

**Herrada Bazán, Víctor. *La exclusión de socios en la Ley General de Sociedades*.
Lima: Gaceta Jurídica, 2017**

Por Armando Miguel Cabrera Céspedes

Bachiller en Derecho Corporativo por la Universidad ESAN (con mención de excelencia en tesis sustentada)

En pleno siglo XXI, el crecimiento de las diversas industrias y sectores económicos del país ha generado que las empresas procuren adaptarse a las demandas del mercado. Dentro del ámbito legal, dicha adecuación no es ajena, pues se establece una relación directa con la forma societaria adoptada por las empresas en la realidad, siendo que se constituirá determinada sociedad (anónima, en comandita, cerrada, etc.) de acuerdo con la funcionalidad y tratamiento legal que fundamenta su creación. Con ello surge una diversidad de problemas y cuestiones que merecen especial atención. Dentro de lo contemplado por la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), se presenta la figura societaria de la exclusión de socios, tema que no ha sido estudiado a profundidad en nuestra legislación nacional. Herrada, sin embargo, busca establecer en su libro los parámetros relacionados con la exclusión de socios. Tal institución societaria implica lograr apartar al socio de la organización empresarial debido a la inoportuna dificultad o imposibilidad de cumplir con lo contemplado en el estatuto o caer en causal de exclusión propiamente señalada por la LGS (p.11).

El autor utiliza como fuente de estudio la doctrina especializada en la materia, tanto nacional como internacional que da tratamiento al particular, así como nuestra jurisprudencia a nivel de Tribunal Registral, Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Mediante los recursos mencionados, el autor busca explicar la figura societaria de la exclusión de socios acorde con nuestro ordenamiento jurídico.

El texto académico del profesor Herrada fue publicado en el 2017, y es el primer libro a nivel nacional en dar tratamiento especializado a la exclusión de socios de manera amplia y de acuerdo con la LGS. Recalca diversas propuestas académicas, entre las cuales la más resaltante es la aplicación de la figura jurídica en mención a todo tipo de nivel de sociedad.

La propuesta del libro se agrupa en tres capítulos. En el primero, se explica la base de la exclusión de socios según los preceptos inherentes al derecho societario, valorando la naturaleza jurídica o sustancia que le otorga

fundamento. En el segundo, se profundiza en la incidencia de la institución societaria dentro de la sociedad anónima, pues, al ser la más común, demanda mayor énfasis y análisis en cuestión, considerándose las causales estatutarias y propiamente las contempladas en la LGS. Finalmente, en el tercero se hace hincapié en la incidencia fáctica que tiene la exclusión de socios, y se describen los procedimientos pertinentes de exclusión, así como las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de la figura societaria.

La exclusión de los socios en la teoría general de sociedades

El autor parte de la premisa de que en la práctica se presentan circunstancias que pueden afectar a la sociedad empresarial, hechos ligados al propio desarrollo económico, así como las relaciones jurídicas que existen internamente. Por ello, las malas decisiones corporativas y los conflictos en el núcleo de la sociedad pueden ser atribuibles a uno o más socios. La dificultad acarrea la imposibilidad del socio de seguir colaborando con la sociedad, pues su continuidad podría generar problemas a la actividad de esta¹.

En ese sentido, el profesor Herrada señala, en términos económicos-jurídicos, que nace la institución societaria de la exclusión de socios —aquella que tiene como *ratio legis* la extinción del vínculo jurídico entre el socio y la sociedad— al considerar que el fundamento de tal figura es la conservación de la sociedad, porque se presenta el interés privado de los demás socios que permanecen en ella a continuar con la actividad programada en el contrato societario para que no resulten afectados por la situación del socio excluido. Por tanto, la exclusión operará cuando exista vicisitud (conductual o no) que frustre gravemente la colaboración que tienen con la sociedad en función del contrato (entiéndase, la sociedad como contrato entre privados, sujeto a la aplicación del estatuto y Ley General de Sociedades).

Consecuentemente, Herrada establece que la exclusión de socios puede darse en tres sentidos. Primero, como facultad a favor de la sociedad, la cual implica que los demás socios excluirán a otro en la medida en que exista reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico. Segundo, la salida forzosa de un socio, que consiste en las razones imputables a la situación jurídica subjetiva de aquel, que debe perder su posición como tal, y de cuyas acciones

1 Sobre el carácter contractual y la naturaleza jurídica de la sociedad, véase Oswaldo Hundskopf, *La sociedad anónima* (Lima: Gaceta Jurídica, 2013), 48-49.

o participaciones se debe disponer a favor de la sociedad. Tercero, se presentan situaciones en las cuales se puede afectar gravemente la colaboración del socio con respecto a la sociedad, pudiéndose prescindir de él en razón de la inexigibilidad en el cumplimiento de determinados acuerdos (pragmáticamente, se hace referencia al incumplimiento grave de obligaciones sociales, conductas extralegales o estatutarias que imposibilitan la cooperación y la confianza entre socios, circunstancias que hacen inexigible la permanencia, etc.) (p. 39).

Frente al panorama descrito, Herrada considera la institución societaria como remedio de naturaleza resolutoria, específicamente, resolución contractual, pues frente al incumplimiento grave del socio por circunstancia sobrevenida o incumplimiento grave de su contraparte que le prive de aquello que esperaba como acuerdo del contrato, podrá extinguirse el vínculo contractual (p. 40). Por ello, compara la resolución contractual con la exclusión de socios en función de tres elementos: tutela (en el contrato se busca proteger a la parte fiel; de igual forma en la exclusión se busca tutelar el interés de la sociedad), extinción de vínculo contractual (en ambas instituciones se produce con respecto a la parte afectante y societariamente, entre el socio excluido y la sociedad) y presupuestos de aplicación (ambas instituciones se aplican en esencia frente al incumplimiento obligacional de la parte perturbadora, en lo contractual, y socio excluido, en lo societario) (p. 68 y 69).

Dicho esto, el autor señala las causales de la Ley General de Sociedades y estatutarias que sirven como fundamento en la institución societaria de exclusión del socio. Por ejemplo, el artículo 22 de la LGS establece el deber de aportar del socio, siendo que, frente al impago del aporte, los demás socios pueden exigir separarlo debido a su ausencia en asumir el compromiso u obligación frente a la sociedad. Asimismo, el artículo 293 de la misma norma establece el caso para la sociedad comercial de responsabilidad limitada, en la cual opera la exclusión en cuanto se infringen las disposiciones del estatuto, frente a la comisión de actos dolosos contra la sociedad y la dedicación del socio gerente al mismo género de negocio que constituye el objeto social de la sociedad.

Por otro lado, en cuanto a la configuración estatutaria de las causales de exclusión, el autor resalta el fundamento legal, comprendido por los artículos 248, 277, inciso 7 y 303 inciso 3 de la LGS en cuanto a las causales adicionales legales que pueden establecerse para excluir al socio, así como las derivadas del principio de libertad de pactos relacionado con los artículos 55.a I, 280 y 294 de LGS (p. 86). En síntesis, afirma que la causal de exclusión debe ser

especificada en términos concretos, siendo prudente que las vicisitudes sean objetivamente apreciables para evitar valoración o interpretación alguna; de esto resulta que el juez deberá evaluar si se cumple o no el supuesto de exclusión tipificado.

La exclusión de socios en la sociedad anónima como supuesto de especial problemática

El profesor Herrada señala que la exclusión del socio se relaciona mayormente con las sociedades personalistas, lo cual resulta ser un fenómeno común si se toma en consideración las condiciones subjetivas de cada socio y la incidencia que tienen en la colaboración debida con la sociedad (p. 97). Sin embargo, dicho parámetro ha variado, pues la aplicabilidad de la figura trascendería también a las sociedades de capitales, teniendo como referencia el artículo 248 de la LGS respecto de la aplicabilidad de la exclusión en una sociedad anónima cerrada. Por tanto, el autor considera la figura aplicable a las de sociedades de capital (p. 98).

En ese sentido, el autor analiza si las causales estatutarias son compatibles con una sociedad de capital, valorando que mediante dicha regulación acentúa el aspecto personal del socio. Es decir, si dicho tipo de cláusulas estatutarias logran desnaturalizar el carácter capitalista de la sociedad anónima.

Según el profesor Herrada, cuando el legislador decide acoger un tipo societario en un texto legal, busca obtener resultados justos. La voluntad legislativa debe sobreponerse cuando se enfrenta a cuestiones que atiendan el interés general, pues se debe reconocer el ejercicio de la autonomía de la voluntad cuando el derecho sea propiamente de privados. En ese sentido, el derecho societario-mercantil busca que las normas tengan carácter imperativo y que puedan determinarse las características esenciales de las sociedades, lo que vendría a ser los principios generales societarios. Se establece, asimismo, que dichos principios no constituyen un límite diferente del señalado por las normas imperativas, sino que son reglas implícitas en el régimen de sociedades provenientes de las propias normas legales y que de estas se infieren ciertas reglas.

Para poder contemplar la aplicación de la exclusión de socios a todo nivel de sociedad, el autor plantea con toda razón una crítica al carácter *intuitu personae* de la sociedad anónima, pues el carácter de esta se encuentra ligado a la responsabilidad personal de los socios, ya que, en una sociedad de capital, la

responsabilidad del socio está desligada de la sociedad. Sin embargo, precisamente la voluntad del legislador se centra en lograr aquello que es más justo, adaptando cada tipo societario a su propio y real contexto.

Consecuentemente, para tal fin se emplearán las normas imperativas que establecerán los principios y características. Se establece que la incidencia negativa, respecto de la colaboración existente con la sociedad, tiene claramente afectación proveniente en determinadas circunstancias imputables al socio. Por ende, el hecho de que una sociedad de capital esté conformada por una diversidad de socios no hace que las condiciones subjetivas terminen siendo irrelevantes, por lo que el carácter *intuitu personae* de la sociedad anónima no resulta ser relevante, además de no estar recogido por nuestro ordenamiento jurídico. Frente a ello, no debe inferirse la aplicación del principio mencionado y debe entenderse que la exclusión de socios es pertinente para cualquier nivel de forma societaria (p. 127).

Sobre los procedimientos y efectos de la exclusión

El profesor Herrada menciona que el ordenamiento jurídico peruano tipifica el procedimiento extrajudicial, desarrollado en los artículos 248, 276 y 293 de la LGS, y 91, 101 y 110 del Reglamento del Registro de Sociedades. Asimismo, la vía judicial, que establece lo relacionado con el impago del aporte, contemplado en el artículo 22 de la LGS, mientras que en la misma vía se contempla el caso de aquellas sociedades donde los socios son dos, regulado mediante los artículos 276 y 293 de la LGS. Por tanto, señala que, acorde con el ordenamiento jurídico peruano, en la vía extrajudicial se contempla un procedimiento, y en vía judicial, dos (147 y 148). El mencionado refiere que la exclusión del socio genera consecuencias jurídicas en cuanto al socio excluido y la sociedad.

En ese sentido, tratándose de la vía extrajudicial, Herrada considera que el acuerdo puede adoptarse mediante junta general de socios o algún mecanismo de formación de la voluntad social. No obstante, el medio idóneo debería ser la junta general de socios, presencial o por medio de comunicación inmediata que haga posible el debate sobre la circunstancia de exclusión antes de adoptar un acuerdo en concreto².

2 El autor considera dicho argumento como su posición personal. Sin embargo, considera que, en contraposición, resulta criticable el precedente obligatorio originado en la Res. 710-2009-Sunarp-TR-L, de mayo de 2009.

Además, indica que la realización de la junta deberá promover el análisis de la exclusión del socio en causal legal o causal estatutaria que fundamente la decisión por tomar. A su vez, no será necesario efectuar la junta de socios cuando la causal esté prevista imperativamente o cuando el hecho sea constatable; es deseable, sin embargo, que se lleve a cabo para que los socios decidan si es conveniente o no excluir a uno de ellos. Para otorgar legitimidad a la exclusión, resulta evidente y necesario que se actué dentro del tiempo razonable y las reglas de la buena fe, considerando que las circunstancias antes descritas serán aplicables a la sociedad anónima y demás formas societarias, cada una de manera particular acorde con la esencia y los parámetros normativos regulatorios, señala el autor.

En relación con el impago del aporte, la vía judicial contempla aquellas sociedades en las que no opere específicamente lo establecido en el artículo 80 de la LGS; es decir, la sociedad colectiva, la sociedad comandita simple y la sociedad civil³. Para ello, los socios tienen la facultad de exigir el cumplimiento de su obligación o, en su defecto, excluir de la sociedad al socio en cuestión mediante el proceso sumarísimo, lo que resulta el mecanismo judicial idóneo.

Con respecto a la exclusión en las sociedades formadas dos socios —prevista en la sociedad colectiva y sociedad comercial de responsabilidad limitada—, Herrada considera adecuada su aplicación a todo tipo de sociedad. El fundamento se encuentra en dos razones: si no existe intervención de un juez, el acuerdo de exclusión se reduce a la decisión de un socio, lo que genera que, en caso de conflictos entre socios, uno quiera emplear la exclusión en contra del otro. Además, sin la obligación de ir a un juez, se podría generar entre los socios una competencia por excluir al otro⁴. Por tanto, ambas situaciones no son propias únicamente de sociedades personalistas, sino también de todo tipo societario, explicando coherentemente la ampliación a toda sociedad conformada por dos socios.

En relación con los efectos, el autor prosigue identificando que la consecuencia inmediata es la pérdida forzosa de la condición de socio, generándose con ella la extinción de los derechos y obligaciones del excluido. La regla general resulta ser la exclusión extrajudicial, considerando como esencial la

3 Sobre el impago del aporte, véase Ángela Pérez, *La exclusión de socios en sociedades cerradas* (Pamplona: Aranzadi, 2013), 255.

4 Pérez, 210.

adopción de acuerdos por parte de los socios restantes, por lo que la pérdida de la condición de socio existe desde el acuerdo válidamente adoptado.

Por ende, pese a la falta de una regulación expresa en la LGS en cuanto a las participaciones del socio excluido en todo tipo societario, tal contemplación puede establecerse en el pacto social o ser acordado posteriormente a la exclusión, debiéndose llevar a cabo la liquidación de la participación del socio excluido de acuerdo con criterios de equilibrio y equidad. En ese sentido, el autor considera que las variables que deben tomarse en cuenta son la conservación de la propia sociedad con fines futuros, la directa amortización de las participaciones, la adquisición de las participaciones por uno o más socios restantes y la adquisición por parte de un tercero⁵.

En conclusión, Herrada determina que la exclusión de socios es aquella institución societaria destinada a alejar al socio del marco operacional-empresarial por causal legal o estatutaria imputable a este, pudiendo aplicarse a todo tipo de forma societaria en general, recurriéndose procesalmente por la vía extrajudicial o judicial, mientras que los efectos jurídicos se desplegarán a partir del acuerdo válidamente adoptado por los demás socios.

5 Pérez, 216.