igual a la nuestra, comenta el tratadista Joaquín Rodríguez: ‘...no creo que los socios de una sociedad anónima se comprometan legalmente a realizar prestaciones distintas ni complementarias de las que resultan del estricto cumplimiento de su obligación de aportar el valor en dinero de las acciones suscritas, o los bienes previstos, cuando se trata de aportaciones en especie, y esta solución negativa se extiende a toda clase de obligaciones que pretenda imponerse a los socios, ya se trate de estrictas obligaciones de dar, ya de obligaciones de hacer...’ (Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, págs.. 487 y 488). Es obvio que la obligación que se impuso a los socios de la demandante, de mantener en sus granjas determinando número de aves, no es una decisión que atañe al capital de la sociedad. Ni siquiera es posible aceptar que indirectamente lleve a un incremento del aporte social. Se trata, pues, de una prestación absolutamente diferente, que no encuentra respaldo en ninguna ley, que contrataría más bien el principio incorporado en el citado artículo 102 y cuyo incumplimiento estaría ayuno de una específica sanción, pues ni en los estatutos de la sociedad está prevista...”⁵⁹.

A nivel doctrinal, el profesor Luis Baudrit Carrillo, refiriéndose a la costumbre, en algunas sociedades anónimas con actividades sociales, deportivas o recreativas, de establecer como obligación de los socios el pago de determinadas cuotas cuyo incumplimiento impediría o limitaría el ejercicio de algunos derechos, nos recuerda el principio jurídico elemental de que toda obligación debe provenir necesariamente de alguna fuente eficiente, como el contrato -el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley-; y no sólo deben derivarse de alguna de

58. Por supuesto que no es éste el más feliz de los conceptos tendientes a definir a la s.a., tal vez inspirado en el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, que reza: “Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones”.

59. Sentencia N° 59-93 de las 4:30 horas del 31 de agosto de 1993.

esas fuentes, sino que es preciso, para que surjan verdaderamente obligaciones civiles, que cada una responda, además, a una finalidad objetiva, verdadera y seria, que realmente se pueda constatar, esto es, lo que él denomina una “causa justa”, que fundamente todos los aspectos y todos los elementos de la obligación. Lo anterior lleva a don Luis a considerar que las llamadas “cuotas extraordinarias” fijadas por la asamblea de accionistas de un club para, vgr., ampliar las instalaciones existentes o construir nuevas, es decir, para introducir al inmueble mejoras útiles o de lujo, por tratarse de aspectos no contemplados expresa ni implícitamente entre las obligaciones a cargo de los accionistas al momento de incorporarse o ingresar a la sociedad, serían contribuciones no exigibles a los socios, no pudiendo subordinarse su pago al disfrute de sus derechos como socios activos⁶⁰.

De un cuidadoso análisis de lo apenas expuesto, concluimos que sí existe, entonces, asidero legal en nuestro país para establecer la obligación de lealtad o fidelidad de los socios frente a sus semejantes y a la sociedad misma como una prestación accesoria a nivel de pacto social. Las razones son simples: (i) el artículo 102 citado por la Sala Primera se refiere únicamente al establecimiento de obligaciones patrimoniales o pecuniarias distintas a la de efectuar el aporte, que sí estarían prohibidas según la letra de ese texto. Y es que como bien apunta Baudrit en su opúsculo, la constitución de sociedades de capital restringe la responsabilidad patrimonial de cada socio exclusivamente al monto de su aporte al fondo social, de donde el socio sólo se compromete a pagar el valor de la acción o de la cuota que hubiere suscrito. Desde *el punto de vista patrimonial*,

no adquiere ninguna obligación adicional. (ii) Además, consideramos que establecer el deber de lealtad como una prestación accesoria del socio de carácter no patrimonial se fundamenta específicamente en los artículos 21 y 22 de nuestro Código Civil, normas que consagran, respectivamente, el principio general de buena fe y la prohibición del abuso del derecho. Si como dijimos hace poco, el deber de lealtad deriva de la vinculación voluntaria del sujeto a la sociedad, del denominado elemento subjetivo del *animus societatis*, obligándose a subordinar sus intereses particulares al interés social, específicamente cuando aquellos colisionan con éste,

60. “Facultades de la asamblea general para crear obligaciones a cargo de los socios”, en Revista IUSTITIA, año 8, N° 89, pp, 1 a 8 de la sección de Derecho Económico.

parece claro entonces que aquí señorean los susodichos principios civiles por lo que, al preverse el deber de lealtad en el pacto social por medio de la figura de la prestación accesoria, sólo estaríamos trasladando y concretizando el contenido de esos principios generales al ámbito societario, independientemente del tipo de sociedad de que se trate.

Ahora bien; si como hemos demostrado hasta aquí, los socios se encuentran facultados para plasmar y desarrollar a nivel de pacto social o de estatuto la obligación de ser fieles o leales frente a la sociedad y a los restantes socios, quedaría entonces a su exclusivo criterio determinar hasta qué punto puede regularse este deber y qué consecuencias pueden establecerse frente a su incumplimiento; y la *exclusión del socio*, contempla como se demostró por nuestro Código de Comercio, se nos presenta como el remedio por excelencia contra la infracción al deber de fidelidad.