

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

**LA PARALIZACIÓN
DE LOS ÓRGANOS SOCIALES
EN LAS SOCIEDADES
DE CAPITAL**

**Estudio de sus remedios
societarios y una propuesta
de reforma**

COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD
Y MERCANTILES DE ESPAÑA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	Pág.
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN GENERAL. UN APUNTE DE DERECHO COMPARADO	11
I. LOS RIESGOS DE BLOQUEO CORPORATIVO EN LA SOCIEDAD SUJETA AL CONTROL CONJUNTO DE VARIOS SOCIOS CON UNA POSICIÓN JURÍDICA PARITARIA.....	11
II. EL PARADIGMA ROMANO DE REFERENCIA: LA DENUNCIABILIDAD DEL CONTRATO POR SIMPLE QUIEBRA DE LA <i>AFFECTIO SOCIETATIS</i> Y LA SUPERVIVENCIA DE TAL PARADIGMA EN DERECHO COMÚN DE SOCIEDADES	18
III. EL ABANDONO DEL «PARADIGMA ROMANO». UN BREVE EXAMEN DE LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN DE BLOQUEO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN DERECHO COMPARADO	23
CAPÍTULO II. LA PARALIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS SOCIALES EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. BASES PARA LA REFORMA	37
I. INTRODUCCIÓN	37
II. LOS PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE DISOLUCIÓN JUDICIAL POR PARALIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS SOCIALES <i>EX ARTS. 366 Y 363.1.D) LSC</i>	39
III. LA ÚNICA SINGULARIDAD EN DERECHO DE SOCIEDADES RESPECTO AL RÉGIMEN LIQUIDATORIO COMÚN: EL NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADORES POR EL JUEZ Y EL TESTIMONIO INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL	50
IV. REVISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN LEGAL. BASES PARA LA REFORMA LEGISLATIVA.....	53
1. Insuficiente reconocimiento (expreso) del principio de autonomía de la voluntad.....	56
2. Los problemas del procedimiento de disolución judicial: la paradoja de la excesiva y a la par insuficiente judicialización de	

	Pág.
la cuestión. Conveniencia de establecer una conciliación pre- via obligatoria	57
3. La disolución judicial debería ser la <i>ultima ratio</i> y solución preferible la continuidad empresarial bajo el socio que opte por permanecer satisfaciendo al que permanece el valor razo- nable de su participación	65
4. La deseable ampliación de la discreción judicial en la adopción de medidas distintas de la disolución en los «casos difíciles» ...	75
5. La opción preferente por la venta conservativa de unidades de empresas	76
CAPÍTULO III. LA PREVENCIÓN ESTATUTARIA DE LA PARÁLI- SIS SOCIETARIA (I)	81
I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LIMITACIONES	81
II. UN APUNTE SOBRE LOS MECANISMOS SUSCEPTIBLES DE SER PREVISTOS EN ESTATUTOS PARA «ROMPER EL EMPA- TE» («TIE-BREAK PROVISIONS»).....	85
1. Introducción	85
2. Tres estrategias contractuales de pactos dirimientes del voto...	86
A) El voto de calidad (normalmente del presidente del órgano).	86
B) El voto dirimente (o «voto-pivote») de miembro indepen- diente del órgano	89
C) El tercero arbitrador con voto dirimente	90
III. LA SEPARACIÓN DEL SOCIO COMO MECANISMO SUSTITUTI- VO DE LA DISOLUCIÓN POR PARALIZACIÓN DE LOS ÓRGA- NOS SOCIALES	96
1. Cuestión previa: la defensa de la tesis acerca de la posible sepa- ración del socio discrepante como alternativa a la liquidación forzosa de la sociedad por paralización de órganos sociales	96
2. El posible pacto estatutario de reconocimiento de un derecho de separación del socio en el caso de paralización de los órga- nos sociales. La cláusula de separación « <i>ad nutum</i> »	101
3. Un apunte sobre los eventuales problemas financieros deriva- dos del reembolso a practicar como consecuencia de la sepa- ración (=la infracapitalización contable y material)	106
4. La (relativa) ineficiencia del sistema de la separación por cau- sa estatutaria y su equidad.....	116
IV. LAS CLÁUSULAS ESTATUTARIAS DE «ARRASTRE» («DRAG- ALONG») O DE «VENTA CONJUNTA» A TERCERO COMO RE- MEDIO CONTRACTUAL DE LAS SITUACIONES DE BLOQUEO SOCIETARIO.....	120
1. Descripción de la cláusula estatutaria «de arrastre»	120
2. Un modelo de cláusula estatutaria de arrastre	123
3. El fundamento económico del derecho de arrastre y su posi- ble utilización para prevenir estatutariamente situaciones de bloqueo	124

ÍNDICE

	Pág.
4. La cláusula de arrastre estatutaria o parasocial	127
5. Las piezas de configuración estatutaria de la cláusula arrastre...	129
A) El presupuesto de hecho de su funcionamiento	129
B) Los sujetos activos y pasivos del derecho de arrastre.....	130
C) La modalidad de actuación del arrastre: arrastres «totales» y «parciales» o proporcionales.....	131
D) El procedimiento de arrastre	132
E) El mecanismo o sistema de determinación del precio de venta conjunta o «precio de arrastre». Dicho mecanismo debe garantizar, como veremos, la obtención del valor razonable	133
6. La naturaleza societaria de la cláusula estatutaria de arrastre	134
7. La garantía (a favor del obligado a la venta en arrastre) de un precio razonable de reembolso por su participación	135
8. La licitud de las cláusulas de arrastre parciales	139
9. Las cláusulas de «tag-along» como posible mecanismo de desbloqueo.....	143
 ANEXO. EL ABIGARRADO PACTO ESTATUTARIO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 22 DE MAYO 2017	 146
 CAPÍTULO IV. LA PREVENCIÓN ESTATUTARIA DE LA PARÁLISIS SOCIETARIA (II). LAS LLAMADAS «CLÁUSULAS DE DUELO» (SHOOT-OUT CLAUSES) Y LAS DE SUBASTA COMO MECANISMOS ESTATUTARIOS PARA REMEDIAR LAS SITUACIONES DE BLOQUEO SOCIETARIO.....	 153
I. INTRODUCCIÓN	153
II. LA UTILIDAD PRÁCTICA DE ESTE TIPO DE CLÁUSULAS PARA REMEDIAR EL BLOQUEO SOCIETARIO.....	158
III. LAS PIEZAS DE CONFIGURACIÓN DE UNA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE VENTA O COMPRA FORZOSA	165
1. El presupuesto de hecho de su funcionamiento.....	165
2. Los sujetos activos y pasivos.....	165
3. El procedimiento	166
4. El mecanismo o sistema de determinación del precio de venta o de compra. Modalidades de fijación del precio	168
IV. LAS OTRAS CLÁUSULAS DE SHOOT-OUT Y LAS SUBASTAS.....	169
V. UNA APROXIMACIÓN A LOS PROBLEMAS DE NATURALEZA SOCIETARIA QUE SUSCITA ESTE TIPO DE CLÁUSULAS ESTATUTARIAS	173
 ANEXO PRIMERO. UN MODELO DE CLÁUSULA	 181
ANEXO SEGUNDO. FORMALIZACIÓN ANALÍTICA DE UN EJEMPLO PRÁCTICO	183

	Pág.
CAPÍTULO V. LA ARBITRABILIDAD DE LAS SITUACIONES DE PARALIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS SOCIALES. UN APUNTE SOBRE OTROS MEDIOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE ESTA SITUACIÓN	189
I. EL ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA A LA DISOLUCIÓN JUDICIAL. INTRODUCCIÓN.....	189
II. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD POR LAUDO ARBITRAL. NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADORES	197
III. LA CUESTIÓN DE LA ARBITRABILIDAD DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE 2016	208
IV. LA ARBITRABILIDAD DE LA SALIDA VOLUNTARIA DEL SOCIO EN CASO DE PARALIZACIÓN DE ÓRGANOS SOCIALES (=SEPARACIÓN VOLUNTARIA) COMO ALTERNATIVA A LA DISOLUCIÓN FORZOSA DE LA SOCIEDAD	210
V. EL ARBITRAJE DE LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN (EL «ARBITRAJE LIQUIDATORIO» PROPIAMENTE DICHO)	213
1. Introducción	213
2. La supuesta mixtificación de la institución arbitral. El falso problema de la atribución al árbitro de las funciones propias de un «arbitrador» (=contar y partir).....	216
3. La «liquidación arbitral». Un apunte sobre los problemas societarios	222
VI. UN APUNTE SOBRE INSTITUTOS ALTERNATIVOS AL ARBITRAJE COMO MECANISMOS EXTRAJUDICIALES PARA RESOLVER LA PARALIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS SOCIALES	229
ANEXO. LA CONCILIACIÓN DE LA SITUACIÓN DE BLOQUEO SOCIETARIO ANTE EL REGISTRADOR MERCANTIL.....	236
 CAPÍTULO VI. UNA PROPUESTA ARTICULADA DE REFORMA LEGISLATIVA, MERCANTIL Y PROCESAL	 247
I. NUEVO ARTÍCULO 366 BIS LSC	248
Artículo 366 bis. Otras medidas alternativas para prevenir la disolución judicial por paralización de los órganos sociales	248
II. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE SOCIEDADES (TEXTO A INCORPORAR AL FINAL DE LA LEC)..	249
Capítulo tercero. Del procedimiento especial de liquidación judicial de la sociedad	249
Artículo 828. Solicitud de liquidación judicial de la sociedad.....	249
Artículo 829. Plan de liquidación	250
Artículo 830. Especialidades de la transmisión de unidades productivas.....	251
Artículo 831. Reglas legales de liquidación.....	252
Artículo 832. Informes sobre la liquidación y conclusión del procedimiento	253
 BIBLIOGRAFÍA	 255

Capítulo I

Introducción general.

Un apunte de Derecho comparado

SUMARIO: I. LOS RIESGOS DE BLOQUEO CORPORATIVO EN LA SOCIEDAD SUJETA AL CONTROL CONJUNTO DE VARIOS SOCIOS CON UNA POSICIÓN JURÍDICA PARITARIA.—II. EL PARADIGMA ROMANO DE REFERENCIA: LA DENUNCIABILIDAD DEL CONTRATO POR SIMPLE QUIEBRA DE LA *AFFECTIO SOCIETATIS* Y LA SUPERVIVENCIA DE TAL PARADIGMA EN DERECHO COMÚN DE SOCIEDADES.—III. EL ABANDONO DEL PARADIGMA ROMANO. UN BREVE EXAMEN DE LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN DE BLOQUEO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN DERECHO COMPARADO.

I. LOS RIESGOS DE BLOQUEO CORPORATIVO EN LA SOCIEDAD SUJETA AL CONTROL CONJUNTO DE VARIOS SOCIOS CON UNA POSICIÓN JURÍDICA PARITARIA

Los derechos corporativos, como ocurre en verdad con todos los derechos subjetivos, deben ejercitarse, y los correspondientes pactos de donde nacen los derechos interpretarse, conforme a las exigencias de la buena fe. En nuestro caso, además, de conformidad con el canon del interés social. En nuestro ordenamiento jurídico resulta prohibido el ejercicio abusivo o antisocial de los derechos concedidos en la LSC (*arg. ex arts. 7.1 y 7.2 CC, 1.258 CC y 57 CCo*). De aquí que en las «relaciones horizontales» se haya hablado con mayor o menor propiedad de un deber de «*lealtad*» o de «*fidelidad*» exigible del socio para con los otros socio y para con el interés social. Es el «*Treuepflicht*» de la doctrina alemana o el «*fiduciary duty*» («*duty of loyalty*») del Derecho norteamericano¹.

¹ Sobre esta cuestión, por citar una buena exposición reciente, *vid.* L. HERNANDO CE-

Lo que ocurre es que en el Derecho positivo de sociedades de capital toda la regulación que conozco sobre esos *conflictos «horizontales»* (a distinguir de los conflictos intracorporativos *«verticales»*; los que emergen entre socios y administradores)², española y diría que también toda la comparada, tiene por referente canónico la dialéctica que se suscita entre un socio mayoritario que actúa o puede actuar como «socio depredador»³ y el socio o socios minoritarios como «socios expropiados» u «obstruccionistas» según los casos⁴.

La realidad de los hechos demuestra ser mucho más compleja: la posición de control en una sociedad de capital no siempre es unilateral —vale decir: la que ostenta un único socio de control—, sino que puede ser mucho más interesante y múltiple: varios socios que ostentan y ejercitan un *control conjunto*. A la sazón, en la literatura del análisis económico de la *Corporate Governance* comienza a estudiarse desde no hace mucho tiempo la formalización analítica de diversos modelos

BRIÁ, *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 60 y ss.; M. I. SÁEZ LACAVE, «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», *Indret*, núm. 1, 2016.

Desde una perspectiva comparatista, sobre la posición pasiva (deberes) de la condición de socio pueden verse I. ANABTAWI/L. A. STOUT, «Fiduciary Duties for Activist Shareholders», *Stanford Law Review*, vol. 60, núm. 5, 2008, pp. 1255 y ss.; H. S. BIRKMOSE/F. MÖSLEIN, «Introduction: Mapping Shareholder's Duties», en H. S. BIRKMOSE (ed.), *Shareholders' Duties*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2017, pp. 1-24; M. DE JONGH, «Shareholders' Duties to the Company and Fellow Shareholders», *European Company Law*, vol. 9, núm. 2, 2012, pp. 189 y ss.; K. E. ENSIG SØRENSEN, «Duty of Loyalty of Shareholders. A Possible Remedy for Conflicts in SMEs?», en M. NEVILLES/K. E. ENSIG SØRENSEN, *Company Law and SMEs*, København, Thomson-Reuters, 2010, pp. 131 y ss.; R. FLANNIGAN, «Shareholder Fiduciary Accountability», *Journal of Business Law*, núm. 1, 2014, pp. 30 y ss.; M. LUTTER, «Die Treupflicht des Aktionärs», *ZHR*, núm. 153, 1989, pp. 446 y ss.

² Esta clasificación entre conflictos horizontales y verticales parece ser de uso habitual en nuestra doctrina. *Vid.*, entre otros, M. SÁNCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Elcano, Aranzadi, 2000, pp. 196 y ss.; L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por "justa causa" en una sociedad anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005», *RdS*, núm. 26, 2006, pp. 269 y s.; T. VÁZQUEZ LEPINETTE, *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Madrid, Civitas, 2007, p. 51. *Vid.* también de este último, *Estrategia jurídica en los conflictos societarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

³ Tomo esta denominación de M. FUENTES NAHARRO, «El accionista "depredador"». Un acercamiento a la figura y su problemática a partir de la experiencia comparada», *RDBB*, año 31, núm. 128, 2012, pp. 99 y ss.

⁴ Por todos, L. ENRIQUES/H. HANSMANN/R. KRAAKMAN/M. PARGENDLER, «The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies», en VVAA, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 3.^a ed., Oxford, Oxford University Press, pp. 79 y ss. Esa perspectiva de juicio es general entre los nuestros. *Vid.* E. POLO SÁNCHEZ, «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima», en J. L. IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. II, *Sociedades Mercantiles*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 154 y ss.

explicativos de la situación descrita como *control societario múltiple* o «*Multiple Large Shareholders*» (en abreviatura, MLS)⁵.

En el sentido más amplio de la expresión, se incluiría aquí el caso, relativamente frecuente en sociedades abiertas, en que el «control múltiple» se comparte entre un/s socio/s mayoritario/s y otro/s socio/s con una «participación significativa» que no le permite —a este último— impedir la toma de decisiones por el solo socio mayoritario, pero sí integrarse dentro del «núcleo duro» de la sociedad, de modo que pueda ejercitarse cierto tipo de supervisión de la actuación del socio mayoritario («*monitoring*») en interés no solo suyo, sino de los demás minoritarios («capital disperso» o «*free-float*»). En su sentido estricto, por MLS estamos refiriéndonos a aquellos casos en que dos o más socios —o dos o más grupos o coaliciones de socios— se reparten entre ellos el paquete de control de una sociedad común, cerrada o abierta, de manera que cada socio individualmente considerado pueda bloquear o vetar por sí solo la toma de decisiones corporativas. El modelo más típico de esto último es la sociedad de dos únicos socios —por ejemplo, un matrimonio o una *joint-venture* de dos socios, personas físicas o jurídicas— y con igual participación sobre el capital (al 50 por 100 cada uno)⁶... pero existen muy diversas posibilidades. Efectivamente, los socios que ejercen el control múltiple pueden ser más de dos, y la participación que cada uno titula sobre el capital social no tiene por qué ser la misma. O pueden acon-

⁵ Entre otros trabajos *vid.* A. BOATENG/W. HUANG, «Multiple Large Shareholders, Excess Leverage and Tunneling: Evidence from emerging market», *Corporate Governance: An International Review*, vol. 25, núm. 1, 2017, pp. 58 y ss.; S. BOUBAKER/P. NGUYEN/W. ROUABTI, «Multiple Large Shareholders and Corporate Risk-Taking: Evidence from French Family Firms», *European Financial Management*, vol. 22, núm. 4, 2016, pp. 697 y ss.; R. BARROSO/M. BURKET/A. DAVILA/D. OYON, «Shareholder Protection: The Role of Multiple Large Shareholders», *Corporate Governance: An International Review*, vol. 24, núm. 2, pp. 105 y ss.; N. ATTIG/S. EL GOUL/O. GUEDHAMI/S. RIZEANU, «The Governance Role of Multiple large Shareholders: evidence from the Valuation of Cash Holdings», *Journal of Management & Governance*, vol. 17, núm. 2, 2013, pp. 419 y ss.; F. BLOCH/U. HEGE, «Multiple Shareholders and Control Contests», *French National Center for Scientific Research (CNRS) and Toulouse School of Economics*, 2003, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2273211; N. ATTIG/O. GUEDHAMI/D. V. MISHRA, «Multiple Large Shareholders, Control Contests, and Implied Cost of Equity», *AFFI/EUROFIDAI, Paris December 2008, Finance International Meeting*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1282129; B. MAURY/A. PAJUSTE, «Multiple Large Shareholders and Firm Value», *Journal of Banking and Finance*, vol. 29, núm. 7, 2005, pp. 1813 y ss.

⁶ Acerca de esta problemática *vid.* L. SUÁREZ-LLANOS, «Sociedad de responsabilidad limitada con dos únicos socios. Régimen de adopción de acuerdos sociales», *RDP*, 1963, pp. 823-831. Existe una monografía alemana sobre el tema: J. Th. KNIES, *Das Patt zwischen den Gesellschaftern der zweigliedrigen GmbH*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005. *Vid.* sobre la paralización de los órganos sociales y el modo de su resolución G. BACHMANN/H. EIDENMÜLLER/A. ENGERT/H. FLEISCHER/W. SCHÖN, *Regulating the Closed Corporation*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2014, pp. 71 y ss.

tecer ambas cosas a la vez⁷. Ni que decir tiene que la situación así descrita puede ser originaria, desde la fundación, constituida *ab initio* (constitución de la sociedad por dos socios o por un matrimonio), o producirse *ex post* a resultas de ciertas operaciones o de ciertos hechos (por ejemplo, en una sociedad unipersonal cuando fallece el padre y el control se reparte entre las ramas de la familia). En Derecho comparado no han faltado propuestas doctrinales para regular las especialidades típicas de este tipo de sociedades de estructura de gobierno paritaria⁸.

Constatamos la existencia de una situación de control múltiple *tanto en sociedades abiertas o cotizadas como en sociedades cerradas*. La cosa presenta perfiles especialmente problemáticos en este último caso de sociedades cerradas, toda vez que es raro imaginar que la situación de conflictividad «estructural» entre los socios de control de una sociedad cotizada pueda concluir en una disolución forzosa de la sociedad: lo normal es que cualquiera de los socios venda en el mercado su participación y salga de la sociedad y de la empresa liquidando su paquete accionario. En las sociedades cerradas, por hipótesis, no hay un mercado de participaciones y la existencia de conflictos graves entre los socios, tanto da que la crisis se deba a causas societarias o a causas extrasocietarias (pensemos en el divorcio del matrimonio o los conflictos familiares en una sociedad familiar), puede conducir a lo que en la terminología consagrada en Derecho norteamericano de sociedades se califica de «*deadlock*» en sus dos modalidades según el órgano afectado (del órgano de administración y de la junta); lo que debe resolverse de una manera radical a través del «divorcio» de los coaligados tanto mediante una salida de alguno de los socios en conflicto permaneciendo la sociedad (instrumentada por la separación, exclusión o compra forzosa por otro socio de la participación del que sale) o, en el peor de los casos, mediante la disolución forzosa de la sociedad. Entre nosotros, hablamos de «*paralización de los órganos sociales*» [cfr. art. 363.1.d) LSC] y el único remedio contemplado en la Ley positiva para ello es la *disolución judicial* por el procedimiento liquidatorio común (cfr. art. 366 LSC en relación con lo establecido en los arts. 371 y ss. LSC).

La cosa es que la situación así descrita es muy común en el horizonte societario comparado, aunque falten estudios estadísticos más

⁷ Así, por ejemplo, con mayorías estatutarias reforzadas con un umbral del 70 por 100 para la adopción de acuerdos relevantes, cuando el control se ejercitase conjuntamente por tres socios actuando de común acuerdo con participaciones respectivas de 30, 25 y 20 por 100 de la sociedad participada y con un accionariado disperso restante («*free-float*»).

⁸ Vid. E. MAYER-WEGELIN, *Die Willensbildung in der paritätischen Zweimann-Gesellschaft bei Uneinigkeit der Gesellschafter*, Frankfurt am Main, Diss., 1968, pp. 103 y ss.; G. BACHMANN/H. EIDENMÜLLER/A. ENGERT/H. FLEISCHER/W. SCHÖN, *Regulating the Closed...*, *op. cit.*, p. 80.

exhaustivos de los ahora disponibles⁹. En un estudio reciente publicado en 2004 sobre 5.288 sociedades españolas, cotizadas y no cotizadas¹⁰, se nos cuenta que el 37,5 por 100 de las sociedades presentan una situación de control conjunto múltiple *en sentido amplio*, de las cuales se distingue entre dos tipos o modalidades: el primer tipo, con 19,9 por 100 del total de las sociedades, en que dos o más miembros conforman o integran el grupo de control, de suerte que cada uno de ellos cuenta con «derecho de veto» en relación con la adopción de acuerdos sociales, y un segundo tipo, con 17,5 por 100 de la muestra, en que existe un primer socio de control que titula más de la mayoría del capital social pero que se encuentra acompañado, formando parte del «núcleo duro» de la sociedad, por, al menos, un segundo/tercer socio con una «participación significativa» y funciones intermediarias de supervisión del socio principal o primer socio. El primer caso es el más duro o problemático y es el que se examina con preferencia aquí. Por mi experiencia del Registro Mercantil de Barcelona los resultados son coherentes con los observados.

La doctrina francesa, al estudiar los conflictos «horizontales» entre los socios de una sociedad, ha tenido el acierto de discriminar entre tres modalidades de *abuso de la posición jurídica de socio* (entendiendo por tal la violación del deber de lealtad cuando no se subordina el interés particular al social): *i*) el *abuso del mayoritario* (imponiendo al minoritario decisiones que le perjudican o lesionan su posición); *ii*) el *abuso del minoritario* (cuando se actúa obstaculizando la adopción de acuerdos pertinentes o conformes con el interés social que se propone conseguir el mayoritario), y, en fin, *iii*) el calificado de «*abus d'égalité*» o *abuso de posición paritaria* (cuando uno de los socios de control conjunto actúa contra el otro u otros socios en posición paritaria)¹¹. Algún autor italiano habla entonces de «*le partecipazioni*

⁹ En un reciente trabajo en Alemania se concluye que de las sociedades limitadas constituidas en territorio Alemán hasta el 37 por 100 de las GmbH son sociedades de dos socios. Vid. U. KORNBUM/T. HAMPF/N. NASS, «Neue württembergische Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht», *GmbHRR*, 2000, pp. 1240 y 1245. Un estudio más antiguo elevaba el porcentaje de las sociedades de dos socios al 51 por 100. Vid. J. LIMBACH, *Theorie und Wirklichkeit der GmbH: die empirischen Normaltypen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihr Verhältnis zum Postulat von Herrschaft und Haftung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966, p. 42

¹⁰ M. GUTIERREZ/J. TRIBÓA, «Private Benefits Extraction in Closely-Held Corporations: The Case For Multiple Large Shareholders», *ECGI Working Paper*, núm. 53, 2004. Vid. también sobre el mismo tema el más reciente trabajo de M. SACRISTÁN-NAVARRO/S. GÓMEZ-ANSÓN/L. CABEZA-GARCÍA, «Large Shareholders' Combinations in Family Firms. Prevalence and Performance Effects», *Journal of Family Business Strategy*, vol. 2, núm. 2, 2011, pp. 101 y ss.

¹¹ K. MEDJAOU, «L'abus d'égalité», *Revue des Sociétés*, 1999, pp. 103 y ss.; A. CONSTANTIN/A. L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, Paris, Dalloz, 2010. Acoge esta categoría del abusos de control paritario entre nosotros L. HERNANDO CEBRIÁ en su monografía *El abuso de la posición jurídica del socio...*, op. cit. Vid. también del mismo

sociali ingovernabili»¹². En Derecho norteamericano de sociedades el tema se estudia bajo la rúbrica de la «*Corporate Deadlock*»¹³.

Para la misma doctrina francesa, la dialéctica entre socios que ocupan una posición paritaria de control societario podría reconducirse, y los peligros conjurarse, con la simple aplicación de idénticas reglas jurídicas a las contempladas para el *abuso del minoritario*, del que el «*abus d'égalité*» constituiría una simple modalidad¹⁴. En ambos casos, se nos dice, estamos ante un «abuso negativo» de la posición jurídica de socio que consiste o se cifra en la eventualidad de una actuación obstruccionista y, por ende, contraria al interés social (en ambos casos habría una infracción del deber de fidelidad o lealtad «horizontales»). Así, es fácil constatar que tanto el socio minoritario como el socio paritario pueden desarrollar una similar conducta obstruccionista que en la literatura norteamericana se califica de «*hold-up*» o «*greenmail*» («chantaje» o «extorsión»)¹⁵ y en la doctrina italiana de «*Minoranze di blocco*»¹⁶. En ambos casos se trataría de re-

autor, «El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 56, 2001, p. 92; P. SANZ BAYÓN, «La sociedad capitalista paralizada: sobre la causa legal para su disolución a la luz de los caracteres esenciales del contrato de sociedad», *Revista Electrónica de Pensamiento, Economía y Sociedad*, núm. 17, 2012, pp. 5 y ss.

¹² L. PONTI/P. PANELLA, *Le partecipazioni sociali ingovernabili*, Milano, Giuffrè, 2006, *passim*.

¹³ Desde una perspectiva comparada puede verse J. WOLFRAM, *US-amerikanischer Deadlock und Selbstblockade der GmbH-Organen*, Hamburg, J. Wolfram, 1999.

¹⁴ Como se sabe, el denominado «*abus de minorité*» encuentra su origen en la práctica judicial francesa que arranca de la decisión judicial adoptada por la Cour d'Appel de Besançon de 5 de junio de 1957, que constituye un precedente de la citada Sentencia de la Corte de Apelación de París de 26 de junio de 1990 (caso *S.A. Fromageries Bel*). *Vid. Revue des Sociétés*, 1990, p. 613. Constituye un hito de la evolución jurisprudencial en aquel país la celebre Sentencia «*Flandin*» comentada por P. MERLE en un artículo muy citado de la *Revue des Sociétés*, núm. 2, 1993, pp. 403 y ss., que lleva por título «*L'abus de minorité*». *Vid.*, entre muchos otros, A. CONSTANTIN, «*La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés*», en *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, París, Dalloz, 2003, pp. 213 y ss. Entre nosotros la doctrina parece ser pacífica en lo que hace al reconocimiento de la posible existencia de abusos del minoritario. *Vid.*, entre otros, L. HERNANDO CEBRIÁ, «Apuntes sobre el abuso del minoritario en las sociedades de responsabilidad limitada», *RDM*, núm. 283, 2012, pp. 271 y ss.; *id.*, *El abuso de la posición jurídica del socio...*, *op. cit.*, esp. pp. 169 y ss.; P. J. RUBIO VICENTE, «Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», *RdS*, núm. 21, 2003, pp. 89 y s. La Ley reconoce sin tapujos la posible existencia de un abuso del minoritario en el ejercicio por este del derecho de información (*vid.* art. 197.6 LSC en la reforma efectuada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre). Amén de ello, obviamente existe un deber de lealtad en el ejercicio del derecho del voto, toda vez que en caso de conflicto de interés puede impugnarse el acuerdo social adoptado con perjuicio al interés social y cuando medie un ejercicio desleal del voto según los casos (*cf.* art. 190 LSC).

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, mi trabajo «*Greenmail* y amortización no paritaria de acciones y de participaciones», *RdS*, núm. 21, 2003, pp. 39 y ss.

¹⁶ *Vid.* G. B. PORTALE, «*Minoranze di blocco*» e abuso del voto nell'esperienza eu-

primir una conducta dirigida a obstaculizar la adopción de acuerdos y decisiones sociales necesarios para el desarrollo del fin social.

A mi juicio, sin embargo, ni existe identidad de causas o presupuestos ni valen los mismos remedios en uno y en otro caso, abuso del minoritario y abuso de la posición paritaria. De un lado, porque el riesgo de conducta obstruccionista es recíproco en la cabeza de cada socio paritario y, de otro lado, porque remedios societarios tradicionales al uso para conjurar el abuso, la «opresión» o la «conducta inequitativa o perjudicial» del minoritario no son satisfactorios para el tratamiento y solución de las situaciones de paralización societaria por desacuerdos graves de los socios en posición paritaria.

En el caso de la «tiranía del minoritario» cabe pensarse en obtener no solo la reparación del daño, sino también, según opinión de la mejor doctrina (*vid. infra*), la intervención judicial para impedir el uso abusivo del derecho de voto (puede asegurarse judicialmente incluso la adopción de los acuerdos en concreto). En cambio, no parece idóneo utilizar el remedio de la disolución judicial para corregir el coyuntural abuso del minoritario, puesto que el oportunismo ocasional del socio minoritario no parece constituya «paralización de los órganos sociales» a los efectos de lo que se establece en el art. 363.1.d) LSC, como veremos con detalle más abajo en este mismo trabajo.

Por el contrario, en el caso de conflictos «estructurales» entre los socios que ostentan una posición de poder paritario en la sociedad conjunta, la solución funcionalmente adecuada (eficiente) para poner remedio a la crisis no es la que pasa por la aplicación de reglas dirigidas a ajustar la relación contractual (las llamadas «*relationship-preserving norms*»), sino por la puesta en marcha de aquellos mecanismos enderezados a poner término a la relación jurídica («*end-game norms*») ¹⁷. En la terminología de ese famoso manual, *The Anatomy of Corporate Law* ¹⁸, un libro comparado clásico ya en su tercera edición, se habla de «*estrategias regulatorias de salida*» («*Dissolution and exit rights*»).

ropea: della tutela resarcitoria al “gouvernement des juges”?, *Europa e Diritto privato*, núm. 1, 1999, pp. 153 y ss.

¹⁷ Tuvo el mérito de formular con rigor esta distinción Lisa BERNSTEIN en su muchas veces citado trabajo «Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Inmanent Business Norms», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, núm. 5, 1996, p. 1765. Aplica entre nosotros esa categorización de los remedios a los conflictos entre los socios T. VÁZQUEZ LEPINETTE, *La protección de las minorías societarias...*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁸ VVAA, *The Anatomy...*, *op. cit.*, pp. 31 y ss., y pp. 152 y ss.