



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

MECANISMOS DE SOLUCIÓN DEL BLOQUEO
SOCIETARIO

Alejandro García-Cremades Mira



Tesis **Doctorales**

UNIVERSIDAD de ALICANTE

Unitat de Digitalització UA
Unidad de Digitalización UA

**DEPARTAMENTO DE
DERECHO MERCANTIL Y DERECHO PROCESAL
FACULTAD DE DERECHO**

**MECANISMOS DE SOLUCIÓN DEL BLOQUEO
SOCIETARIO.**

ALEJANDRO GARCÍA-CREMADES MIRA

**Tesis presentada para aspirar al grado de
DOCTOR POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE
MENCIÓN DE DOCTOR INTERNACIONAL
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO**

Dirigida por:

D.^a ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ

D.^a PILAR ÍÑIGUEZ ORTEGA



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INDICE

INDICE.....	1
INTRODUCCIÓN.....	7
INTRODUCTION.....	13
CAPÍTULO PRIMERO.- CONTEXTO SOCIETARIO.....	19
I.- Antecedentes históricos.....	19
1.- La sociedad anónima como primer antecedente de la sociedad de responsabilidad limitada. El proceso de codificación.....	21
2.- Evolución histórica de la sociedad de responsabilidad limitada en Europa y EEUU.....	23
3.- Referencia a la sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho español... 26	
II.- Situación de hecho. Sociedades de Responsabilidad limitada.....	29
1.- Derecho de sociedades: caracterización.....	29
1.1.- Derecho privado: Sociedades civiles y mercantiles.....	30
1.2.- Sociedades mercantiles: Estructura personalista y corporativa.....	34
1.3.- Sociedades de capital: anónimas y de responsabilidad limitada.....	38
2.- Sociedades de responsabilidad limitada: Introducción.....	49
2.1.- Sociedades de responsabilidad limitada: Fundación y constitución.....	53
2.2.- Sociedades de responsabilidad limitada: Carácter cerrado, empresa familiar y el interés social.....	59
2.2.1.- Carácter cerrado.....	59
2.2.2.- Empresa familiar.....	61
2.2.3.- Interés social y deber de fidelidad del socio.....	62
2.3.- Sociedades de responsabilidad limitada: Estatutos sociales y pactos parasociales (Mercantilidad y principios configuradores del tipo).....	66
2.3.1.- Estatutos sociales.....	66
2.3.2.- Pactos parasociales.....	72

2.4.- Sociedades de responsabilidad limitada: Capital social y régimen de las participaciones sociales.	76
2.4.1.- Capital social.	76
2.4.2.- Las participaciones sociales.	85
III.- Descripción del conflicto de bloqueo. Conflictos horizontales o “deadlock”.....	91
1.- Elementos de la causa de disolución.....	97
1.1.- Conflicto insuperable.	98
1.2.- Conflicto permanente.	99
2.- Órganos sociales, ¿dónde se produce el bloqueo?	100
2.1.- Órgano de administración.	101
2.2.- Junta general de socios.	104
3.- Disolución de la sociedad.	106
3.1.- Disolución de la sociedad: Legitimación activa para solicitarla.	107
3.1.1.- Legitimación activa de los administradores y su responsabilidad en caso de no promoverla.	107
3.1.2.- Legitimación activa de los socios.	114
3.2.- Disolución de la sociedad: Disolución judicial.	116
3.3.- Disolución de la sociedad: Liquidación y extinción.	118
CAPÍTULO SEGUNDO.- CLÁUSULAS ANTIBLOQUEO.....	123
I.- Introducción.	123
II.- Tipología.	132
1.- Extinción y liquidación de la posición jurídica del socio.	134
1.1.- Derecho de separación.	138
1.1.- El problema de la infracapitalización y la eternización del proceso de separación	144
1.2.- Exclusión del socio.	145
1.2.1.- La infracapitalización como problema menor y la eficacia plena del acuerdo de exclusión.	151
2.- Cláusulas relativas a la compraventa de participaciones.	152

2.1- “Tag-along” y “drag-along”.....	161
2.2- “Squeeze-out” y “sell-out”.....	170
2.3.- Cláusulas “shoot-out”.....	179
2.3.1.- “Texas shoot-out”.....	195
2.3.2.- “Mexican shoot-out”.....	198
2.3.3.- Ruleta rusa o “russian roulette”.....	199
2.3.4.- Experto independiente.....	201
2.4.- Opción de compra y opción de venta (“Put and call options”).....	206
2.4.1.- Opción de compra a favor de los trabajadores.....	215
CAPÍTULO TERCERO.- INSTRUMENTOS SOCIETARIOS DE INTRODUCCIÓN DE LAS CLÁUSULAS ANTIBLOQUEO.....	225
I.- Descripción.....	225
II.- Instrumentos de introducción de derechos, obligaciones y facultades societarias.....	229
1.- Estatutos sociales.....	229
1.1.- Instrumento generador de obligaciones.....	229
1.2.- Forma de introducción.....	236
1.3.- Garantías que ofrecen.....	247
2.- Pactos reservados.....	251
2.1.- Del pacto parasocial al protocolo familiar. Instrumento generador de obligaciones societarias indirectas.....	252
2.2.- Forma de introducción.....	259
2.3.- Garantías que ofrecen.....	262
3.- Las prestaciones accesorias. Solución intermedia.....	271
CAPÍTULO CUARTO.- MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE LAS SITUACIONES DE BLOQUEO.....	275
I.- Preliminar.....	275
II.- Romper el empate: El voto dirimente y los pactos de sindicación.....	275
1.- Voto dirimente.....	277

2.- Sindicación de votos.....	282
III.- Cláusulas de negociación: cláusula “gin and tonic”.....	286
IV.- Mediación.....	289
V.- Arbitraje.....	294
CONCLUSIONES.....	307
CONCLUSIONS	319
ANEXO 1.....	329
BIBLIOGRAFÍA.....	329



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN.

El proceso de globalización progresivo que experimenta la sociedad ha provocado que el mercado económico esté cambiando considerablemente. Este proceso, que comenzó a partir del descubrimiento de América en el siglo XV, ha estado en una continua evolución desde entonces. La desaparición de fronteras económicas interiores en la Unión Europea, y la incesante ampliación de mercados nuevos más allá del territorio nacional, ha traído consigo la necesidad de que el tradicional pequeño empresario tenga inexorablemente que profesionalizarse y adaptarse a los nuevos cambios. En la actualidad, podemos encontrar, por ejemplo, que una pequeña empresa de calzado ubicada en una ciudad como Elda, tenga externalizados parte de sus procesos productivos en distintos países del mundo, como China o Turquía, y acabe vendiendo los zapatos que fabrica en Suecia.

Estos nuevos escenarios, insólitos hasta hace poco tiempo, han provocado la ruptura de la tradicional idea de negocio y de comercio. Como consecuencia, se han producido cambios desde el punto de vista funcional de la sociedad, que se han visto traducidos en mejoras tecnológicas, en nuevos sistemas de producción, y en modificaciones institucionales y corporativas. Todo ello ha sido determinante para que el tradicional empresario persona física esté desapareciendo en beneficio de las sociedades de capital, que cuentan con un sistema funcional y corporativo mucho más profesionalizado¹²

Este proceso, que como hemos mencionado, comenzó en el siglo XV con el descubrimiento de América, supuso un nuevo tipo de negocio que requería tanto de un gran desembolso dinerario, como de la asunción de grandes riesgos derivados de la peligrosidad de tener que viajar al Nuevo Mundo. De ahí que los comerciantes de la época empezaran a unirse para poder afrontar tales riesgos, y tener eventualmente un menor

¹ GÓMEZ SEGADÉ, J., “Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil” en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 220.

² Como ya apuntaba el profesor URÍA en 1975, “*En un primer estadio la actividad mercantil organizada estuvo en manos de empresarios individuales, pero a medida que la economía se racionaliza y se amplía progresivamente el ámbito espacial de esa actividad, las fuerzas aisladas de esos empresarios van resultando impotentes para montar, conjugar y mover el conjunto instrumental de elementos heterogéneos que requiere la explotación de una empresa y para asumir los riesgos cada día mayores que implica el ejercicio del comercio en gran escala*”. Ver en URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Madrid, 1975, págs. 117 a 118.

margen de pérdidas. Con el paso del tiempo, las actuales sociedades de capital siguen contando con la misma premisa: la unión de esfuerzos y de economías para minimizar riesgos y peligros.

Se trata de un cambio de organización que en la actualidad se encuentra consolidado. Según los datos que figuran en los informes mensuales sobre las pequeñas y medianas empresas³ (en adelante PYMES), que elabora el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en enero de 2019, había inscritas en la Seguridad Social, 2.886.759 empresas, de las cuales 1.559.798 eran empresarios autónomos, 1.322.261 eran PYMES, y solo 4.700 eran grandes empresas de más de 250 trabajadores.

Pero a pesar de que el número de empresarios individuales es elevado, su repercusión en el mercado no debe ser analizada únicamente a partir de datos cuantitativos. Si clasificamos las empresas en atención al número de trabajadores dados de alta en la Seguridad Social, la importancia de la Pymes aparece muy relevante. Mientras que los empresarios autónomos tienen un total de 1.993.902 trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social, las grandes empresas de más de 250 trabajadores tienen un total de 5.352.361 trabajadores, y las Pymes aparecen con 8.416.423 trabajadores.

Estos datos, en relación al número de empresas inscritas en la seguridad social evidencian dos hechos: Primero, que, en España, son las sociedades y no los empresarios individuales lo que más empleo generan. Segundo, la gran importancia que supone la pequeña y mediana empresa para el producto interior bruto de España, no solo por ser prácticamente la mitad de empresas inscritas en la Seguridad Social, sino por ser el tipo de empresa que más trabajo ofrece y a su vez, el tipo de empresa que más riqueza genera.

Parece, a partir de estos datos, que el proceso de modernización y globalización está plenamente consolidado en nuestra sociedad, y que afecta a todo tipo de empresarios, desde las pequeñas y medianas empresas, hasta las grandes sociedades cotizadas. Como es lógico, este proceso se ha traducido en nuevas fórmulas jurídicas de organización de las empresas, ya plenamente instauradas en nuestra sociedad, y cuyos ejemplos más

³ Estudio Cifras y Pymes Ministerio de Industria. Enero 2019: <http://www.ipyme.org/ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2019.pdf>

relevantes se pueden situar en la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, o en la sociedad anónima cotizada.

Otro estudio realizado por el Ministerio de Industria⁴ continúa diciendo que, en atención a la condición jurídica de la empresa, el empresario persona física constituye el 55,5% del tipo de empresas inscritas, la sociedad de responsabilidad limitada el 35,4%, las sociedades anónimas el 2,4% y el resto de tipos societarios el 8,7%. Estos datos evidencian que, cuando se decide profesionalizar el negocio y formar una sociedad, más de una tercera parte de las empresas en España, optan por el tipo de Sociedad de Responsabilidad Limitada, y en su mayoría pertenecen a las pequeñas y medianas empresas.

Han aparecido, además, nuevas fórmulas mercantiles para mejorar su funcionalidad, como la institución jurídica del concurso de acreedores, que en muchas ocasiones permiten dar viabilidad a sociedades que se encuentran en riesgo de desaparecer. Sin embargo, a pesar de esta tendencia de mejora legislativa, de acuerdo con las estadísticas publicadas por el Registro Mercantil Central⁵, en el año 2018, 26.260 sociedades de responsabilidad limitada fueron disueltas, siendo una tendencia que ha ido en aumento desde el año 2012. Mientras tanto, en el año 2018, se constituyeron 93.560 sociedades de responsabilidad limitada, siendo con sobrada diferencia, el tipo societario más elegido.

De todos estos datos expuestos podemos obtener tres conclusiones: La primera sería que uno de los principales motores de la economía española reside en las pequeñas y medianas empresas, tanto por la riqueza que generan como por el empleo que crean; La segunda, que este motor adopta mayoritariamente el tipo social de sociedad de responsabilidad limitada, por las ventajas que ofrece al pequeño empresario; La tercera que, a pesar de lo expuesto, por cada tres sociedades de responsabilidad limitada que se constituyen cada año, una del mismo tipo cierra.

Se pueden encontrar muchas explicaciones: desde la propia incertidumbre que genera el mercado, como el éxito o el fracaso de la propia empresa, o las distintas crisis

⁴ Retrato de la Pymes 2018: http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato-PYME-DIRCE-1_a_enero-2018.pdf

⁵ Estadísticas registro mercantil Central 2018. Pág. 2. <http://www.rmc.es/documentacion/publico/Estadisticas/ESTADISTICAS-2018.pdf>

económicas en las que periódicamente se ven envueltos los distintos sectores económicos de nuestra sociedad. Son múltiples variables que el empresario no puede prevenir en su totalidad, y muchas veces ni si quiera imaginar cuando constituye una sociedad. Pero dentro de las crisis societarias hay escenarios que se pueden tanto prevenir como evitar. Tal y como resaltan las distintas instituciones mundiales tales como el Banco Mundial, Uncitral, UNCTAD o el Fondo Monetario Mundial, es necesario profundizar en el Derecho de la Insolvencia para promover el desarrollo económico, ya que regulando mecanismos de “entrada” y “salida” de los operadores económicos en el mercado, se permitirá incentivar el inicio de nuevas actividades económicas-empresariales⁶.

Hablamos de prever un escenario negativo y evitar que surja el problema, o crear mecanismos que lo puedan atajar en sus inicios. Estoy haciendo referencia, principalmente, al bloqueo societario producido por la parálisis de los órganos sociales, cuando no es posible obtener mayorías en la toma de decisiones a causa de una distribución paritaria de las participaciones sociales. Esto es, la típica sociedad formada por dos únicos socios, cada uno de los cuales tiene el cincuenta por ciento de las participaciones sociales.

A pesar de que se han realizado numerosos estudios que analizan las causas de disolución societaria, muchos de ellos traducidos en mejoras legislativas, como, por ejemplo, sobre el concurso de acreedores, todavía existen motivos que suponen las principales causas de disolución de las sociedades de responsabilidad limitada, el bloqueo societario sigue siendo en muchas ocasiones una de las causas que provocan el fracaso de una sociedad. De ahí que puede resultar interesante profundizar en esta materia, de modo que sociedades mercantiles que resultan viables desde el punto de vista productivo, no se traduzcan en inviables por causa de las desavenencias de sus socios.

La creación de mecanismos que posibiliten la subsistencia de una sociedad a pesar de las diferencias internas que surjan, permite no solo otorgar una mayor seguridad jurídica, sino una mayor certeza en el tráfico económico entre los distintos sujetos económicos. En este ámbito, y provenientes del derecho societario anglosajón, es posible encontrar fórmulas que prevean el conflicto “*ex ante*”. Son mecanismos susceptibles de ser introducidos a través de cláusulas estatutarias, o a través de pactos parasociales, en las

⁶ PULGAR EZQUERRA, J., “Derecho europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la competencia” en *Revista Española de Derecho Europeo* (núm. 60/2016), Civitas, Madrid, 2016, págs. 1 a 2.

que la decisión de remoción de la causa del bloqueo no se deja a un posible acuerdo de dos personas, sino a la decisión de una sola. Las cláusulas “*Mexican ShootOut*”, “*Texas ShootOut*”, “*Tag-along y Drag-along*”, o el Pacto Andorrano son algunas de las que se utilizan en otros países de Europa y América con resultados óptimos. Algunas de estas cláusulas ya se usan en España, solo que, con otros fines. Cláusulas similares, como las cláusulas de las subastas en sobre cerrado que se utilizan en el ámbito del derecho civil para adjudicar lotes; o las cláusulas “*tag-along*” y “*drag-along*” que se utilizan en las sociedades anónimas para proteger a los socios minoritarios o mayoritarios.

En este estudio, me propongo profundizar en su análisis, para ver si son medios susceptibles de ser utilizados para solucionar el bloqueo societario, evitando la disolución de la sociedad. Para ello, primero se va a hacer una exposición completa del contexto societario del tipo social en el que se suele producir este bloqueo; a continuación se analizarán las distintas alternativas que provienen del derecho anglosajón, comprobando tanto su eficacia como alternativa real a la disolución así como su compatibilidad con nuestro ordenamiento; en tercer lugar se examinarán las distintas opciones para su introducción, es decir, estatutos sociales o pactos parasociales, así como si, efectivamente, es posible articularlas a través de ellas; y por último se repasarán otros tipo de mecanismos, que si bien no existen dudas en cuanto a su licitud, no ofrecen una solución real al bloqueo sino más una función preventiva.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCTION.

The process of progressive globalisation that our society is undergoing, has caused that the economic market is changing considerably. This process, which began with the discovery of America in the 15th century, has been in continuous evolution ever since. The disappearance of internal economic borders in the European Union, and the constant expansion of new markets beyond the national territory, has brought the need for the traditional small entrepreneur to professionalise and adapt to the new changes. Nowadays, we can find, for example, that a small footwear company located in a city like Elda, has outsourced part of its production processes in different countries around the world, such as China or Turkey, ending up selling the shoes it manufactures in Sweden.

These new scenarios, unheard of until recently, have caused a rupture in the traditional idea of business and trade. As a consequence, changes have taken place from the functional point of view of society, which have been translated into technological improvements, new production systems, and institutional and corporate modifications. All this has been a determining factor in the disappearance of the traditional individual entrepreneur to the benefit of capital companies, which have a much more professionalised functional and corporate system⁷⁸.

This process, which as we have mentioned, began in the 15th century with the discovery of America, involved a new type of business that required both a large payment of money and the assumption of great risks derived from the hazard of having to travel to the New World. Hence, the merchants of the time began to join together to be able to face such risks, and eventually have a smaller margin of loss. Today's capital companies continue to rely on the same premise: the pooling of efforts and economies to minimise risks and dangers.

⁷ GÓMEZ SEGADÉ, J., “Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil” en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 220.

⁸ As Professor URÍA pointed out in 1975 “In a first stage the organised commercial activity was in the hands of individual entrepreneurs, but as the economy rationalises and the spatial scope of this activity progressively expands, the isolated forces of these entrepreneurs become ineffective to assemble, combine and move the instrumental set of heterogeneous elements that the operation of a company requires and to assume the increasingly greater risks involved in the exercise of trade on a large scale”. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Madrid, 1975, págs. 117 a118.

This is an organizational change that nowadays is consolidated. According to the data contained in the monthly reports on small and medium-sized enterprises (hereinafter SMEs), prepared by the Ministry of Industry, Trade and Tourism, in January 2019⁹, there were 2,886,759 companies registered at the Social Security, of which 1,559,798 were self-employed entrepreneurs, 1,322,261 were SMEs, and only 4,700 were big companies with more than 250 workers.

But although the number of individual entrepreneurs is high, their impact on the market should not be analysed solely on the basis of quantitative data. If we classify companies according to the number of employees registered at the Social Security, the importance of SMEs appears to be very relevant. While self-employed entrepreneurs have a total of 1,993,902 employees registered at Social Security, big companies with more than 250 workers have a total of 5,352,361 workers, and SMEs have 8,416,423 employees.

These data, in relation to the number of companies registered at the Social Security, show two facts: First, that in Spain, it is the companies and not the individual entrepreneurs that generate the most employment. Second, the great importance of small and medium-sized companies for Spain's gross domestic product, not only because they account for practically half of the companies registered with at Social Security, but also because they are the type of company that provides the most jobs and, in turn, the type of company that generates the most wealth,

It seems, from these data, that the process of modernisation and globalisation is fully consolidated in our society, and that it affects all types of entrepreneurs, from small and medium-sized companies to big companies. Logically, this process has resulted in new legal ways for the organization of companies, now fully established in our society. The most relevant examples are the limited liability company, the public limited company and the listed company.

Another study carried out by the Ministry of Industry¹⁰ states that, according to the legal status of the company, the individual entrepreneur constitutes 55.5% of the type

⁹ Estudio Cifras y Pymes Ministerio de Industria. Enero 2019: <http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2019.pdf>

¹⁰ Retrato de la Pymes 2018: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato-PYME-DIRCE-1-enero-2018.pdf>

of registered companies, the limited liability company 35.4%, the public limited company 2.4% and the other types of companies 8.7%. These data show that, when it is decided to professionalise the business and form a company, more than a third of the companies in Spain opt for the Limited Liability Company type, and most of them belong to small and medium-sized companies.

In addition, new commercial ways have appeared to improve their functionality, such as the legal institution of insolvency proceedings, which on many occasions make it possible to give viability to companies that are at risk of disappearing. However, despite this trend of legislative improvement, according to statistics published by the Central Mercantile Registry¹¹, in 2018, 26,260 limited liability companies were dissolved, being a trend that has been increasing since 2012. Meanwhile, in 2018, 93,560 limited liability companies were incorporated, being by far the most chosen corporate type.

From all these data we can draw three conclusions: The first is that one of the main drivers of the Spanish economy is the small and medium-sized companies, both for the wealth they generate and the employment they create; The second is that these small and medium-sized companies mainly adopt the limited liability company, due to the advantages it offers to the small entrepreneur; The third is that, despite the above, for every three limited liability companies that are set up each year, one of the same type closes down.

Many explanations can be found: from the uncertainty generated by the market itself, such as the success or failure of the company, or the different economic crises in which the different economic sectors of our society are periodically involved. There are multiple variables that the entrepreneur cannot prevent in their entirety, and often cannot even imagine when setting up a company. But within corporate crises there are scenarios that can be both prevented and avoided. As highlighted by different world institutions such as the World Bank, Uncitral, UNCTAD or the World Monetary Fund, it is necessary to deepen the Insolvency Law to promote economic development, since regulating

¹¹ Estadísticas registro mercantil Central 2018, pág. 2.
<http://www.rmc.es/documentacion/publico/Estadisticas/ESTADISTICAS-2018.pdf>

mechanisms of "entry" and "exit" of economic operators in the market, will allow to encourage the start of new economic-business activities¹².

We are talking about foreseeing a negative scenario and preventing the problem from arising, or creating mechanisms that can stop it in its early stages. We are referring, mainly, to the deadlock produced by the paralysis of the corporate bodies, when it is not possible to obtain majorities in the decision making process due to a parity distribution of the corporate shares. That is, the typical company formed by only two partners, each of which has fifty percent of the shareholding.

Despite the fact that numerous studies have been carried out analyzing the causes of corporate dissolution, many of which have led to legislative improvements, such as, for example, the insolvency proceedings, there are still reasons that are the main causes of dissolution of limited liability companies, and deadlock is still on many occasions one of the causes that lead to the failure of a company. Therefore, it may be interesting to go deeper into this matter, so that commercial companies that are viable from the productive point of view, do not become unviable due to disagreements among their partners.

The establishments of mechanisms that make possible the subsistence of a company in spite of the internal differences that arise, allows not only to grant a greater legal security, but also a greater certainty in the economic traffic between the different economic subjects. In this field, and coming from Anglo-Saxon corporate law, it is possible to find formulas that foresee the conflict "ex ante". These are mechanisms that can be introduced through statutory clauses, or through para-social pacts, in which the decision to remove the cause of the blockage is not left to a possible agreement of two persons, but to the decision of only one. The clauses "Mexican ShootOut", "Texas ShootOut", "Tag-along and Drag-along", or the "Andorran Pact" are some of those used in other countries in Europe and America with optimal results. Some of these clauses are already used in Spain, but with other purposes. Similar clauses, such as the clauses of sealed auctions used in the field of civil law to award lots; or the "tag-along" and "drag-along" clauses used in corporations to protect minority or majority shareholders.

¹² PULGAR EZQUERRA, J., "Derecho europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la competencia" en *Revista Española de Derecho Europeo* (núm. 60/2016), Civitas, Madrid, 2016, págs. 1 a 2.

In this study, I try to go deeper into their analysis, to see if they are means that can be used to solve the corporate deadlock, avoiding the dissolution of the company. So as to do it, I will first provide a complete description of the corporate context of the type of company in which this deadlock usually occurs; then I will analyse the different alternatives that come from Anglo-Saxon law, verifying both their effectiveness as a real alternative to dissolution and their compatibility with our legal system; thirdly, the different options for their introduction will be examined, i.e., articles of association or shareholders' agreements, as well as whether it is indeed possible to articulate them through them; and finally, other types of mechanisms will be reviewed, which, although there are no doubts as to their legality, do not offer a real solution to the blockage but rather a preventive function.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO PRIMERO.- CONTEXTO SOCIETARIO.

El presente estudio se enmarca dentro del derecho societario, concretamente en relación con las crisis societarias de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Analizaremos el bloqueo de los órganos sociales como causa de disolución regulada en el artículo 363.1.d) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante Ley de Sociedades de Capital)¹³.

Se puede decir que el contrato de sociedad, al igual que el resto de los contratos, es incompleto¹⁴. Esto se debe a que, al ser por norma general de duración indeterminada, es imposible prever en él todas las situaciones que pueden suceder, así como las reglas de actuación frente a ellas¹⁵. Además, al caracterizarse la sociedad de responsabilidad limitada por ser una forma asociativa híbrida que reúne tanto los rasgos de las sociedades de capital como las de personas, esta amplitud de escenarios aumenta exponencialmente. Ambos hechos son las causas remotas que explican la razón por la que se producen estos bloqueos. Considero, por tanto, que es necesario realizar un análisis más profundo de sus antecedentes históricos y de los distintos tipos de sociedades para comprenderlo.

I.- Antecedentes históricos.

Sabido es que, desde el Derecho romano, se ha venido distinguiendo entre Derecho privado y Derecho público; y que las dos ramas fundamentales del Derecho privado son el Derecho civil y el Derecho mercantil, aunque esta distinción no existía en origen¹⁶. Se tuvo que esperar hasta la Edad Media para que se produjera el alumbramiento del Derecho mercantil como un derecho propio, autónomo y especial respecto del

¹³ Artículo 363.1.d) de la Ley de Sociedades de Capital: “La sociedad de capital deberá disolverse: d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento”.

¹⁴ El profesor ALFARO ÁGUILA-REAL llega a considerarlo como el contrato incompleto por antonomasia. Ver en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, en *Indret* (núm. 4/2005), Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2005, pág. 2.

¹⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *op. ct.*, págs. 1 a 3.

¹⁶ GUYON, Y., *Droit des affaires. Droit commercial général et Sociétés*, Economica, París, 1998, págs. 12 a 14.

Derecho común¹⁷. Su origen está unido al comienzo de la actividad de los gremios y corporaciones de mercaderes, cuando empezaron a organizarse en las grandes ciudades comerciales medievales, para la defensa de sus intereses comunes¹⁸.

Sin embargo, aunque la mayoría de las instituciones del Derecho mercantil encuentran su origen y reglas en las prácticas mercantiles de este periodo histórico¹⁹, no es posible concluir que en esta época surgieran los primeros antecedentes de las sociedades de responsabilidad limitada. Durante este período existieron distintas fórmulas asociativas de empresarios, tales como la “*commenda*” o sociedad general de mercaderes²⁰, o la “*societas maris*” (tipo de “*commenda*” relacionada con el tráfico marítimo)²¹, cuyos presupuestos básicos consistían en la unión social de actividades, con división final de resultados²².

A pesar de que estas organizaciones primitivas de trabajo carecían de los rasgos comunes de las sociedades de capital, la naturaleza de empresa familiar, pequeña o mediana, que en la actualidad tantas sociedades poseen, ya comenzaba a vislumbrarse. Los empresarios de esa época, no solo se preocupaban por la obtención de un rendimiento económico, sino que tenían en cuentas circunstancias, tan importantes en la actualidad, como los eventuales infortunios intrasocietario que pudiesen derivar en la desaparición de la misma. Un buen ejemplo lo podemos encontrar en la figura de la “*societas*” del derecho romano, que se caracterizaba por una estrecha relación fraternal entre sus miembros, derivada de la convivencia en la comunidad de trabajo. Por este motivo, cuando uno de los socios hacía insoportable la convivencia a los demás, se podía resolver el conflicto mediante la disolución de esa sociedad por la mera voluntad inequívoca de

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones del Derecho Mercantil*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 49 a 50.

¹⁸ GIRÓN TENA, J., *La evolución de la estructura y significado económico-jurídicos de la empresa en Derecho Marítimo*, Server-cuesta, Valladolid, 1958, págs. 10 a 11; GARRIGUES, J., *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, págs. 12 a 26.

¹⁹ JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Condicionamientos históricos del Derecho Mercantil en la fase inicial de formación” en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*. Civitas, Madrid, 1978, págs. 323 a 325.

²⁰ JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Condicionamientos históricos del Derecho Mercantil en la fase inicial de formación”, *op. ct.* págs. 317 a 320.

²¹ La unión social en este caso concreto consistía en, por un lado, la aportación un buque, dinero y mercancías, y por otro, la división proporcional del resultado final obtenido. Ver en GIRÓN TENA, J., *La evolución de la estructura y significado económico-jurídicos de la empresa en Derecho Marítimo*, *op. ct.* págs. 11 a 12.

²² GIRÓN TENA, J., *La evolución de la estructura y significado económico-jurídicos de la empresa en Derecho Marítimo*, *op. ct.* págs. 11 a 12.

uno de sus miembros, por el cambio de las circunstancias iniciales; en definitiva, por el cambio de la singularidad personal - “*intuitu personae*”- bajo la que había nacido la “*societas*”²³.

1.- La sociedad anónima como primer antecedente de la sociedad de responsabilidad limitada. El proceso de codificación.

Para poder hablar de sociedades de capital, hay que esperar hasta las innovaciones ideológicas y jurídicas de los siglos XVIII y XIX que se produjeron como consecuencia de la revolución francesa²⁴. No obstante, para comprender el origen histórico de la sociedad de responsabilidad limitada y el tratamiento de las crisis societarias, es necesario analizar primero la evolución histórica de la figura más próxima a esta, es decir, la sociedad anónima.

El proceso de revolución social y político provocó un proceso de cambio jurídico. Las ideas de Locke, Rousseau o Montesquieu se tradujeron en la aplicación práctica del Derecho Natural racionalista que da contenido al Derecho positivo, creando un derecho que materializaba la libertad del individuo. Por ello, surgió la necesidad de crear los códigos jurídicos donde plasmar los nuevos términos como “libre competencia”²⁵. Este primer periodo de codificación surge por la necesidad de dar cierto rigor y orden a una rama del derecho que sufría una notable dispersión jurídica. Sin embargo, el mismo no supuso una revolución jurídica, como se suele asociar a los procesos de codificación. Lo que pretendió fue reunir todas las ordenanzas sobre la materia en una única norma magna.

El principal precursor lo encontramos en el Código napoleónico o Código francés de 1807 (primera legislación sobre sociedades anónimas de Europa²⁶), que no era más

²³ RUBIO, J., *El principio de conservación de la empresa y disolución de Sociedades mercantiles en el Derecho español*, Madrid, 1935, pág. 5 a 8.

²⁴ ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, en ALONSO LEDESMA, C., *Derecho de Sociedades*, Atelier, Barcelona, 2015, págs. 23 a 25.

²⁵ GIRÓN TENA, J., *Tendencias Actuales y Reforma del Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 21 a 24

²⁶ HOPT, K. J., “Comparative Company Law” en REIMANN, M. y ZIMMERMAN, R. (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Pres, Oxford, 2006, págs. 1162 a 1163; DE SOLA CAÑIZARES, F., “Las formas jurídicas de las empresas. (La empresa individual limitada, el contrato de sociedad, y la institución de acciones)”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 39/1952), Civitas, Madrid, 1952, págs. 1 a 4.

que una recopilación y resistemización de la normativa precodificada del siglo XVII que contemplaba como único presupuesto económico el comercio²⁷. Después surgieron numerosas leyes de sociedades anónimas por toda Europa como la Ley alemana de 1843, la Joint Stock Companies Act inglesa de 1844²⁸ y la propia Ley francesa de 1867, que permitían o facilitaban la constitución de este tipo de sociedades²⁹.

Por otro lado, la introducción de la codificación sí que supuso, en el ámbito del derecho societario, una innovación importante, pues es en esta época cuando se pueden encontrar las primeras sociedades anónimas, constituidas como tales, y no como fórmulas jurídicas similares. Hasta entonces, la sociedad o compañía siempre se encuadraba dentro de los problemas fundamentales del Derecho civil, es decir la responsabilidad ilimitada del comerciante y la indivisibilidad de su patrimonio³⁰. Con la revolución industrial, nació una nueva necesidad de organización de trabajo y búsqueda de financiación, la cual se encontró en la división del capital en acciones con el fin de atraer ahorros³¹. Esto se plasmó en la tipificación de la sociedad anónima, cuya especificación supuso el otorgamiento de una regulación específica a las sociedades mercantiles, así como la instauración de la regla de la responsabilidad limitada³². Cabe destacar que en España fuimos pioneros, al ser el primer Estado europeo en el que se reguló la sociedad anónima, permitiendo la creación de este tipo bajo el principio de la publicidad y sin la necesidad de que la monarquía permitiese su fundación.

La regulación de estas sociedades anónimas se caracterizaba por una acusada concepción ordenancista³³. El legislador procuró la promulgación de un gran número de normas imperativas con el fin de proteger a los sujetos más implicados en la vida de la

²⁷ GUYON, Y., *Droit des affaires. Droit commercial général et Sociétés*, *op. ct.*, págs. 16 a 17.

²⁸ HOPT, K. J., “Comparative Company Law”, *op. ct.*, págs. 1163 a 1164.

²⁹ GUYON, Y., *Droit des affaires. Droit commercial général et Sociétés*, *op. ct.*, págs. 17 a 18.

³⁰ DE SOLA CAÑIZARES, F., “Las formas jurídicas de las empresas. (La empresa individual limitada, el contrato de sociedad, y la institución de acciones)”, *op. ct.*, págs. 1 a 2.

³¹ GIRÓN TENA, J., “Las reformas varias, pendientes y andantes, de la sociedad anónima en España”, en *Diario la Ley* (núm. 1/1989), La Ley, Madrid, 1989, págs. 1 a 2.

³² Ejemplo de estos avances, fue el novedoso Código de Comercio de 1829 en España, basado principalmente en el Código de Comercio francés, en cuyo título 2 “de las Compañías mercantiles” se enumeraban las formas en las que se podía constituir una sociedad. Ver en QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1989, págs. 117 a 119.

³³ GONDRA ROMERO, J. “La teoría contractual de la sociedad anónima: Una aproximación a sus fundamentos teóricos-económicos”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pág. 173.

sociedad, es decir, acreedores, socios minoritarios e incluso en algunos países, los trabajadores³⁴. A pesar de ello, la principal consecuencia fue la existencia de una normativa rígida, que desembocó en numerosos conflictos societarios, desmotivando en numerosas ocasiones la constitución de este tipo societario. No obstante, es necesario resaltar que, dentro de ese ánimo de abarcar o prever la mayoría de situaciones societarias posibles, el legislador español, siguiendo la regulación de las Ordenanzas de Bilbao decidió incluir una de las pocas menciones legislativas históricas en materia de resolución de conflictos al establecer la obligación de someterse a la institución del arbitraje en caso de existencia de controversias intrasocietarias.

El siguiente paso fue Código de Comercio de 1885 y el Código Civil de 1891, que implicaron una modificación sustancial de los presupuestos iniciales de la normativa societaria. Ante los problemas de sus predecesoras, el legislador decidió cambiar radicalmente su filosofía, optando por otorgar cierta libertad a la hora de crear las sociedades de capital. Por primera vez se abrió el abanico al desaparecer el “*numerus clausus*”, que hasta entonces regía en España respecto de las sociedades mercantiles que se podían constituir en este país³⁵. Cabe también destacar que, dentro de ese objetivo de reducir la carga normativa, desaparecieron menciones como el sometimiento al arbitraje³⁶.

2.- Evolución histórica de la sociedad de responsabilidad limitada en Europa y EEUU.

En el siglo XIX, se inició un proceso de modernización de las organizaciones mercantiles y de su regulación jurídica, que no concluyó hasta finales del siglo XX. Los distintos estados europeos se percataron de que la figura de la sociedad anónima era inadecuada para las pequeñas y medianas empresas, creadas por los lazos familiares o por razones de amistad³⁷. En aquella época, las sociedades se regían por el principio de

³⁴ GONDRA ROMERO, J. “La teoría contractual de la sociedad anónima: Una aproximación a sus fundamentos teóricos-económicos”, *op. ct.*, págs. 173 a 175.

³⁵ Como decía la propia exposición de motivos del texto “...*La amplia libertad de los asociados para constituirse como tengan por conveniente, la ausencia completa de intervención gubernativa en la vida interior de estas personas jurídicas y la publicidad de los actos sociales que puedan interesar a terceros...*”. Ver en QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, *op. ct.*, págs. 119 a 121.

³⁶ BOTANA AGRA, M., “Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades Anónimas”, *op. ct.*, págs. 9 a 10

³⁷ ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 26 a 27.

responsabilidad ilimitada, obligando al propio socio a asumir riesgos excesivos a la hora de constituir una empresa. Esto se debía a que, tanto la constitución como el uso de la sociedad anónima se encontraba demasiado restringido, pues existían numerosos requisitos formales, y eran necesarios grandes capitales monetarios para poder acceder a ella. En consecuencia, los pequeños y medianos empresarios se vieron obligados a agruparse bajo la fórmula jurídica de las sociedades personalistas, en las que la responsabilidad ilimitada de sus socios era innata³⁸.

Esto cambió al modificarse los criterios y empezar a utilizarse la figura de la sociedad de responsabilidad limitada en el mercado jurídico-económico europeo. A partir de entonces, el socio veía como su responsabilidad frente a las deudas que podía adquirir la sociedad, se restringía a lo aportado. Las grandes ventajas de este nuevo tipo social frente a la sociedad anónima por acciones, más allá de la característica innata a su propio nombre, era que permitía una mayor flexibilidad tanto a la hora de constituir la sociedad, como respecto a su organización³⁹.

El origen de este cambio se encontró en las propias necesidades del mercado, y en las consecuencias desastrosas que podrían afrontar los socios.⁴⁰ En esta situación, el legislador se vio concienciado de la necesidad de dar un impulso al mercado creando figuras mucho más propicias. Para poder hablar de sociedades de responsabilidad limitada, como figura jurídica autónoma e independiente de la sociedad anónima y del resto de sociedades personalistas, hay que remontarse a la GmbHG⁴¹, la Ley Alemana de 20 de abril de 1892, de sociedades de responsabilidad limitada, del Imperio Alemán del II Reich, cuyo objetivo era la creación de un tipo social con responsabilidad limitada de sus socios, que tuviese menos restricciones a la hora de constituirse que la sociedad anónima y que se tratase de una norma de mínimos con el fin de otorgar una libertad máxima para la configuración estatutaria de la misma⁴².

³⁸ CARLÓN SÁNCHEZ, L., “Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en MOTOS, M. y ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, págs. 1 a 2.

³⁹ JIMÉNEZ DE PARGA, R., *Praxis Mercantil. Sociedades Mercantiles. Sociedades por Acciones de Responsabilidad Limitada 17.7.1953*, Praxis, Barcelona, 1954, págs. 2 a 4.

⁴⁰ ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 26 a 27.

⁴¹ SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, Múnich, 2002, págs. 740 a 742; CARLÓN SÁNCHEZ, L., “Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 3 a 4.

⁴² ROSENGARTEN, J., BURMEISTER, F., KLEIN, M., *The German Limited Liability Company*, C.H. Beck, Múnich, 2020, págs. 1 a 2

En este sentido, se configuró una “*sociedad colectiva con responsabilidad limitada*” formada por una estructura de carácter corporativo y capitalista, en la que se determina la posición del socio y sus derechos en función de su aportación al capital social, así como un carácter personalista, limitando la libre transmisibilidad de las participaciones sociales, ya sea “*inter vivos*” o “*mortis causa*”, para evitar así la entrada de terceros extraños en la sociedad.⁴³.

Se trata de la primera vez que en Europa se regularizó el régimen jurídico de una sociedad en la cual sus socios tendrían una responsabilidad limitada al valor aportado a la sociedad. A esta ley siguieron otras similares en otros países como Austria, Portugal o el propio Reino Unido, que a pesar de tener la “Company Act”, no llegó a plasmarse en el derecho jurídico positivo hasta 1907⁴⁴. Sin embargo, el principal problema de este tipo de sociedades era el propio carácter de sociedad colectiva de la mismas.

Se configuró como un mecanismo para permitir el acceso de las pequeñas y medianas empresas al beneficio de la responsabilidad limitada, pero sin quedar sometidas a las estrictas disposiciones de sus respectivas leyes de sociedades anónimas⁴⁵. Ejemplo de ello fue el Derecho francés con la Ley de marzo de 1925 de *société à responsabilité limitée*⁴⁶, con sus posteriores reformas en 1935, 1938 o 1953, introduciendo disposiciones como el régimen legal para evitar abusos de mayoría o minorías, y finalmente con la promulgación de la Ley de 24 de Julio de 1966, que permitió distinguir la sociedad colectiva de la concepción tradicional de la sociedad de responsabilidad limitada para poder configurarse como el nuevo tipo social innovador. Lo mismo sucedió con la GmbHGestez alemana, la cual sufrió numerosos cambios durante el siglo XX para poder configurar la sociedad de responsabilidad limitada moderna. Principalmente tras la reforma de 1980, donde se introdujeron novedades como la necesidad de pago de un capital mínimo antes de poder constituirse, la introducción de la sociedad unipersonal o el aumento de un capital mínimo para constituirse⁴⁷.

⁴³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 26 a 28.

⁴⁴ GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en derecho comparado” en *Revista de Derecho Mercantil* (num.6/1946), Civitas, Madrid, 1946, pág. 22.

⁴⁵ CARLÓN SÁNCHEZ, L., “Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 1 a 2.

⁴⁶ ALONSO UREBA, A., “Sobre la funcionalidad del Derecho de Sociedades de Capital en la perspectiva de las PYMES” en ALCALÁ DÍAZ, M., *Creación, Gestión, Estrategia y Administración de la PYME*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 42 a 43.

⁴⁷ ROSENGARTEN, J., BURMEISTER, F. y KLEIN, M., *The German Limited Liability Company*, *op. ct.*, págs. 2 a 3.

Este avance legislativo respecto a la forma de regular las sociedades, que culminó con la creación de las sociedades de responsabilidad limitadas modernas en los distintos países europeos a finales del siglo XX, vino influenciado por el derecho anglosajón proveniente de los Estado Unidos. A pesar de que en este ordenamiento se tuvo que esperar hasta 1977 para que uno de sus estados, Wyoming⁴⁸, regulase la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada⁴⁹, el legislador estadounidense de principios del siglo XIX, optó por la libertad a la hora de constituir sociedades frente al excesivo rigor normativo europeo⁵⁰. Con el fin de atraer empresas a los distintos estados, se produjo una especie de rivalidad entre ellos por ver quien establecía las condiciones más beneficiosas y liberales sobre esta materia⁵¹. Esto se tradujo en una mejora de la eficiencia legislativa de las sociedades como consecuencia de esta competitividad, plasmándose en cada uno de los ordenamientos bajo el principio de libertad de pacto y organización.

La eficiencia de este nuevo modelo legislativo fue visto como una gran oportunidad por los países europeos. Por este motivo decidieron modificar su régimen jurídico interno, con el fin de plasmar una regulación similar, pero en esta ocasión para las pequeñas y medianas empresas, las cuales estaban huérfanas de regulación mercantil, ya que, en muchas ocasiones, no disponían de los recursos suficientes para constituir una sociedad anónima.

3.- Referencia a la sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho español.

A diferencia del resto de países europeos, el reconocimiento de la figura de la sociedad de responsabilidad limitada en España fue indirecto. Aunque no existía

⁴⁸ Cabe destacar que, en los Estados Unidos de 1874 a 1881, en los estados de Pennsylvania, Michigan, New Jersey y Ohio se creó la figura de “*partnership associaton*”, la cual consistía en una asociación con responsabilidad limitada con ciertas similitudes a la Sociedad de Responsabilidad limitada. Sin embargo, en la práctica no tuvo desarrollo. Ver en WOOD, R. y SPUDIS, B., “Limited Liability Companies: an introduction” en WOOD, R., *Limited Liability Companies. Formation, Operation, and Conversion*, Panel Publishers, Nueva York, 2001, págs. 3 a 5.

⁴⁹ WOOD, R. y SPUDIS, B., “Limited Liability Companies: an introduction”, *op. ct.*, págs. 3 a 5.

⁵⁰ GONDRA ROMERO, J. “La teoría contractual de la sociedad anónima: Una aproximación a sus fundamentos teóricos-económicos”, *op. ct.*, pág. 174.

⁵¹ GONDRA ROMERO, J. “La teoría contractual de la sociedad anónima: Una aproximación a sus fundamentos teóricos-económicos”, *op. ct.*, págs. 174 a 176.

referencia concreta a esta figura en las leyes, su uso se expandió gracias a la redacción original del artículo 122 del Código de Comercio de 1885⁵², que contenía una cláusula abierta que permitía la constitución de cualquier tipo societario, lo que en la práctica solo generaba dudas por los distintos caracteres en los que se podía formar la sociedad⁵³ y, posteriormente, al artículo 108 del reglamento del Registro Mercantil donde, por primera vez, se mencionaba expresamente a las sociedades de responsabilidad limitada. Sin embargo, su uso e inscripción en el Registro Mercantil presentó diversos problemas. Principalmente, se cuestionaba la licitud de la misma, ya que la única diferencia de la sociedad de responsabilidad limitada de aquella época respecto a la sociedad colectiva era la responsabilidad limitada de sus socios.

El siguiente avance comenzó con el nuevo proceso de codificación que se produce en el siglo XX respecto de las sociedades de capital debido a la fragmentación legislativa existente. Finalmente, el proceso concluyó con la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada de 1953, basada principalmente en la GmbHG alemana⁵⁴. Con la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada de 1953, se recogió explícitamente el término de sociedad de responsabilidad limitada, pero sin dar una definición sobre la misma. Esta norma se limitó a recoger los rasgos necesarios para poder constituir la, sin entrar en los términos “personalistas” o “capitalistas”⁵⁵ que en la actualidad se relacionan con este tipo de sociedades, puesto que, como decía su exposición de motivos, se consideraban términos arbitrarios.

A pesar de ello, el carácter personalista y capitalista de la sociedad de responsabilidad limitada ya empezaba a florecer a través de la propia Ley de 1953. Como ejemplo la Ley ya tenía disposiciones como el “derecho de tanteo”, que no era más que la posibilidad de que los socios pudiesen comprar y oponerse a la venta de las participaciones de otro socio, con el fin de evitar que entrasen a la sociedad, personas que

⁵² El artículo 122 del Código de Comercio, en su redacción original preveía que las sociedades se podían constituir, “en general” bajo la figura de la sociedad anónima, colectiva o la comanditaria. Esa coetilla permitió la consideración de cláusula abierta y, por ende, que se pudiera constituir sociedades distintas a las enumeradas. Ver en PAZ-ARES, C., “La sociedad mercantil: Mercantilidad e irregularidad de las sociedades”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 505 a 507.

⁵³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. cit.*, págs. 167 a 186.

⁵⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “La sociedad anónima como problema” en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 187/1988). Civitas, Madrid, 1988, pág. 9.

⁵⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “La sociedad anónima como problema”, *op. cit.*, págs. 8 a 11.

no gozaban de la confianza del resto de los socios⁵⁶. De acuerdo con los artículos 1, 2 y 3 de la citada ley, estos rasgos eran que el capital determinado no podía ser inferior a 500.000 pesetas y tenía que estar totalmente desembolsado; que el capital estaba dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles; que el número máximo era de 50 socios, que no respondían personalmente de las deudas sociales; que la sociedad tenía que tener una denominación objetiva o una razón social, a la que debía añadirse, en todo caso, la indicación “sociedad de responsabilidad limitada” o “sociedad limitada”; y que, cualquiera que sea su objeto, la sociedad tenía carácter mercantil.

Sin embargo, este avance legislativo no tuvo el efecto de la proliferación esperada de esta figura⁵⁷. A pesar de la introducción de novedades legislativas que permitían desvirtuar el tipo de sociedad colectiva de responsabilidad limitada, en la práctica, esta ley se limitó a la remisión sistemática a la de sociedades anónimas, lo que provocó recelos hacia su constitución por parte de empresarios, dando lugar a la aparición de las sociedades anónimas familiares, pequeñas y medianas⁵⁸. A diferencia de lo que ocurría en el resto de Europa donde se tendía hacia una desregulación especial y personalizada que atendiese a las distintas realidades de las sociedades de responsabilidad limitada o a la flexibilización de otros tipos sociales, en España se optó por darle una autonomía propia similar a la de las sociedades anónimas, notablemente más rígida que en el resto de países de su entorno.

Tras la promulgación de la Constitución de 1978 y la entrada de España en la Unión Europea, comenzó un proceso de modernización e innovación legislativa, con el fin de adaptar el derecho tradicional español, obsoleto respecto de la Unión. El régimen jurídico de las sociedades mercantiles no fue ajeno a estos cambios⁵⁹. El primer paso fue la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades⁶⁰.

⁵⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 21 a 23.

⁵⁷ ALONSO UREBA, A., “Sobre la funcionalidad del Derecho de Sociedades de Capital en la perspectiva de las PYMES”, *op. ct.* págs. 43 a 54

⁵⁸ CARLÓN SÁNCHEZ, L., “Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 15 a 19.

⁵⁹ ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 27 a 28. CARLÓN SÁNCHEZ, L., “Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 8 a 9; EMBID IRUJO, J., “¿Hacia un nuevo derecho de sociedades? Reflexiones desde el derecho español”, en *Revista Lex Mercatoria* (núm. 1/2015), Universidad Miguel Hernández, Elche, 2015, págs. 11 a 14

⁶⁰ QUINTANA CARLO, I. “La reforma del derecho de sociedades de capital: su oportunidad y significado”, en QUINTANA CARLO, I., *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Trivium, Madrid, 1989, págs. 7 a 9.

Posteriormente ese mismo año, se promulgó el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Finalmente, se promulgó la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La tendencia europea hacia el espacio y mercado común o la libertad de establecimiento, donde los distintos operadores económicos pudiesen competir en igualdad de condiciones, provocó la introducción de mecanismos que permitiesen la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. De esta manera, estos cambios legislativos se dirigieron a adaptar el derecho de sociedades, para la creación de unidades empresariales acordes con las dimensiones y características de este nuevo mercado. Así se pretendió dar cierta homogeneidad al tejido empresarial societario español respecto al europeo⁶¹.

Entre las grandes novedades que supuso la entrada en vigor de esta normativa podemos encontrar la obligación de constitución de la junta general, así como la imposibilidad de formar la voluntad común de los socios a través de medios no presenciales. Estas dos leyes fueron la principal regulación en materia de sociedades mercantiles en España, hasta el 1 de septiembre de 2010 cuando entró en vigor el actual régimen, con el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, al cual sirvieron de base⁶².

II.- Situación de hecho. Sociedades de Responsabilidad limitada.

1.- Derecho de sociedades: caracterización.

Como ya hemos destacado, el tipo social donde más prolifera el bloqueo societario es la sociedad de responsabilidad limitada. No obstante, para llegar a entender porque ocurre este fenómeno, es necesario realizar una breve caracterización del derecho de sociedades en general. El tratamiento de este problema difiere en gran medida en relación

⁶¹ GARRIDO DE PALMA, V., “La reforma del derecho de sociedades de capital y las facultades del órgano de administración”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (núm. 4/1988). La Ley, Madrid, 1988, págs. 791 a 794.

⁶² ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 27 a 29.

al tipo de sociedad, ya que sus normas internas de funcionamiento hacen que en ocasiones sea un simple problema menor con soluciones sencillas.

1.1.- Derecho privado: Sociedades civiles y mercantiles.

La primera distinción parte de la configuración del Derecho privado español, el cual se caracteriza por la existencia de una dualidad de códigos y, por tanto, de regulaciones⁶³. Esto ha provocado la existencia de una disputa doctrinal tradicional en materia de contratos para decidir a qué ámbito concreto pertenece cada supuesto, si al mercantil o al civil. Como consecuencia, el concepto de sociedad se encuentra definido tanto por el Código Civil (Artículo 1.665⁶⁴) como por el Código de Comercio (Artículo 116⁶⁵)⁶⁶. No obstante, más allá de las particularidades que establece cada disposición en relación a su ámbito concreto, es posible extraer de las mismas las tres características comunes a toda sociedad⁶⁷.

La primera es el origen negocial de la misma, que hace referencia a la voluntad de los socios de constituir una sociedad y a su aparición en tráfico como consecuencia de la

⁶³ GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 10/1947), Civitas, Madrid, 1947, págs. 1 a 14; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Cuestiones generales del derecho mercantil. La unificación del Derecho privado de obligaciones y contratos español”, en MASSAGUER FUENTES, J., ALONSO ESPINOSA, F., CUÑAT EDO, V., GALLEGO SÁNCHEZ, E. Y PETIT LAVALL, M., *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 137 a 140; DE LA CAMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1972, págs. 17 a 19; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 19. La constitución de las sociedades”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 314 a 315.

⁶⁴ Artículo 1.665 del Código Civil: “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”.

⁶⁵ Artículo 116 del Código de Comercio: “El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código”.

⁶⁶ ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, pág. 29.

⁶⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “Personalidad jurídica de las sociedades de personas: requisitos de forma e irregularidad (Comentario a la STS de 7 de marzo de 2007)”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Derecho de Sociedades I. Comentarios a la jurisprudencia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 188 a 200; ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 29 a 31; PAZ-ARES, C., “La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 429 a 431.

suscripción de un contrato por parte de sus miembros. Por ello, son los socios quienes negocian y deciden cuales van a ser los términos de esa asociación. Por otro lado, el origen negocial está identificado a su vez con la “*affectio societatis*”⁶⁸. Conocido también por la jurisprudencia⁶⁹ como “*animus contrahendae*”, significa que esa voluntad de unión y de puesta común está basada en el consentimiento y la confianza mutua de los socios, de tal forma que, sin ellas, no sería posible la suscripción del acuerdo societario. Sin embargo, más allá de esa voluntad de unión, no se puede olvidar que en toda sociedad existe una confluencia de intereses entre aquellos que van a formarla. Por ello, en ese momento de negociación, se va a fijar la posición de cada uno y las normas por las que se va a regir dicha relación⁷⁰.

La segunda y tercera notas comunes están íntimamente relacionadas ya que consiste en la existencia de un fin común y en la promoción al mismo. Toda sociedad se constituye con el objetivo común de sus miembros de llevar a cabo el objeto social, siendo éste el motivo por el que se unen y colaboran para alcanzarlo⁷¹. En coherencia, existe la obligación de disolverla, una vez se haya consumado el mismo (Artículo 363.1.b del Código de Comercio) o cuando su realización se haya vuelto imposible (Artículo 363.1.c del Código de Comercio). Además, los socios tienen el deber de promover dicho fin existiendo en correlación la obligación de aportar a la sociedad para crear un fondo adscrito a la consecución del objetivo común⁷². Estas aportaciones no se prometen a

⁶⁸ Como defiende el maestro GARRIGUES, la “*affectio societatis*” es un rasgo común de toda sociedad que no puede ser utilizado como criterio diferenciador. Ver GARRIGUES, J., “Teoría general de las sociedades mercantiles”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 193-142/1976), Civitas, Madrid, 1976, pág. 10.

⁶⁹ STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 783/2013, de 23 de diciembre 2013. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/aedeb9220fa45897/20140207>; STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 882/1994, de 6 de octubre de 1994. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9d645aec8b937b7c/19960103>; STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 285/2005, de 29 de abril de 2005. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/355c21f2fa069293/20050630>; STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 260/2007, de 7 de marzo de 2007. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b021573e09c4c5f5/20070322>.

⁷⁰ PAZ-ARES, C., “La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad”, *op. ct.*, págs. 440 a 441.

⁷¹ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 19. La constitución de las sociedades”, *op. ct.*, págs. 313 a 314.

⁷² ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 19. La constitución de las sociedades”, *op. ct.*, págs. 313 a 314; PAZ-ARES, C., “La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad”, *op. ct.*, págs. 429 a 431; PEINADO GRACIA, J., “Abnegación y silencio en la sociedad mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre el socio y su sociedad)”, en OLMEDO PERALTA, E., GALACHO ABOLAFIO, A., GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. y COHEN BENCHETRIT, A., *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2 a 3.

cambio de otras, sino que todas van en atención al fondo común. Esto es complementado por la obligación continuada de contribuir el fin social, no solo con las aportaciones realizadas, sino con la propia voluntad y forma de actuar de los socios durante la vida de la sociedad.

Por tanto, desde una perspectiva amplia de su definición, una sociedad existe, si tiene un origen negocial y existe una promoción de un fin común⁷³. A partir de este punto, en el ordenamiento jurídico español podemos distinguir los tipos de sociedades de forma dual en función del ámbito del derecho privado al que pertenecen: las civiles y las mercantiles⁷⁴. Mientras que en el primer grupo se encuentran principalmente sociedades con fines asociativos, las sociedades mercantiles están formadas por las de capital, las colectivas y las de en comandita, entre otras. La principal diferencia entre ambos radica en su objeto, ya que para que sea considerada mercantil ha de tratarse de una actividad empresarial, de tal forma que, si no cumple este requisito, será civil⁷⁵.

La mercantilidad puede ser definida en atención a dos puntos de vista, que a su vez constituyen dos dimensiones de su noción⁷⁶. Desde una posición objetiva, la mercantilidad se refiere a la sociedad como un negocio jurídico, es decir, informadora de la disciplina jurídica reguladora del tipo⁷⁷. Por tanto será mercantil toda aquella sociedad cuya constitución, estructura y funcionamiento se ajuste a las normas mercantiles, mientras que será civil, toda aquella que se ajuste a las normas civiles⁷⁸. Es necesario por

⁷³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada* op. ct., págs. 13 a 21; DE EIZAGUIRRE, J., “La subjetivación de las sociedades de personas”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 14/2000), Aranzadi, Cizur Menor, 2000, págs. 87 a 89.

⁷⁴ GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, op. ct., págs. 6 a 14.

⁷⁵ GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, op. ct., págs. 16 a 17; ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, op. ct., págs. 30 a 31.

⁷⁶ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “Personalidad jurídica de las sociedades de personas: requisitos de forma e irregularidad (Comentario a la STS de 7 de marzo de 2007)”, op. ct., págs. 204 a 208; PAZ-ARES, C., “La sociedad mercantil: Mercantilidad e irregularidad de las sociedades”, op. ct., págs. 492 a 493.

⁷⁷ GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, op. ct., págs. 16 a 17.

⁷⁸ Esta afirmación debe ser matizada, ya que no significa que sean normativas completamente autónomas. Algunos autores como DE EIZAGUIRRE defienden que la sociedad “básica” es la “*societas*” romana tradicional o sociedad civil. De acuerdo con este razonamiento, una sociedad anónima no es más que una sociedad civil a la que se aplica la normativa mercantil, pero en todo aquello que no exista una disposición mercantil expresa, será de aplicación el Código Civil. Ver en DE EIZAGUIRRE, J., “La subjetivación de las sociedades de personas”, op. ct., págs. 89 a 90.

tanto observar la normativa registral, por un lado, para saber que sociedades son inscribibles en el Registro Mercantil (Reglamento del Registro Mercantil), y por otro, la normativa societaria que regula el funcionamiento y organización de las sociedades mercantiles (Ley de Sociedades de Capital y Código de Comercio). Respecto al Reglamento, la única referencia a la mercantilidad la encontramos en el artículo 81.1.b, según el cual, las sociedades mercantiles serán de obligatoria inscripción en el registro. Por lo demás, únicamente se hace referencia a una serie de requisitos formales. El Código de Comercio, en el artículo 116, hace otra referencia similar a la del Reglamento, diciendo que será mercantil toda aquella compañía que se constituya, independientemente de su objeto, en atención a las disposiciones del mismo⁷⁹.

Por otro lado, desde un punto de vista subjetivo, la mercantilidad hace referencia a la sociedad como persona jurídica o ente subjetivado, al que se puede atribuir la condición de empresario, y por tanto exigir el cumplimiento de las normas que se le exigirían a este último. En este sentido, las sociedades mercantiles no son la mera suma de socios, sino un nuevo ente que actúa en el mercado con personalidad jurídica mercantil propia y un patrimonio autónomo separado⁸⁰, mientras que las sociedades civiles no se encuentran sometidas al estatuto jurídico del empresario⁸¹. Además, como ente que sustituye al empresario, debe ejercer una actividad económica cuyo objeto sea mercantil⁸², sirviendo a su vez como último criterio diferenciador del carácter de la sociedad, tal y como ha mantenido tradicionalmente la jurisprudencia española⁸³.

Dependiendo del tipo social elegido, se fijará un complejo haz de derechos, obligaciones y deberes al que estarán sujetos los socios, la sociedad y las relaciones

⁷⁹ PAZ-ARES, C., “La sociedad mercantil: Mercantilidad e irregularidad de las sociedades”, *op. ct.*, págs. 493 a 494.

⁸⁰ GARRIGUES, J., “Teoría general de las sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 1 a 2 y 7 a 8.

⁸¹ ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 33 a 34.

⁸² Al final si la sociedad tiene como objeto una actividad civil debe ser considerada sociedad civil, mientras que si tiene objeto mercantil debe ser una sociedad mercantil. Ver en GARRIGUES, J., “Teoría general de las sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 9 a 11; GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, *op. ct.*, págs. 20 a 21; No obstante, como ya se ha defendido anteriormente este razonamiento cada vez es más obsoleto en cuanto existen comunidades de bienes que ejercen el comercio. Ver en GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, *op. ct.*, págs. 20 a 21; DE EIZAGUIRRE, J., “La subjetivación de las sociedades de personas”, *op. ct.*, págs. 89 a 90.

⁸³ STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 662/2020, de 10 de diciembre de 2020. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/546b739fd0ff594e/20201218>

intrasocietarias entre ellos⁸⁴. Por este motivo, el rasgo de la mercantilidad provoca que el tratamiento jurídico del bloqueo societario difiera en gran medida en las sociedades civiles, como consecuencia de una normativa más rígida en cuanto a su organización y protección. El Código Civil es mucho más flexible en relación a la posibilidad de poder salir de una sociedad ante problemas como la existencia de desavenencias irreconciliables entre sus socios⁸⁵. A diferencia de lo que ocurre en las sociedades de capital, donde es necesario llegar a un acuerdo de disolución, en las civiles la simple renuncia de uno de los socios puede motivar su disolución, siempre y cuando estén constituidas por un periodo indeterminado (artículo 1700.4 del Código Civil), siguiéndose las normas de la partición de la herencia para su liquidación (artículo 1708 del Código Civil)⁸⁶.

1.2.- Sociedades mercantiles: Estructura personalista y corporativa.

Dentro del ámbito mercantil es donde se realiza la siguiente distinción. Bajo el título de las compañías mercantiles, el Código de Comercio establece la regulación general de las sociedades mercantiles, pero sin hacer una distinción tipológica de ellas y únicamente enumerando algunos tipos (artículo 122 del Código de Comercio). A pesar de esto, la doctrina tradicionalmente ha entendido que estas pueden dividirse en función de si poseen una estructura personalista o corporativa⁸⁷. Esto significa que, dependiendo

⁸⁴ PAZ-ARES, C., “La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad”, *op. ct.*, págs. 442 a 446.

⁸⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 18 a 23.

⁸⁶ Existen más ejemplos en la normativa civil sobre la menor incidencia del bloqueo societario siendo necesario destacar la extinción del contrato de sociedad por muerte de uno de sus socios (artículo 1700.3 del Código Civil). De esta forma, se impide la entrada de terceros extraños que pueden destruir la “*affectio societatis*” inicial.

⁸⁷ ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 35 a 36; PAZ-ARES, C., “La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 484 a 486; Se ha optado por esta denominación, en base a su estructura y no a sí es una sociedad de personas o de capital, debido a que este enfoque es más correcto para tratar el problema del bloqueo societario. Al final, el problema surge como consecuencia de la forma que tiene de organizarse la sociedad y como mantenía el profesor DE SOLA CAÑIZARES, “*todas las sociedades son de capitales, por cuanto el capital es elemento indispensable para la sociedad, y todas son de personas por cuanto tampoco pueden existir sin personas que las constituyan. Una sociedad colectiva o en comandita con varios millones de pesetas será más de capitales que una pequeña anónima con unos cuantos miles de pesetas. Pero, ¿y la sociedad de responsabilidad limitada? Los autores no han podido ponerse de acuerdo para clasificarla como de personas ni de capitales, y la mayoría han llegado a la conclusión de que no era ni lo uno ni lo otro, lo que demuestra la ineficacia de una clasificación de sociedades que no puede comprenderlas todas*”. Ver en DE SOLA CAÑIZARES, F., “Las formas jurídicas

del tipo social elegido, la regulación de la misma, en torno a su funcionamiento, aspectos negociales, de gestión o patrimoniales, se centrará en la prevalencia de la identidad de la persona que forma parte del contrato fundacional; o de la organización creada a partir de ese acto⁸⁸. Dentro del primer grupo, los tipos que más proliferan son la colectiva y en comandita simple, mientras que en el segundo son la anónima y la de responsabilidad limitada⁸⁹.

La principal diferencia entre estos dos tipos de sociedades reside en la responsabilidad de sus miembros. Mientras que las primeras son formas asociativas cuyos miembros no ven limitada su responsabilidad (artículo 127 del Código de Comercio), de tal forma que responden de manera ilimitada de las deudas sociales, en las segundas, es la sociedad quien responde de manera ilimitada y sus socios únicamente hasta el capital aportado⁹⁰. Aunque esta característica no incida de manera significativa en la aparición orgánica del bloqueo societario, sí que influye en términos cuantitativos en relación a la habitualidad de las figuras con estructura personalista en el tráfico. Al final, los futuros socios optarán normalmente por la elección de un tipo social que les brinde este privilegio, desechando otras opciones como es la sociedad colectiva y, consecuentemente, reduciendo de manera considerable su número⁹¹. Como decía el profesor DE SOLA CAÑIZARES⁹², “*Si un comerciante puede limitar su responsabilidad conservando todas las ventajas de la sociedad colectiva, no se concibe que adopte esta firma social*”. La segunda diferencia reside en el carácter personalista tanto en la forma en la que se crea como en la que se organiza. Mientras que, en las sociedades de estructura corporativa, se

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

de las empresas. (La empresa individual limitada, el contrato de sociedad, y la institución de acciones)”, *op. ct.*, pág. 16.

⁸⁸ ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 35 a 36

⁸⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones del Derecho Mercantil*, *op. ct.*, págs. 316 a 318; ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 35 a 36.

⁹⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 48 a 51.

⁹¹ Algunos autores incluso destacan que, desde la aparición de la sociedad de responsabilidad limitada, como alternativa de sociedad pequeña y mediana a la sociedad anónima, el resto de sociedades mercantiles personalistas están abocadas a su desaparición en el tráfico jurídico. Ver DE SOLA CAÑIZARES, F., “Las formas jurídicas de las empresas. (La empresa individual limitada, el contrato de sociedad, y la institución de acciones)”, *op. ct.*, págs. 16 a 19.

⁹² DE SOLA CAÑIZARES, F., “Las formas jurídicas de las empresas. (La empresa individual limitada, el contrato de sociedad, y la institución de acciones)”, *op. ct.*, pág. 19

pone el acento en el capital aportado para poder constituirla, en las sociedades de personas, lo importante reside en las cualidades personales de aquellos que la forman⁹³.

La figura del socio es tan importante en las sociedades de personas debido a que estas surgen, se mantienen y, por tanto, se extinguen por sus condiciones personales⁹⁴. Un ejemplo es la posibilidad de que el socio pueda aportar industria o trabajo para adquirir tal condición (artículo 116 del Código de Comercio), lo que está prohibido en las sociedades de capital (artículo 58.2 de la Ley de Sociedades de Capital); o la obligación de la compañía colectiva de girar bajo el nombre de todos sus socios (artículo 126 del Código de Comercio)⁹⁵. Es tal la importancia que se da a la figura del socio que en estas sociedades predomina el principio de auto organicismo⁹⁶. Al ser una organización estructural mucho más simple que las sociedades de capital, su administración recae directamente en las personas que la integran⁹⁷, sin que medie la necesidad de los órganos de administración con competencias ya fijadas por ley. Son los propios socios, quienes a su vez presentan la cualidad de administradores de la sociedad, y quienes tienen encomendadas las labores de gestión y organización. Por ello, las decisiones de la junta se toman por unanimidad y no por mayoría⁹⁸, como sucedería en una sociedad de capital en la que, quien posee la mayoría del capital tendrá mayor poder en la Junta⁹⁹.

⁹³ GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho Mercantil. Parte Primera*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 338 a 340; PEINADO GRACIA, J., “Abnegación y silencio en la sociedad mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre el socio y su sociedad)”, *op. ct.*, pág. 1; ALONSO ESPINOSA, F., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (aspectos generales)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 4/1995), Thomson Reuters, Cizur Menor, 1995, págs. 1443 a 1444.

⁹⁴ MERCADER, J., “El contrato de trabajo y el contrato de sociedad. Una larga historia de encuentros y desencuentros”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán Liber Amicorum*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 122 a 124; PAZ-ARES, C., “La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad”, *op. ct.*, págs. 484 a 485.

⁹⁵ DE SOLA CAÑIZARES, F., “Las formas jurídicas de las empresas. (La empresa individual limitada, el contrato de sociedad, y la institución de acciones)”, *op. ct.*, págs. 16 a 17.

⁹⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos” en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 1509 a 1512; PAZ-ARES, C., “La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad”, *op. ct.*, pág. 484.

⁹⁷ PEINADO GRACIA, J., “Abnegación y silencio en la sociedad mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre el socio y su sociedad)”, *op. ct.*, pág. 1.

⁹⁸ GIRÓN TENA, J., “Los cambios de socios en las sociedades de personas”, en *Estudios jurídico homenaje a Joaquín Garrigues*, Tecnos, Madrid, 1971, págs. 143 a 145.

⁹⁹ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, en *Cuadernos de derecho y comercio* (núm. 56/2011), Consejo General de Colegio de Corredores de Seguro, Madrid, 2011, págs. 100 a 101.

Sin embargo, la principal consecuencia de este carácter personalista reside en su propia regulación relativa a la entrada y salida de nuevos socios, la cual es mucho más rígida. En este caso, el Código de Comercio posee una regulación similar a la de las sociedades civiles¹⁰⁰. Si la asociación se produce por las características que reúnen sus miembros, en caso de que desaparezcan dichos rasgos o los propios socios, la sociedad debería disolverse. Quizás donde más se observa este carácter es en su constitución, pues es la confianza hacia la otra persona, la que provoca que se dé el paso para emprender un nuevo negocio. Por este motivo, una modificación en la titularidad de la condición de socio, ya sea por la muerte, entrada, salida o el mero intercambio de la posición de alguno de sus miembros, solo puede acarrear la disolución de la sociedad¹⁰¹ por el cambio en las condiciones iniciales pactada. De igual forma, ante la aparición de estas nuevas circunstancias y en caso de que estén de acuerdo en continuar, lo más correcto sería pactar un nuevo contrato que refleje la nueva situación social¹⁰².

Por otro lado, y partiendo de la posible equiparación de los términos de sociedad de capital y de estructura corporativa, en relación a los tipos que engloba, la situación de la regulación relativa a la constitución y la organización orgánica cambia radicalmente. Como ya advirtió nuestra jurisprudencia en la Sentencia de 13 de marzo de 2013 del

¹⁰⁰ Existen numerosos ejemplos de una normativa similar, siendo destacable el artículo 222 del Código de Comercio que establece como causa de disolución la muerte o inhabilitación del socio colectivo y su homólogo artículo 1700.3 del Código Civil; y el artículo 224 del Código de Comercio que otorga a los socios la facultad de exigir la disolución en cualquier momento, en aquellas sociedades constituidas indefinidamente y su homólogo artículo 1700.5 del Código Civil. Ver en FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 18 a 23.

¹⁰¹ SÚAREZ-LLANOS, GÓMEZ, L., “Sobre la separación de un socio en las sociedades de personas”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 793 a 796. ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, op. ct., págs. 35 a 36

¹⁰² En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de febrero de 1957, al entender que en un contrato de arrendamiento en el que el arrendador es una sociedad personalista, existe un cambio del arrendador cuando se produce un cambio la titularidad de la posición sus socios, mientras que no sucedería igual en una sociedad de capital, ya que en esta última prima la sociedad como ente con personalidad jurídica propia distinta a la de sus socios. STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 321/1957, de 14 de febrero 1957. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/581b3755cc967c1a/19570101>; Ver en GARRIGUES, J., “Teoría general de las sociedades mercantiles”, op. ct., págs. 15 a 16. Frente a este planteamiento cabe destacar que autores como GIRÓN TENA, mantienen que no es necesario la adopción de un nuevo contrato en tanto se trata de una simple modificación, en el que se mantiene la identidad de la sociedad. Ver en GIRÓN TENA, J., “Los cambios de socios en las sociedades de personas”, op. ct., págs. 143 a 145

Tribunal Supremo¹⁰³, en las sociedades más acentuadamente capitalistas y corporativas, existe un principio de estabilidad del capital social, sin que se reconozca un derecho de desinversión y rescate, sino el de posibilitar la transmisión de la titularidad de las participaciones; mientras que en las sociedades de personas y civiles, la separación del socio no tiene mayor límite que la buena fe contractual, tal y como consagran tanto el artículo 1705 Código Civil como el artículo 224 del Código de Comercio.

Sin entrar en sus características concretas, que se van a analizar en el siguiente apartado, basta con decir que la organización prevalece sobre los socios como consecuencia de ese principio de estabilidad del capital social¹⁰⁴. Por este motivo, la disolución, ya sea parcial o total, por la simple voluntad de alguno de sus socios, está sumamente restringida debido a su objetivación¹⁰⁵. Como consecuencia del carácter asambleario¹⁰⁶ que poseen estas sociedades, el problema se dificulta en exceso ya que es necesario que la disolución sea adoptada en una junta general de socios, a pesar de sus diferencias irreconciliables¹⁰⁷. Sin embargo, en las sociedades de personas, se trata de un problema menor. El legislador ha optado por crear un sistema en el Código de Comercio en el que se prima la cooperación frente los abusos individuales¹⁰⁸ al establecer distintos mecanismos flexibles para salir ante la aparición del bloqueo societario, ya sea a través de rescisiones parciales o absolutas, y al ser la mala fe la única causa de oposición a la disolución (artículo 224 del Código de Comercio).

1.3.- Sociedades de capital: anónimas y de responsabilidad limitada.

La última distinción ocurre dentro de las sociedades de capital, cuya principal regulación viene establecida por la Ley de Sociedades de Capital. De acuerdo con el artículo 1 de esta ley, serán sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada,

¹⁰³ STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 216/2013, de 14 de marzo de 2013. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/93b67430b493448e/20130325>

¹⁰⁴ ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 35 a 36

¹⁰⁵ PAZ-ARES, C., “La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad”, *op. ct.*, págs. 485 a 486.

¹⁰⁶ PAZ-ARES, C., “La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad”, *op. ct.*, págs. 485 a 486.

¹⁰⁷ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 101 a 105.

¹⁰⁸ PEINADO GRACIA, J., “Abnegación y silencio en la sociedad mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre el socio y su sociedad)”, *op. ct.*, pág. 2 a 4.

la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones, no admitiendo otro tipo¹⁰⁹. En coherencia con el artículo 122 del Código de Comercio, el legislador ha optado por crear una lista cerrada (*numerus clausus*) de los tipos societarios que se puedan considerar de capital y por tanto se puedan constituir¹¹⁰. De esta forma se ha querido restringir el acceso al privilegio de la responsabilidad limitada de sus socios únicamente a aquellas asociaciones voluntarias que cumplan los requisitos para poder constituir uno de estos tipos¹¹¹. No obstante, a pesar de este carácter de “*numerus clausus*”, la propia ley regula distintos subtipos de estas tres sociedades, como la sociedad anónima cotizada (Artículos 495 y siguientes, de la Ley de Sociedades de Capital), o la sociedad de nueva empresa (Artículos 434 y siguientes, de la Ley de Sociedades de Capital)¹¹².

A pesar de esta enumeración, no existe en la normativa mercantil una definición de sociedad de capital, por lo que, para comprenderla, es necesario analizar sus distintas características. Sobre estos rasgos existe una doctrina consolidada (GIRÓN TENA, ROJO FERNÁNDEZ RÍO, GALLEGO SÁNCHEZ, ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA, GARCÍA DE ENTERRÍA-IGLESIAS PRADA)¹¹³, que entiende que pueden

¹⁰⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 20. Escritura pública e inscripción registral”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 317 a 318.

¹¹⁰ El legislador ha optado por un sistema de “*atipicidad, pero orienta hacia las figuras típicas*”, lo que quiere decir que solo se podrán constituir otros tipos siempre y cuando estén previstos específicamente por una ley. Ver en GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, *op. ct.*, págs. 22 a 23; ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 36 a 39.

¹¹¹ Como bien explica la profesora GALLEGO SÁNCHEZ, las cuestiones morfológicas que suscita el Derecho de Sociedades, provocan que se deba elegir entre los tipos creados legalmente, agotando la posibilidad de acudir a nuevos supuestos no previstos, en atención, no solo de al privilegio de la responsabilidad limitada, sino que también a los intereses heterogéneos dentro de cada modelo de operación societaria. Ver en GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.* págs. 3 a 12; GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, *op. ct.*, págs. 39 a 40.

¹¹² Como bien expone la profesora ALCALÁ DÍAZ, esto no supone una vulneración del principio de tipicidad que establece el artículo 116 del Código de Comercio, en cuanto que a pesar de establecer los tipos de sociedades mercantiles que pueden constituirse, esto no impide a que a través de normativa mercantil específica se puedan regular otros tipos sociales. Ver en ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, págs. 38 a 40.

¹¹³ GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, *op. ct.*, págs. 1 a 40; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “La sociedad anónima como problema”, *op. ct.*, págs. 1 a 19; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.* págs. 14 a 50; ALONSO LEDESMA, C., “La cuestión del Capital en la PYME (1)”, en ALCALÁ DÍAZ, M., *Creación, Gestión, Estrategia y Administración de la PYME*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 291 a 318; ALONSO UREBA, A., “La constitución de las

resumirse en la aparición en el tráfico jurídico, como consecuencia de la inscripción en el Registro Mercantil, de una nueva entidad con estructura corporativa y compleja, sometida al régimen estatutario, debido a las aportaciones de los socios que forman un patrimonio independiente y separado al de ellos, limitando de esta forma su responsabilidad.

El objetivo de optar por una sociedad de capital en vez de por cualquier otro tipo, es obtener el beneficio de la responsabilidad limitada¹¹⁴. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el resto de sociedades mercantiles, para que exista una de capital, es necesaria la inscripción en el Registro Mercantil¹¹⁵. Sin ella, los socios no adquirirán el beneficio de la responsabilidad limitada a sus participaciones sociales y la sociedad no obtendrá personalidad jurídica propia e independiente, ni se encontrará sometida al régimen estatutario de la Ley de Sociedades de Capital¹¹⁶. Por este motivo, el legislador ha querido otorgarle este carácter de requisito constitutivo a la inscripción en el Registro Mercantil, con el fin de que sea una garantía para proteger a terceros frente a la sociedad¹¹⁷. Sin embargo, que la sociedad no se encuentre inscrita, no significa que la misma no exista, sino que nos encontremos ante una sociedad irregular, a la que se le aplicará la normativa de la sociedad colectiva (Artículo 39 de la Ley de Sociedades de Capital)¹¹⁸. Como ha mantenido la jurisprudencia española, la falta de inscripción no priva de personalidad jurídica a la agrupación, sino que determina el régimen jurídico

sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 36/2011), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 1 a 20; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 415 a 433.

¹¹⁴ DE SOLA CAÑIZARES, F., “Las formas jurídicas de las empresas. (La empresa individual limitada, el contrato de sociedad, y la institución de acciones)”, *op. ct.*, pág. 19.

¹¹⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 20. Escritura pública e inscripción registral”, *op. ct.*, págs. 317 a 318; ALONSO UREBA, A., “La constitución de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 5 a 7; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 415 a 417.

¹¹⁶ GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, *op. ct.*, págs. 39 a 40.

¹¹⁷ Como bien explica el profesor DE SOLA CAÑIZARES, la responsabilidad limitada de los socios puede verse como un peligro contra el crédito privado, siendo por ello necesario establecer requisitos para asegurar un correcto funcionamiento del tráfico económico. Ver en DE SOLA CAÑIZARES, F., “Las formas jurídicas de las empresas. (La empresa individual limitada, el contrato de sociedad, y la institución de acciones)”, *op. ct.*, págs. 8 a 10; ALONSO LEDESMA, C., “La cuestión del Capital en la PYME (1)”, *op. ct.*, págs. 313 a 315.

¹¹⁸ ALONSO UREBA, A., “La constitución de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 12 a 13; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 421 a 423.

aplicable¹¹⁹. Negarle ese carácter pondría en peligro el funcionamiento del propio mercado, ya que supondría una pérdida de derechos para terceros contratantes con la sociedad irregular, así como un mecanismo defraudatorio para los propios miembros de la sociedad¹²⁰. Mediante la inscripción aparece un nuevo ente en el tráfico jurídico, con personalidad jurídica propia y, por tanto, susceptible de imputación de derechos y obligaciones¹²¹. Se trata de un nuevo empresario, que adquiere la condición de comerciante con independencia del objeto social al que se dedica y sin necesitar que el mismo tenga una finalidad lucrativa¹²². Simplemente se deben cumplir los requisitos de constitución que establece la Ley de Sociedades de Capital¹²³. Para ello dos presupuestos orgánicos debe cumplirse, la creación de un patrimonio separado e independiente al de los socios y el establecimiento de una estructura corporativa dual y compleja.

Mediante el primer requisito se pretende crear un capital propio de la sociedad. A diferencia de lo que ocurre con el resto de sociedades, en este caso los socios no ostentan una responsabilidad ilimitada por las deudas de la sociedad, sino únicamente con el límite de lo aportado. Debido a que los terceros no pueden contar con esta garantía y siendo únicamente la sociedad, como nuevo ente, la que responde de manera ilimitada, es necesario que se forme, mediante las aportaciones de los socios, un patrimonio propio con el que hacer frente a las futuras deudas que se puedan contraer frente a terceros¹²⁴. Además de esta función externa o de garante que cumple el capital aportado, posee una segunda función puramente estructural o interna¹²⁵. Esta consistente en la división de las acciones o participaciones entre los socios en función del capital aportado por cada uno; es decir, sirve para fijar la posición del socio dentro de la sociedad¹²⁶. Una sociedad de

¹¹⁹ STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 324/2017, de 24 de mayo de 2017. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/910dfcaba4627e00/20170526>;

¹²⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 20. Escritura pública e inscripción registral”, *op. ct.*, págs. 317 a 325.

¹²¹ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 20. Escritura pública e inscripción registral”, *op. ct.*, págs. 317 a 318.

¹²² ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 19. La constitución de las sociedades”, *op. ct.*, págs. 314 a 317

¹²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 415 a 421.

¹²⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.* págs. 48 a 49; ALONSO LEDESMA, C., “La cuestión del Capital en la PYME (1)”, *op. ct.*, págs. 292 a 295; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 424 a 427.

¹²⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.* págs. 49 a 50;

¹²⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 58. Objeto de la aportación”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 557 a 560.

capital, más que una agrupación de personas (como sucede en una sociedad colectiva), consiste en una suma de capitales, de tal forma que aquel que haya realizado una mayor aportación o reúna una mayor cantidad de acciones o participaciones, tendrá un mayor poder de decisión en el seno de la sociedad.

El segundo requisito consiste en crear un sistema de organización propio formado por dos órganos sociales (artículos 446 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital). Estos son el órgano de administración (quien tiene encomendada las labores de gestión de la sociedad) y la junta general (órgano supremo de la sociedad, de la que emana la voluntad societaria bajo el principio de mayorías)¹²⁷. Ambos órganos forman la estructura corporativa de la sociedad y se encuentran sometidos al régimen jurídico creado a través de los estatutos sociales¹²⁸. Por este motivo y a diferencia de lo que ocurre con las sociedades personalistas, se rigen por un principio de organización mucho más disciplinado¹²⁹.

Como ya se ha dicho, solo existen tres tipos de sociedades de capital, aunque las más relevantes en el tráfico jurídico son la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. Esta última es el tipo social que más prolifera, debido a las ventajas que ofrece, en cuanto a su constitución y funcionamiento respecto la sociedad anónima¹³⁰. La última distinción que se va a realizar se encuadra dentro de estos dos tipos sociales, ya que a pesar de que ambas comparten los rasgos tipológicos¹³¹ de las sociedades de estructura orgánica, en la sociedad de responsabilidad limitada es más

¹²⁷ GALÁN CORONA, E., “La junta general”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, págs. 495 a 498.

¹²⁸ EMBID IRUJO, J., “Cuestiones tipológicas en la sociedad de responsabilidad limitada”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, págs. 118 a 120; ALONSO UREBA, A., “La constitución de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 8 a 10.

¹²⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.* págs. 29 a 36.

¹³⁰ ALONSO LEDESMA, C., “La cuestión del Capital en la PYME (1)”, *op. ct.*, págs. 291 a 292

¹³¹ A pesar de que ambos tipos de sociedades poseen la misma naturaleza capitalista, existen numerosas diferencias entre ambas, pudiéndose resumirse en la distinción entre participaciones y acciones, en el capital mínimo necesario para constituir la sociedad, en las restricciones en cuanto a la transmisión de las participaciones y de las acciones y en el órgano de administración. Ver en GIMENO BEVIÁ, V., ASENSI MERÁS, A., ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., “Principales diferencias Jurídicas entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada” en *X Jornades de Xarxes d'Investigació en Docència Universitària*, Alicante, 2012, págs. 2750 a 2756.

frecuente que ocurra el fenómeno del bloqueo societario¹³². Uno de los motivos que lo explican es el propio carácter de la sociedad. De acuerdo con el apartado IV de la exposición de motivos de la Ley de Sociedades de capital, la principal diferencia entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, es el carácter abierto de la primera, y el cerrado de la segunda¹³³. En este sentido, el primer paso a la hora de decidir el tipo social, es establecer cuál va a ser la naturaleza de la empresa que se quiere crear, es decir, un modelo de funcionamiento abierto o que tenga carácter cerrado.

Respecto a la primera opción, jurídicamente se ha diseñado la sociedad anónima para las grandes empresas, entendiendo por tales, no aquellas que dispongan de un gran capital sino sociedades integradas por un gran número de socios cambiantes, que acuden para su financiación al ahorro ajeno¹³⁴. Tal y como nuestra jurisprudencia¹³⁵ ha venido entendiendo, se podría decir que son las sociedades puramente capitalistas, constituidas sobre una base impersonal e “*intuitu pecuniae*”¹³⁶, ya que se produce la ruptura de la

¹³² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 11 a 17.

¹³³ Exposición de motivos de la Ley de Sociedades de Capital, apartado IV: “*En el plano teórico la distinción entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada descansa en una doble característica: mientras que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas; mientras que las primeras son sociedades con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales, las segundas, en ocasiones, sustituyen esos mecanismos de defensa -a veces más formales que efectivos- por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa (...)*”.

¹³⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “La sociedad anónima como problema”, op. ct., págs. 12 a 14; ESTEBAN VELASCO, G., “Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 2/1994), Aranzadi, Cizur Menor, 1994, págs. 137 a 138; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, en MASSAGUER FUENTES, J., ALONSO ESPINOSA, F., CUÑAT EDO, V., GALLEGO SÁNCHEZ, E. y PETIT LAVALL, M., *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 301 a 302.

¹³⁵ STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 635/2012, de 2 de noviembre de 2012. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/804c34560c466ab3/20121211>; STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 889/2010, de 10 de enero de 2011. CENDOJ <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6f2f21ff681c19b7/20110317>; STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 869/1999, de 25 de octubre de 1999. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/05cdec2dab629612/20031203>.

¹³⁶ BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 24 a 27; URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La sociedad anónima: principios fundamentales”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 769 a 771.

concepción tradicional del socio¹³⁷ ante dos nuevos tipos, el accionista empresarial y el inversor¹³⁸. Ambas figuras tienen en común la búsqueda de la rentabilidad por la suscripción de acciones, pero disienten en cuanto a la promoción del fin social, ya que, en general, los socios no están interesados en la gestión y la buena marcha de la sociedad¹³⁹, a excepción del primer tipo. El régimen jurídico de la sociedad anónima facilita la transmisión de las acciones con el fin de atraer financiación mediante el ahorro ajeno¹⁴⁰. En este sentido, cada socio, con independencia de la forma en la que haya adquirido tal condición (como contraprestación del capital aportado o por la transmisión de títulos) ostenta un número de acciones. Estas constituyen valores mobiliarios, susceptibles de representación (artículo 92.1 de la Ley de Sociedades de capital), y con una clara vocación hacia la circulación, con independencia de quien las ostente¹⁴¹. Como consecuencia de este ánimo de circulación, en las sociedades anónimas es donde más se pone de manifiesto la poca importancia de las características personales de los socios¹⁴² así como la anteposición de sus intereses personales individuales frente al interés común de la agrupación¹⁴³, haciendo necesario que exista una división formal entre los órganos

¹³⁷ Es necesario destacar que la figura de la tradicional sociedad anónima cerrada española del siglo XX está en desuso ante el perfeccionamiento legislativo de la sociedad de responsabilidad limitada. Aunque no exista inconveniente alguno en acentuar estatutariamente su carácter cerrado, cada vez es menos frecuente que se constituyan “sociedades anónima pequeñas y medianas”. En este sentido, cabe destacar la obra del profesor MENÉNDEZ, quien pone el acento en la reforma que estaba sufriendo el derecho de sociedades de capital en la segunda mitad del siglo XX, y en concreto en la desaparición de las sociedades anónima de base democrática ante la imposición de los órganos de gestión específicos. Ver en MENÉNDEZ, A., *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1974, págs. 35 a 54.

¹³⁸ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La protección Jurídica del accionista inversor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, págs. 33 a 50; GALLEGRO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 301 a 302.

¹³⁹ GONDRA ROMERO, J. “La teoría contractual de la sociedad anónima: Una aproximación a sus fundamentos teóricos-económicos”, *op. ct.*, pág. 187 a 191.

¹⁴⁰ GONDRA ROMERO, J. “La teoría contractual de la sociedad anónima: Una aproximación a sus fundamentos teóricos-económicos”, *op. ct.*, pág. 187 a 191.

¹⁴¹ BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, *op. ct.*, págs. 22 a 24; MADRID PARRAS, A., “Representación y transmisión de acciones. Cláusulas limitativas”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 203/1992), Civitas, Madrid, 1992, págs. 3 a 5; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “Acciones y obligaciones representadas mediante anotaciones en cuenta: Aspectos dogmáticos y de régimen jurídico”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 4/1995), Aranzadi, Cizur Menor, 1995, págs. 149 a 153.

¹⁴² URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La sociedad anónima: principios fundamentales”, *op. ct.*, págs. 769 a 771.

¹⁴³ Ya en la obra de 1688 de José de la Vega, “Confusión de confusiones”, se exponía con total claridad esta afirmación cuando se explicaba como funcionaban el juego de intereses que se producían en las sociedades anónimas, existiendo distintos tipos de sujetos, con distintos tipos de intereses que participaban en ella. Ver en MENÉNDEZ, A., *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*, *op. ct.*, págs. 11 a 18; GARRIGUES, J., *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, págs. 24 a 26. FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La protección Jurídica del accionista inversor*, *op. ct.*, págs. 33 a 41

de gestión y los socios para proteger a la misma sociedad¹⁴⁴. Por este motivo, la normativa es mucho más rígida, ya que, como consecuencia de esta inestabilidad en cuanto a la identidad de sus miembros, es necesario aumentar las garantías para salvaguardar la seguridad jurídica¹⁴⁵. Frente a estas facilidades de circulación¹⁴⁶, el legislador ha optado por afianzar la estabilidad del capital¹⁴⁷, estableciendo para ello un mínimo legal de 60.000 euros para poder constituir la (artículo 4.3 de la Ley de Sociedades de Capital), así como una estructura más rígida en cuanto su funcionamiento orgánico¹⁴⁸ ya que establece la obligatoriedad de que en caso de que haya dos administradores, estos actúen de manera mancomunada y si hay más de tres, que se forme un consejo de administración.

Por otro lado, si se decide optar por un carácter cerrado de la sociedad se elegirá la sociedad de responsabilidad limitada. En este sentido, cuando se habla de sociedades cerradas, se debe entender como aquellas en las que no se puede transmitir libremente la condición socio¹⁴⁹. Sin realizar un examen exhaustivo de esta figura que se procederá a efectuar en el siguiente apartado, es suficiente con decir que este tipo social está dirigido principalmente a pequeñas y medianas empresas que estén unidas por relaciones

¹⁴⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La protección Jurídica del accionista inversor*, *op. ct.*, págs. 33 a 41; EMPARANZA SOBEJANO, A., “Concepto corporativo y junta de accionista: Balance de diez años de reglamentos de junta”, en TOBÍO RIVAS, A., *Estudios de Derecho Mercantil. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 164 a 167.

¹⁴⁵ ESTEBAN VELASCO, G., “Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación”, *op. ct.*, págs. 137 a 141.

¹⁴⁶ MADRID PARRAS, A., “Representación y transmisión de acciones. Cláusulas limitativas”, *op. ct.*, págs. 28 a 45.

¹⁴⁷ URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La sociedad anónima: principios fundamentales”, *op. ct.*, págs. 773 a 776; ESTEBAN VELASCO, G., “Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación”, *op. ct.*, págs. 141 a 143

¹⁴⁸ ESTEBAN VELASCO, G., “Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación”, *op. ct.*, págs. 143 a 145.

¹⁴⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada”, en BECORVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), A., *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 108 a 110; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Concepto”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. y GÓRRIZ, C., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 30 a 33; MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Revista General de Derecho* (núm. 603/1994), *Revista General de Derecho*, Valencia, 1994, págs. 12963 a 12965

personales¹⁵⁰, debido a las facilidades¹⁵¹ en cuanto a su constitución y funcionamiento como ejemplifica que el capital mínimo necesario sea únicamente de 3000 Euros (artículo 4.1 de la Ley de Sociedades de Capital) así como la posibilidad de personalización flexible de la sociedad a través de los estatutos sociales (artículo 28 de la Ley de Sociedad de Capital). Se trata de la situación opuesta a la de las sociedades anónimas, ya que, frente a la figura del capital, la persona del socio cobra una gran importancia¹⁵². Es por ello que, aunque tipológicamente se encuadre dentro la citada ley, es un tipo híbrido que reúne tanto las características de las sociedades personalistas como las de capital¹⁵³. Estas sociedades se crean por la confianza existente entre los socios, por lo que sus miembros están comprometidos con la buena marcha de la misma y con la promoción del fin social, siendo generalmente ellos mismos quienes ostentan el cargo de administración de la sociedad¹⁵⁴. No obstante, con el fin de obtener el privilegio de la limitación de la responsabilidad deciden someter su relación a una estructura orgánica y estatutaria, diferente a la de la sociedad colectiva¹⁵⁵. De esta forma, manteniendo los principios capitalistas de salvaguarda del capital se restringe la transmisibilidad de la condición del

¹⁵⁰ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dirs), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 1.A., Civitas, Madrid, 1999, págs. 25 a 46; GALLEGU SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 13 a 50; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades de limitadas”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. y GARRIDO DE PALMA, V., *El patrimonio Familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, (T. IV), Bosch, Barcelona, 2005, págs. 388 a 394; ALONSO ESPINOSA, F., “La sociedad de responsabilidad limitada, ¿Corporación personalizable?”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 7/1996), Aranzadi, Cizur Menor, 1996, págs. 31 a 40; IGLESIAS PRADA, J., “El proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar”, en *Revista General de Derecho* (núm. 596/1994), Revista General de Derecho, Valencia, 1994, págs. 5428 a 5429.

¹⁵¹ EMBID IRUJO, J., “Cuestiones tipológicas en la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 122 a 124.

¹⁵² ALONSO ESPINOSA, F., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (aspectos generales)”, *op. ct.*, págs. 1445 a 1446.

¹⁵³ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 25 a 27; MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, pág. 12965; ALONSO ESPINOSA, F., “La sociedad de responsabilidad limitada, ¿Corporación personalizable?”, *op. ct.* págs. 31 a 34; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Concepto”, *op. ct.*, págs. 27 a 29.

¹⁵⁴ ALONSO ESPINOSA, F., “La sociedad de responsabilidad limitada, ¿Corporación personalizable?”, *op. ct.*, págs. 37 a 40.

¹⁵⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I., “Concepto”, *op. ct.*, págs. 24 a 26; EMBID IRUJO, J., “Cuestiones tipológicas en la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 115 a 116.

socio¹⁵⁶ con el fin de evitar la entrada de terceros extraños en ella que puedan causar una ruptura de la “*affectio societatis*” inicial, así como proteger su estabilidad ante la huida indiscriminada de alguno de sus miembros ante las dificultades empresariales. Por estos motivos, el capital está dividido en participaciones en vez de acciones como sucede en la sociedad anónima¹⁵⁷. A diferencia de lo que ocurre con estas últimas, la participación no tiene consideración de valor mobiliario y no puede ser objeto de representación mediante un título (artículo 92.2 de la Ley de Sociedades de Capital), lo que impide su utilización como instrumento de financiación a través del ahorro ajeno, permitiendo mantener el carácter cerrado de la sociedad¹⁵⁸.

Debido a que la sociedad de responsabilidad limitada surge como consecuencia de una relación de confianza previa entre sus miembros, cuando esta desaparece, su funcionamiento interno se ve afectado hasta que la situación se vuelve insostenible¹⁵⁹. El profesor SENÉN DE LA FUENTE, asociaba directamente esta causa de disolución con la desaparición de la “*affectio societatis*” inicial, como consecuencia de la naturaleza predominantemente “*intuitu personae*”¹⁶⁰. Además, al ser pocos socios y tener limitada la transmisión de su condición, es habitual que se formen grupos paritarios enfrentados que impiden que se adopte cualquier acuerdo, avocándola irremediabilmente a su desaparición¹⁶¹. En este sentido, ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de

¹⁵⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 21 a 28; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 112 a 114.

¹⁵⁷ Como bien explica el profesor ARROYO MARTÍNEZ, la principal diferencia entre la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada reside en la consideración de la aportación social y la contraprestación recibida en forma de acción o participación social. Mientras que en la anónima “*sirve para vincularse a un valor mobiliario*”, en la de responsabilidad limitada significa “*vida en común, es decir, pone el acento en la dimensión societaria, en las relaciones con los demás socios, en el contrato social*”. Por este motivo, la participación no tiene un ánimo de circulación y la acción, como título, sí. Ver en ARROYO MARTÍNEZ, I., “Concepto”, *op. ct.*, pág. 32 a 23.

¹⁵⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 110 a 112; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Concepto”, *op. ct.*, págs. 22 a 24.

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 11 a 55; FLAQUER RUITORT, J., “La paralización de la junta general de accionistas”, en *Revista General de Derecho* (núm. 603/1994), *Revista General de Derecho*, Valencia, 1994, págs. 1886 a 1888; HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 90 a 92.

¹⁶⁰ SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1965, págs. 161 a 166.

¹⁶¹ SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, *op. ct.*, págs. 163 a 166; FRADEJAS RUEDA, O., “Paralización de los órganos sociales: Supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, en *Cuadernos de derecho y comercio* (núm. 57/2012),

ocasiones la jurisprudencia¹⁶² española señalando la habitualidad de que se produzca esta causa de disolución como consecuencia de “*la imposibilidad de que, una vez constituida, puedan alcanzarse acuerdos debido al enfrentamiento entre dos grupos paritarios de accionistas en sociedades cerradas, o familiares*”.

Por otro lado, la aparición de este enfrentamiento en las sociedades anónimas es menos habitual debido al gran número de socios que las forman y las facilidades para salir de ella. Al existir un gran número de socios que generalmente no están interesados en la gestión de la sociedad, es menos habitual que aparezcan grupos paritarios enfrentados. Es impensable que, en una sociedad cotizada formada por millones de accionistas, la mayoría de los cuales, nunca han participado en una junta general ya que solo se han preocupado de obtener una rentabilidad económica de sus acciones, pueda llegar a aparecer una causa de disolución como la paralización de sus órganos sociales como consecuencia de las diferencias irreconciliables entre sus socios. Además, incluso si surgiese, el socio afectado solo tendría que vender sus acciones para salir de esta situación de conflicto¹⁶³. Cuestión distinta es que el bloqueo aparezca en los llamados grupos de empresa con dirección paritaria¹⁶⁴, los cuales, por su complejidad y especialidad en relación a los casos propuestos en este trabajo de investigación, no van a ser objeto de estudio.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Consejo General de Colegio de Corredores de Seguro, Madrid, 2011, págs. 196 a 199; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *op. ct.*, págs. 8 a 10.

¹⁶² Entre otras: STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 653/2014, de 26 de noviembre de 2014. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4d5bea7f9cae726b/20150130>; STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 725/1987, de 12 de noviembre de 1987. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b59be364fff6f257/19960110>; STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 217/1978, de 5 de junio de 1978. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8effee7e3cd04b51/19780101>.

¹⁶³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 14 a 15.

¹⁶⁴ SACRISTÁN REPRESA, M, “El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 165/1982). Civitas, Madrid, 1982, págs. 1 a 49.

Sin embargo, esto no quiere decir que no pueda llegar a aparecer¹⁶⁵. El legislador quiso establecer en la propia exposición de motivos de Ley de Sociedades de Capital¹⁶⁶ la flexibilización estatutaria de la sociedad anónima con el fin de que tenga un carácter, en mayor o menor medida cerrado. Por ello, al ser una situación normalizada, al hacer mención expresa en la redacción de la norma, no hay impedimentos en dar tal carácter a la sociedad, adoptando estatutariamente cláusulas que permitan mantener ese carácter de sociedad cerrada¹⁶⁷, aumentando las posibilidades de que surjan situaciones similares de bloqueo¹⁶⁸.

2.- Sociedades de responsabilidad limitada: Introducción.

¹⁶⁵ Antes de la reforma legislativa en materia de sociedades de capital que tuvo en lugar en España a finales del siglo XX, a pesar de la naturaleza puramente capitalista de la sociedad anónima, lo habitual era que las pequeñas y medianas empresas, así como las familiares, se constituyen a través de este tipo social, debido a la posibilidad de personalizar su régimen jurídico. Ver en SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, op. ct., págs. 161 a 166; BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, op. ct., págs. 26 a 27; Por ello, esta causa de disolución era habitual que surgiese en torno a las sociedades anónimas. Ejemplo de ello es el caso expuesto por el profesor FLAQUER RUITORT, en relación con la STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 725/1987 de 12 de noviembre de 1987. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b59be364fff6f257/19960110>. Ver en FLAQUER RUITORT, J., “La paralización de la junta general de accionistas”, op. ct., págs. 1883 a 1907.

¹⁶⁶ Exposición de motivos de la Ley de Sociedades de Capital, apartado IV: “(...) pero sí interesa señalar que esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas –salvo, obviamente, las cotizadas– son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones. El modelo legal subyacente no se corresponde con el modelo real, y esta circunstancia ha sido tenida en cuenta por el legislador español y ha debido ser tomada en consideración a la hora de elaborar el texto refundido (...)”.

¹⁶⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La configuración estatutaria del derecho de separación por insuficiente reparto de dividendos”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (num.56/2019), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 5 a 6; ESTEBAN VELASCO, G., “Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación”, op. ct., págs. 137 a 138; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada”, op. ct., págs. 109 a 110.

¹⁶⁸ Un ejemplo práctico para poder entender las diferencias entre un tipo de sociedad y otro, sería el caso de dos personas que quieren constituir una sociedad, cuyo objeto es la construcción de barcos, y debaten qué tipo societario adoptar. Este tipo de sociedad, requiere de un gran capital para poder funcionar, debido a los numerosos gastos que debe afrontar para poder realizar el objeto social y a su vez, pretende ser una empresa con pocos accionistas, y que se encuentre más en ámbito familiar. En este caso, a pesar de la dimensión familiar de la sociedad, y de ese carácter personalista que se pretende dar a la sociedad, debido a las sumas de capital que necesita, lo más ideal para la sociedad sería adoptar el tipo de sociedad anónima, fundamentalmente por la necesidad de financiación que requiere.

La sociedad de responsabilidad limitada está configurada como el tipo ideal para la creación de pequeñas y medianas empresas debido tanto a su facilidad a la hora de constituirse como a la amplia remisión a la autonomía de voluntad de los socios para su propia regulación¹⁶⁹. Una figura típica es la “*joint venture*”, cuya filosofía reside en la unión de dos personas (física o jurídica) para crear una empresa con igual participación en el capital y así compartir riesgos¹⁷⁰.

Debido a las propias características de este tipo, es en ellas donde más prolifera la institución de la disolución de la sociedad por paralización de sus órganos sociales. Esto se debe principalmente a los denominados conflictos intracorporativos “*horizontales*”, es decir, conflictos entre socios con posiciones idénticas en el seno la sociedad¹⁷¹. Este tipo de situaciones nace en contraposición de los conflictos verticales, es decir, conflictos entre socios y administradores. Nuestro derecho positivo se encarga de regular la mayoría de conflictos verticales, pero en materia de conflictos horizontales las soluciones que otorga son escasas o inexistentes¹⁷². Por lo que no es baladí, la cuestión del problema de este tipo de conflictos ya que son el prototipo básico de disolución por bloqueo societario, siendo necesario el estudio del origen del mismo, que reside en las propias características de la sociedad de responsabilidad limitada.

La sociedad de responsabilidad limitada, a pesar de ser uno de los tipos de sociedad de capital, se caracteriza por ser tener una naturaleza híbrida, es decir, que tiene rasgos tanto de las sociedades personalistas como de las sociedades de capital. Esta naturaleza ya viene anunciada en la propia exposición de motivos de la Ley de Sociedades de Capital, y ha sido afirmada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁷³: “*La sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad de carácter híbrido, en la que deben convivir en armonía elementos personalistas y elementos capitalistas y la autonomía de la voluntad de los*

¹⁶⁹ ALONSO UREBA, A., “Sobre la funcionalidad del Derecho de Sociedades de Capital en la perspectiva de las PYMES”, *op. ct.*, págs. 53 a 61.

¹⁷⁰ BLECH, U. y STERN, R., “Legal Issues On Cross-Border Mergers between UK Companies and German Companies” en PAYNE, J., *Takeovers in English and German Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2020, págs. 141 a 145.

¹⁷¹ SACRISTÁN REPRESA, M, “El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas”, *op. ct.*, págs. 13 a 15.

¹⁷² SACRISTÁN REPRESA, “El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas”, *op. ct.*, págs. 12 a 13; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 11 a 13.

¹⁷³ STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 216/2013, de 14 de marzo de 2013. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93b67430b493448e/20130325>

socios puede adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias”.

Sin embargo, como ya se indicaba en la exposición de motivos de la Ley de Responsabilidad Limitada de 1995, la configuración legal de la sociedad de responsabilidad limitada hace que no pueda ser considerada como una “*pequeña anónima*” ni tampoco una sociedad colectiva cuyos socios gocen del beneficio de la limitación de la responsabilidad¹⁷⁴. Esto hace que el modelo de la sociedad de responsabilidad limitada se encuentre muy próximo a la configuración legal de la sociedad anónima, pero con una regulación respecto de los Estatutos en la que prevalece el carácter personalista de la misma¹⁷⁵. La propia normativa dispone un sinfín de artículos cuyo contenido es dispositivo, siendo posible su modificación para adaptarla a la realidad concreta de la sociedad que se crea, siempre y cuando no desdibuje los elementos esenciales del tipo, así como que respete el resto de normas de carácter imperativo¹⁷⁶.

Este carácter y sus ventajas han propiciado que, en la actualidad, sea la sociedad que más prolifere en el tráfico jurídico. Debemos recordar, que, de acuerdo con los datos proporcionados por el Registro Mercantil Central¹⁷⁷, la sociedad de responsabilidad limitada, fue el tipo más usado para constituir sociedades (93.560) en el año 2018, mientras que únicamente se constituyeron 410 sociedades anónimas. Sin embargo, esta situación no siempre ha sido así. A pesar de que la sociedad anónima siempre se anunció, en las sucesivas reformas legislativa del siglo XX, que iba a ser una sociedad cuya constitución estaría reservada a las grandes empresas, no fue hasta las reformas del año 1989 que esta intención llegó a convertirse en una realidad. Hasta entonces, el empresario

¹⁷⁴ MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, pág. 12965; MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 25 a 27; ALONSO UREBA, A., “Sobre la funcionalidad del Derecho de Sociedades de Capital en la perspectiva de las PYMES”, *op. ct.*, págs. 53 a 55.

¹⁷⁵ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 25 a 26; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 28 a 44; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 112 a 114.

¹⁷⁶ MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12966 a 12968; SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMENZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, págs. 141 a 153.

¹⁷⁷ Estadísticas registro mercantil Central 2018. Pág. 2.
<http://www.rmc.es/documentacion/publico/Estadisticas/ESTADISTICAS-2018.pdf>

seguía optando por la creación de empresas a través el tipo de la sociedad anónima y no de la de responsabilidad limitada¹⁷⁸. Esto se debía a que nuestra legislación solía remitir¹⁷⁹ en bloque la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada a la legislación de las sociedades anónimas, así como por la propia normativa de las sociedades anónimas, en cuyas disposiciones no se exigía capital mínimo para la constitución. Gracias a las reformas societarias de la década de los noventa (tras un importante proceso legislativo en España con las reformas introducidas por las directivas de la Unión Europea¹⁸⁰) esta situación cambió, configurándose legalmente la sociedad de responsabilidad limitada como el tipo ideal de las pequeñas y medianas empresas, lo que se tradujo en el comienzo de la proliferación de este tipo societario, en perjuicio de las sociedades anónimas; tendencia que se ha mantenido hasta la actualidad.

Las principales características de este tipo, que explican su proliferación, son el carácter cerrado de la sociedad, el desembolso mínimo que hay que realizar para poder constituir la, su propia flexibilidad, y que está diseñada para que sea adoptada principalmente por sociedades pequeñas y medianas. Es necesario puntualizar que no existe inconveniente en optar por este tipo social para la constitución de grandes empresas con una naturaleza puramente capitalista, aunque respetando siempre las normas imperativas, tales como la imposibilidad de acudir al ahorro ajeno para su financiación, gracias precisamente a la gran flexibilidad de su regulación que permite adaptarla a tal situación¹⁸¹. Misma precisión hay que realizar respecto al carácter familiar que suelen tener estas sociedades en los casos planteados, ya que, si bien en la mayoría de ellas se puede apreciar, esto no significa que en todas ellas esté presente¹⁸². No obstante, ya que

¹⁷⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 181 a 183; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Concepto”, *op. ct.*, págs. 27 a 29.

¹⁷⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, *op. ct.*, págs. 133 a 136; RONCERO SÁNCHEZ, A., “Acciones y participaciones”, en *Revista de derecho de Sociedades* (núm. 36/2011), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 1 a 4.

¹⁸⁰ La entrada de España en la Unión Europea, obligó a adaptar la legislación española existente a la europea. En materia societaria propició grandes cambios en la materia gracias, entre otras a las siguientes directivas: Primera Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982 Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989,

¹⁸¹ ALONSO ESPINOSA, F., “La sociedad de responsabilidad limitada, ¿Corporación personalizable?”, *op. ct.*, págs. 40 a 46; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 110 a 114.

¹⁸² ALONSO ESPINOSA, F., “La empresa familiar como problema”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 283/2012), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, págs. 37 a 39; IGLESIAS PRADA, J., “El proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar”, *op. ct.*, págs. 5417 a 5420; VIERA GONZÁLEZ, A., *Las sociedades de capital cerradas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 41 a

la problemática de la paralización de los órganos sociales ocurre principalmente en aquellas empresas familiares, pequeñas y medianas, se va a analizar la figura de la sociedad de responsabilidad limitada bajo estas características.

2.1.- Sociedades de responsabilidad limitada: Fundación y constitución.

Tal y como establecía el anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1947, la fundación de una sociedad es “*el momento más peligroso en la vida de la sociedad*” ya que cuanto más pueda preverse e incluir en los estatutos, será más sencillo resolver las disputas o problemas que surjan en el seno de la sociedad¹⁸³. Por ello es necesario que la fundación de las sociedades deba ser estudiada desde dos perspectivas, una sociológica y otra jurídica.

Desde la perspectiva sociológica, a diferencia de lo que suele ocurrir con las sociedades de capital, el origen de las sociedades de responsabilidad limitada está más centrado en las relaciones afectivas existentes entre dos o más personas, que en la idea de negocio en sí. Son lo que se conoce como sociedades familiares, en las que buena parte de los socios han adquirido tal condición por las relaciones familiares o de amistad, más que por el mero hecho de realizar las aportaciones sociales¹⁸⁴. Es frecuente encontrar sociedades de responsabilidad limitada formadas por una pareja, dos hermanos o dos amigos que deciden emprender una aventura juntos. Lo importante en estos casos es la relación “*intuitu personae*” o la confianza personal en promover un fin común, tan característicos de las sociedades personalistas¹⁸⁵.

44; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades de limitadas”, *op. ct.*, págs. 388 a 390.

¹⁸³ GARRIGUES, J., “La fundación de la sociedad”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 8/1946), Civitas, Madrid, 1946, págs. 1 a 5; PALÁ LAGUNA, R., “La Fundación de la Sociedad. Escritura Fundacional y Estatutos Sociales”, en ALCALÁ DÍAZ, M., *Creación, Gestión, Estrategia y Administración de la PYME*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 259 a 264.

¹⁸⁴ VIERA GONZÁLEZ, A., *Las sociedades de capital cerradas*, *op. ct.*, págs. 37 a 41; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades de limitadas”, *op. ct.*, págs. 386 a 393; IGLESIAS PRADA, J., “El proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar”, *op. ct.*, págs. 5417 a 5418; ALONSO ESPINOSA, F., “La empresa familiar como problema”, *op. ct.*, págs. 34 a 47.

¹⁸⁵ VIERA GONZÁLEZ, A., *Las sociedades de capital cerradas*, *op. ct.*, págs. 41 a 44; GARRIDO DE PALMA, V., “La familia empresaria ante el Derecho”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 71 a 75; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Concepto”, *op. ct.*, págs. 29 a 30; PEINADO GRACIA, J.,

Este tipo de constitución es más propia de las sociedades personalistas, pero la búsqueda de la profesionalización, así como las ventajas y facilidades que ofrece, hacen que las personas prefieran optar por este tipo, en vez de por una colectiva¹⁸⁶. Pero esa confianza, en muchas ocasiones ciega hacia el otro socio, y el optimismo desmesurado en la obtención de beneficios que permitan la distribución de cuantiosos dividendos, que crean la expectativa de que ningún problema puede surgir entre ellos¹⁸⁷, así como las mismas facilidades para constituir la sociedad, provoca que se adopten formularios que no tienen en cuenta las singularidades de cada mercantil, y que no se prevean fórmulas para superar las discrepancias que, inevitablemente, surgirán en el devenir social. Y así, es frecuente adoptar estatutos genéricos, que no prevén mecanismos de solución de conflictos, y que se nombre administradores a los propios socios de forma mancomunada¹⁸⁸, entre otros extremos¹⁸⁹. La simplificación de este proceso de constitución llega hasta el punto de que, cada vez más, en lugar de acudir al asesoramiento legal, se opta directamente por servirse de los procedimientos automatizados de creación de empresas que, desde la propia página del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

“Abnegación y silencio en la sociedad mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre el socio y su sociedad)”, *op. ct.*, págs. 4 a 5.

¹⁸⁶ ARROYO MARTÍNEZ, I., “Concepto”, *op. ct.*, págs. 29 a 30; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *op. ct.*, págs. 6 a 7; PALÁ LAGUNA, R., “La Fundación de la Sociedad. Escritura Fundacional y Estatutos Sociales”, *op. ct.*, págs. 259 a 261.

¹⁸⁷ GARRIGUES, J., “La fundación de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 2 a 3.

¹⁸⁸ Cabe mencionar que incluso nuestro alto tribunal ha llegado a destacar tanto la habitualidad como los problemas que acarrea este tipo de administración en las sociedades de responsabilidad limitada. En concreto: “*En las sociedades limitadas es frecuente que los socios, por motivos de control recíproco, no quieran encomendar la administración a un solo administrador, o a varios solidarios, y prefieran la actuación conjunta de varios administradores, pero sin llegar a la administración colegiada del consejo de administración, con sus complejidades. En el caso de la administración mancomunada, existe una disociación entre la titularidad del poder de representación, que depende de lo dispuesto en los estatutos y se sujeta a las reglas del artículo 233.2.c LSC (anterior art. 62.2 c) LRSL); y el poder de gestión, que corresponde al conjunto de los administradores mancomunados y que, por tanto, habrá de ejercitarse por todos ellos de forma conjunta (art. 210 LSC, anterior art. 57 LSRL). Al requerir la unanimidad de decisión de todos los administradores, este sistema de administración tiene el riesgo de propiciar situaciones que pueden desembocar en la parálisis de la sociedad. Y en particular, las disensiones sobre la convocatoria de la junta general pueden dar lugar al bloqueo del principal órgano societario, como resaltó la sentencia de primera instancia, aunque ese no sea propiamente el caso que se planteó en este procedimiento*”. Ver en la STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 424/2019, de 16 julio de 2019. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0ae9aa076a06fe72/20190722>.

¹⁸⁹ MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12966 a 12968; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *op. ct.*, págs. 1 a 6.

se ofrecen (Sistema CIRCE)¹⁹⁰. En fin, no se acuerdan normas de funcionamiento pensando en lo que realmente necesita la sociedad, dando por sentado que la confianza que animó a su fundación permitirá superar cualquier problema que se presente.

Los estatutos sociales tendrían que ser el reflejo de la misma sociedad¹⁹¹ que representa, de tal forma que se incorporasen no solo los contenidos genéricos y propios de cualquier otra sociedad, sino todas las necesidades que le sean propias, en atención tanto al sector al que se dirija, como el carácter que se le quiera otorgar a la sociedad¹⁹². Por el contrario, la realidad es que se están creando sociedades de responsabilidad limitadas, con unos estatutos tipo directamente aprobados por el gobierno¹⁹³, sin atender a las peculiaridades del mercado al que se van a dirigir o las especialidades que puede generar la creación de una sociedad con una distribución paritaria de las participaciones.

Desde una perspectiva jurídica, el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Capital establece que, para que se produzca la constitución de la sociedad, y esta adquiera personalidad jurídica, es necesario cumplir dos requisitos: el negocio fundacional y los elementos no negociales (otorgamiento de escritura e inscripción en el Registro Mercantil)¹⁹⁴.

¹⁹⁰ <http://www.ipyme.org/es-ES/CreacionTelematica/Páginas/CIRCE.aspx> Enlace de la página web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo que facilita la creación de sociedades a través del sistema CIRCE.

¹⁹¹ SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, *op. ct.*, págs. 141 a 144; FERNÁNDEZ RUIZ, J., “Cuestiones estatutarias de la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 228/1998), Civitas, Madrid, 1998, pág. 21.

¹⁹² DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas” en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, R. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades Anónimas I. La Fundación*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 20 a 30; MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12977 a 12979.

¹⁹³ Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, por la que se aprueban los Estatutos-tipo de las sociedades de responsabilidad limitada

¹⁹⁴ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, págs. 83 a 90; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., VIGUERA RUBIO, J. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dirs), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 4º. Civitas, Madrid, 1999, págs. 298 a 299; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 19. La constitución de las sociedades”, *op. ct.*, págs. 311 a 317; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 415 a 418.

El negocio fundacional hace referencia a un contrato bilateral (salvo en los casos de sociedad unipersonal), que es obligatorio y gracias al cual surgen los deberes, obligaciones, derechos y facultades de los socios¹⁹⁵. Al tener el contrato una naturaleza negocial, es necesario que se manifieste la voluntad ordenada de producir efectos jurídicos¹⁹⁶, rigiéndose por los elementos esenciales de los contratos que establece el derecho de obligaciones, es decir, la capacidad, el consentimiento, la causa y el objeto (Artículos 315, 322, 323, 166.1, 271.2, 1263 y 1261 del Código Civil). De estos cuatro elementos, es importante destacar, respecto del consentimiento, la previsión legal de que, si no se manifiesta el tipo elegido para la constitución de la sociedad, se entenderá que es el de la sociedad colectiva¹⁹⁷. Si no concurre esa voluntad efectiva entre, al menos, dos de los socios, no se cumplirían los requisitos para su constitución ni se le podrá aplicar el régimen pretendido (Artículo 56.1.a. de la Ley de Sociedades de Capital)¹⁹⁸.

Por su parte, se entiende por elementos no negociales aquellos requisitos de naturaleza formal necesarios proceder a la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada. Estos están formados por (a) el otorgamiento de escritura pública de constitución y (b) su inscripción en el Registro Mercantil (Artículo 20 de la Ley de Sociedades de Capital).

Como dijo el maestro GARRIGUES “*la escritura es la forma solemne de un contrato y en este caso lo es del contrato de sociedad*”¹⁹⁹. Por tanto, se puede entender como la representación física del contrato de constitución. Conviene aclarar que no debe

¹⁹⁵ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 20 a 30; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 415 a 418.

¹⁹⁶ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., VIGUERA RUBIO, J. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 302 a 304; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 19. La constitución de las sociedades”, *op. ct.*, págs. 311 a 314.

¹⁹⁷ Sobre este aspecto, la jurisprudencia ha asociado el consentimiento a la voluntad efectiva de constituir la sociedad, es decir, a la ya mencionada “ *affectio societatis*” entre los socios fundadores, de tal forma que si no se cumple la sociedad será nula por no cumplir los requisitos generales de cualquier contrato. STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 341/1983 de 13 junio de 1983. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/546abcb36603d6c9/19960114>.

¹⁹⁸ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. ct.*, pág. 101; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 24 a 26; SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, *op. ct.*, págs. 138 a 141.

¹⁹⁹ GARRIGUES, J. “Fundación de la sociedad” en GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid, 1953, pág. 154.

confundirse la escritura de constitución con los estatutos sociales, a los que se hará alusión en un apartado posterior. Basta con decir que a través de la escritura se crea la sociedad, pero el contenido y las normas internas por las que se va a regir vienen determinados por los estatutos, los cuales se integran dentro de la escritura²⁰⁰. La propia Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 22, establece el contenido mínimo de la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada²⁰¹. Según la misma, toda escritura de constitución contendrá, al menos: 1) La identidad del socio o socios; 2) La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado; 3) Las aportaciones que cada socio realice y la numeración de las participaciones atribuidas a cambio; 4) Los estatutos de la sociedad; 5) La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad; y 6) El modo concreto en que inicialmente se organice la administración, si los estatutos prevén diferentes alternativas.

Esta escritura está sometida, como sucedía en el negocio fundacional, a las normas relativas a los contratos, por lo que se exigen todos los requisitos para la validez de estos, siendo posible que se incluyan tantos pactos como consideren los socios fundadores, siempre y cuando no alteren el tipo social ni vayan en contra de la Ley²⁰². Su otorgamiento es uno de los momentos más importantes de toda sociedad, pues el establecimiento e inclusión de cláusulas en los estatutos supone la creación de las normas de convivencia de la sociedad²⁰³. Por ejemplo, si se quiere dar un carácter cerrado y familiar a la sociedad, se deberá reflejar en sus estatutos. Por tanto, este es el momento en el que se deben pactar y establecer los mecanismos de solución de conflictos para el caso de que se produzcan, lo que casi inevitablemente ocurrirá. Sin embargo, este tipo de cláusulas no suele ser recogida en los estatutos²⁰⁴. Sin duda, el desmedido optimismo de afrontar el inicio de una aventura empresarial, suele cegar el análisis prudente, realista y sagaz que debería

²⁰⁰ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. ct.*, págs. 95 a 100; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 28 a 39; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., VIGUERA RUBIO, J. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 348 a 350; SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, *op. ct.*, págs. 134 a 136.

²⁰¹ ALONSO UREBA, A., “La constitución de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 2 a 3. PALÁ LAGUNA, R., “La Fundación de la Sociedad. Escritura Fundacional y Estatutos Sociales”, *op. ct.*, págs. 264 a 269.

²⁰² ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 20. Escritura pública e inscripción registral”, *op. ct.*, págs. 320 a 323.

²⁰³ FERNÁNDEZ RUIZ, J., “Cuestiones estatutarias de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 1 a 4.

²⁰⁴ MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12978 a 12981.

presidir un momento como este²⁰⁵. La realidad es que pocos piensan, en ese momento, que pueden darse situaciones de bloqueo de la sociedad que pueden llevar a su disolución.

El segundo elemento no negocial es la inscripción en el Registro Mercantil. Es posible afirmar que una sociedad existe desde el momento en que se constituye y empieza a funcionar; pero para poder afirmar que una sociedad es de capital y, consecuentemente, que sus socios se benefician de limitar su responsabilidad por las deudas sociales, al capital aportado, es necesaria su inscripción en el Registro Mercantil²⁰⁶. Por ello, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades personalistas y en la sociedad colectiva, tanto la escritura de constitución como la inscripción tienen carácter constitutivo en las sociedades de capital.

El otorgamiento de la escritura de constitución es el paso previo para poder proceder a la inscripción, por lo que, sin escritura pública, nunca una sociedad podrá ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil. Ambas acciones son necesarias. Sin embargo, este carácter constitutivo debe ser matizado. Tal y como ha mantenido tanto la jurisprudencia²⁰⁷ como la doctrina administrativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁰⁸, que no se encuentre inscrita la sociedad, no significa que carezca de personalidad jurídica para ser objeto de imputación de derechos, deberes y obligaciones. Pretender que no existe la sociedad, mientras no se constituya o se inscriba, a pesar de que actúe en el mercado, supondría un grave quebranto a la seguridad del tráfico jurídico económico. La escritura debe ser entendida como un requisito *ad solemnitatem*, al ser uno de los presupuestos del tipo para poder adquirir condición de sociedad de capital, pero únicamente a través de la inscripción en el registro existe sociedad de responsabilidad limitada²⁰⁹. Por ello, mientras no exista inscripción no existirá sociedad de responsabilidad limitada regular, sino sociedad en formación.

²⁰⁵ GARRIGUES, J., “La fundación de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 2 a 3

²⁰⁶ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., VIGUERA RUBIO, J. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 304 a 309; ALONSO UREBA, A., “La constitución de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 5 a 7.

²⁰⁷ STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 740/2010, de 24 de noviembre de 2010. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3b8f5b3b00c9d889/20110317>; STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 178/2006, de 20 de febrero de 2006. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5e27a2d415d7039c/20060309>.

²⁰⁸ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de noviembre de 2010: <https://www.boe.es/boe/dias/2001/03/21/pdfs/A10558-10562.pdf>.

²⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 421 a 423; ALONSO UREBA, A., “La constitución de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 1

Esta figura de la sociedad en formación trata de conciliar tanto los intereses de los socios que pretenden constituir una sociedad e iniciar con la máxima brevedad su actividad como de los terceros que mantengan relaciones con esta organización que todavía no es sociedad de capital²¹⁰. Se trata pues de una ficción en la que serán los socios los que asuman en nombre propio las relaciones jurídicas, obligándose a cumplirlas hasta que se produzca la inscripción de la sociedad. En ese momento la sociedad adquirirá la condición de Sociedad de Responsabilidad Limitada y podrá aceptar las deudas contraídas por los socios como propias. En caso de no producirse la inscripción en el plazo de un año desde el otorgamiento de escritura pública, la sociedad devendrá en irregular, y si continúa en el ejercicio de una actividad empresarial se le aplicarán las normas de la sociedad colectiva.

2.2.- Sociedades de responsabilidad limitada: Carácter cerrado, empresa familiar y el interés social.

Tal y como ya se ha expuesto, las pequeñas y medianas empresas a la hora de decidir el tipo social en el que se deben organizar tienden a elegir el de la sociedad de responsabilidad limitada debido a las flexibilidades que la misma ofrece²¹¹. A su vez, al ser sociedades pequeñas o medianas, en las que un gran número de ellas está constituidas únicamente por dos socios con un número paritario de participaciones, se opta por darle un carácter de empresa familiar. Esto, unido a la propia regulación de este tipo sociedades, provoca que nos encontremos ante sociedades esencialmente cerradas.

2.2.1.- Carácter cerrado.

a 5; PALÁ LAGUNA, R., “La Fundación de la Sociedad. Escritura Fundacional y Estatutos Sociales”, *op. ct.*, págs. 261 a 264.

²¹⁰ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., VIGUERA RUBIO, J. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 315 a 327; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 20. Escritura pública e inscripción registral”, *op. ct.*, págs. 318 a 319.

²¹¹ CARRASCO PEREA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, en ALCALÁ DÍAZ, M., *Creación, Gestión, Estrategia y Administración de la PYME*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 563 a 568.

El carácter cerrado de las sociedades de responsabilidad limitada se configura como un elemento estructural de la sociedad²¹². Esto se debe a que su propio régimen jurídico, de acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital, establece que las participaciones sociales tienen restringida su transmisión, siendo nulas aquellas cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales, a través de actos *inter vivos* (Artículo 108 de la Ley de Sociedades de Capital)²¹³.

Por tanto, se entienden como sociedades cerradas aquellas en las que la posibilidad de entrar a la misma y ser socio se encuentra restringida a aquellos que originalmente no lo fueron. A su vez, se caracterizan por la ausencia de mercado en caso de que el socio decida desvincularse de la sociedad y obtener así una compensación económica adecuada²¹⁴. Este tipo de regulación debe su causa al carácter híbrido de las sociedades de responsabilidad limitada, puesto que nos encontramos ante una norma más propia de las sociedades personalistas (en la constitución de sociedades de capital, prima el capital aportado mientras que en las sociedades de personas prima las cualidades personales de los propios socios fundadores).

Al ser la confianza inicial entre los socios el motivo principal del nacimiento de la sociedad, es lógico que esa confianza deba ser protegida durante el periodo de vida de la misma²¹⁵. De esta forma, en las sociedades al cincuenta por ciento, se evita que uno de

Universitat d'Alacant

²¹² MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 27 a 29; MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12963 a 12965; VIERA GONZÁLEZ, A., *Las sociedades de capital cerradas*, *op. ct.*, págs. 39 a 41.

²¹³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 301 a 302; GARRIDO DE PALMA, V., “La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas”, en *Estudios de Derecho Mercantil, en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 1582 a 1593; VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de las Participaciones Sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dirs), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 1ºB, Civitas, Madrid, 1999, págs. 115 a 118; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 108 a 110

²¹⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La configuración estatutaria del derecho de separación por insuficiente reparto de dividendos”, *op. ct.*, págs. 6 a 7; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 110 a 112.

²¹⁵ BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, *op. ct.*, págs. 26 a 27; GARRIDO DE PALMA, V., “La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas”, *op. ct.*, págs. 1582 a 1595; VÉRGUEZ

los socios transmita de manera unilateral sus participaciones a un tercero extraño que no cuenta con la confianza del socio que se mantiene en la sociedad, restringiendo la entrada a nuevos socios a la sociedad sin el acuerdo de ambos (Artículo 107.2.b de la Ley de Sociedades de Capital). El mismo tratamiento recibe la posibilidad de que un nuevo socio entre en la sociedad, en un momento no inicial, manteniéndose los demás socios. En este caso, es necesario que se apruebe una ampliación de capital, por la junta general. La única excepción a este régimen, la encontramos en el artículo 107 de la ley de Sociedades de capital, según el cual serán transmisiones libres aquellas realizadas en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio, o a favor de sociedades del mismo grupo, salvo cláusula estatutaria en contra²¹⁶. Lo que encuentra su fundamento en la voluntad de proteger y favorecer las denominadas sociedades familiares.

2.2.2.- Empresa familiar.

El concepto de empresa o sociedad familiar está íntimamente relacionado con el carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada. El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, define en un sentido amplio estas sociedades como aquellas donde la propiedad o el poder de decisión en la sociedad pertenece total o parcialmente a dos o más personas, las cuales son parientes consanguíneos o guardan relaciones de afectividad. Siendo el concepto legal de sociedad familiar demasiado amplio, es necesario acudir al proceso de formación de este tipo de sociedades para comprenderlo²¹⁷. Normalmente estas sociedades nacen con un empresario persona física que realiza una actividad. Cuando dicha actividad se va consolidando en el mercado, se constituye como sociedad con el fin de crear una mayor organización tanto financiera como corporativa. Conforme pasan los años, las

SÁNCHEZ, M., “Régimen de las Participaciones Sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 72 a 74.

²¹⁶ EMBID IRUJO, J., “Cuestiones tipológicas en la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 120 a 121; MEJÍAS GÓMEZ, J., “La transmisión de las participaciones sociales”, en *Diario la Ley* (núm. 4/1995), La Ley, Madrid, 1995, págs. 1 a 2.

²¹⁷ GARRIDO DE PALMA, V., “La Sociedad Familiar. Etapas de la Evolución y Modificaciones Estructurales”, en GARRIDO DE PALMA, V., ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J. y ARANGUREN URRIZA, F., *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 387; IGLESIAS PRADA, J., “El proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar”, *op. ct.*, págs. 5417 a 5429; PERDICES HUETOS, A., “Restricciones a las transmisiones de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. y GARRIDO DE PALMA, V., *El patrimonio Familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, (T. IV)*, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 482 a 488.

generaciones siguientes pasan a formar parte de la sociedad, de tal forma que se crean sociedades familiares complejas. Es el típico caso de una sociedad cuyo único socio es el padre o la madre, que con el paso del tiempo decide que sus hijos formen parte de la sociedad otorgándoles participaciones por igual valor. Al fallecimiento del padre o de la madre, sus descendientes pasan a controlar la sociedad con una distribución paritaria de las participaciones.

El concepto de sociedad familiar ha sido matizado por la doctrina²¹⁸, de tal forma que se podrá entender que es aquella en la que (a) la capacidad de decisión de los asuntos más importantes de la sociedad se reduzca a un grupo de personas de confianza o familiares; (b) que la toma de las decisiones societarias en encuentren en una misma voluntad en la que participen todos los miembros de la familia; y (c) que exista una voluntad de continuidad societaria, de tal forma que los descendientes de los socios puedan llegar a poder participar en ella.

Sin embargo, el concepto “familiar” debe ser puntualizado. No es necesario que existan vínculos consanguíneos para poder considerar una sociedad como tal, sino que serán los propios socios los que determinen el alcance sus relaciones con el resto socios y con la propia sociedad y si realmente quieren considerarlo como tal²¹⁹. Todas estas características tanto de las sociedades cerradas, como de aquellas a las que se le suma el rasgo de empresa familiar, ejemplifican el carácter híbrido de las sociedades de responsabilidad limitada, donde coexisten elementos tanto de las sociedades personalistas como de las sociedades de capital.

2.2.3.- Interés social y deber de fidelidad del socio.

Por último, tanto el concepto de sociedad cerrada como el de sociedad familiar deben ser estudiados en relación con el deber de lealtad o fidelidad del socio y el interés

²¹⁸ GARRIDO DE PALMA, V., “La familia empresaria ante el Derecho”, *op. ct.*, págs. 64 a 66; IGLESIAS PRADA, J., “El proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar”, *op. ct.*, págs. 5417 a 5420; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades de limitadas”, *op. ct.*, págs. 386 a 387; CARRASCO PEREA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, *op. ct.*, págs. 563 a 565; ALONSO ESPINOSA, F., “La empresa familiar como problema”, *op. ct.*, págs. 34 a 47.

²¹⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo Familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 43 a 44.

social. Es doctrina consolidada (POLO SÁNCHEZ, CORTÉS DOMÍNGUEZ, PEINADO GRACIA y BOQUERA MATARREDONA)²²⁰ que en toda relación contractual societaria subyace un conflicto entre la misma y los intereses de los socios que la forman. Aunque la Ley de Sociedades de Capital no alude a la finalidad concreta del contrato de sociedad²²¹, es posible argumentar, que el principal motivo por el que el socio realiza sacrificios patrimoniales para formar parte de esta asociación de personas es el interés individual o perspectiva de cada uno de obtener beneficios o ganancias distribuibles a través de ella²²². Sin embargo, como consecuencia de esa asociación, surge una nueva institución en el tráfico económico con personalidad jurídica propia y con un interés propio. Como mantiene la profesora ALCALÁ DÍAZ²²³, “*una vez constituida la sociedad, el fin común de los socios se transpersonaliza y se incorpora través del concepto de interés social al fin de la sociedad*”. Conocido como el interés social, nuestra jurisprudencia²²⁴ lo configura como un principio societario según el cual debe prevalecer el interés de la sociedad como institución frente a los intereses particulares de los socios (artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital), de tal forma que no se pueden adoptar acuerdos que la contravengan²²⁵. Lo adoptado en junta es la principal fuente de

²²⁰ POLO SÁNCHEZ, E., “Abuso o Tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima”, en *Revista Jurídica del Notariado* (núm. 14/1995), Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, págs. 62 a 67; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., “El interés social y el sistema de Gobierno Corporativo”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 157 a 167; PEINADO GRACIA, J., “Abnegación y silencio en la sociedad mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre el socio y su sociedad)”, *op. ct.*, pág. 1 a 2; BOQUERA MATARREDONA, J., “La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 215/1995), Civitas, Madrid, 1995, págs. 1 a 4.

²²¹ ALCALÁ DÍAZ, M., “El derecho al dividendo y sus institutos de protección”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 57/2019), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, págs. 3 a 5.

²²² PEINADO GRACIA, J., “Abnegación y silencio en la sociedad mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre el socio y su sociedad)”, *op. ct.*, pág. 1 a 2; ALCALÁ DÍAZ, M., “El derecho al dividendo y sus institutos de protección”, *op. ct.*, págs. 2 a 3; BOQUERA MATARREDONA, J., “La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 2 a 4.

²²³ ALCALÁ DÍAZ, M., “El derecho al dividendo y sus institutos de protección”, *op. ct.*, pág. 6.

²²⁴ STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 120/1991, de 19 de febrero de 1991. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/31ee40606d79e5c3/19960106>; STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 204/1992, de 6 de marzo de 1992. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3ccc66e4717b120b/20030704>. STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 377/2007, de 29 de marzo de 2007. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7ca813065434cc2b/20070426>.

²²⁵ MASSAGUER FUENTES, “La propagación de la ineficacia de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 319/2021), Civitas, Madrid, 2021, págs. 8 a 10; De acuerdo con el profesor ALONSO ESPINOSA, “*se presume iuris et de iure que el socio cuyos intereses se hallen en situación de conflicto con el interés de la sociedad utilizará su derecho de voto en interés propio, y por tanto, en perjuicio de la sociedad*”. Ver en ALONSO ESPINOSA, F., “La posición

manifestación de la voluntad social, ya que se crea a través del ejercicio del derecho de voto en junta, subordinándose así al poder de la mayoría, siendo necesario no solo protegerla sino restituir cualquier efecto provocado por una actitud contraria a dicho interés²²⁶. Se crea así un principio que no solo delimita la forma válida de actuación, sino que legítima como debe actuar y como se debe valorar el ejercicio de los derechos de los socios que la conforman²²⁷. Por este motivo, cuando la convivencia en la sociedad es pacífica se puede asociar el interés social al interés común, ya que se presupone que los socios actúan de forma cooperativa para alcanzar dicho objetivo, concedores que mediante el sacrificio personal se puede obtener un beneficio común²²⁸.

Sin embargo, esta relación de cooperación solo prevalecerá mientras subsista la “*affectio societatis*” inicial²²⁹. Desde el momento en el que surjan diferencias irreconciliables entre los socios, cada uno de ellos dejará de actuar en busca del beneficio común para centrarse en su interés particular debido a las dificultades que existen para poder salir de una sociedad cerrada y familiar, ante la inexistencia de un mercado bursátil ajeno. Es por ello que, correlativamente al interés social, cada socio ostenta un deber de fidelidad como consecuencia de la relación contractual suscrita²³⁰. Es el “*Treuepflicht*”²³¹ del derecho alemán, o el “*fiduciary duty*”²³² del derecho norteamericano, según los cuales, tendría que ser el medio para resolver los conflictos entre los socios que afecten a la misma empresa, ya que consiste en el deber de actuar, en sus relaciones con la sociedad,

jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (aspectos generales)”, *op. ct.*, 1995, pág. 1451.

²²⁶ MASSAGUER FUENTES, “La propagación de la ineficacia de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 5 a 8.

²²⁷ POLO SÁNCHEZ, E., “Abuso o Tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima”, *op. ct.*, págs. 64 a 67; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., “El interés social y el sistema de Gobierno Corporativo”, *op. ct.*, págs. 159 a 161.

²²⁸ POLO SÁNCHEZ, E., “Abuso o Tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima”, *op. ct.*, págs. 62 a 64.

²²⁹ PEINADO GRACIA, J., “Abnegación y silencio en la sociedad mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre el socio y su sociedad)”, *op. ct.*, pág. 5 a 6; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 11 a 18; HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 90 a 92.

²³⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Las aportaciones sociales”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 36/2011), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 1 a 2.

²³¹ REISER, T. y VEIL, R., *Recht der Kapitalgesellschaften*, Verlag Franz Vahlen, Múnich, 2010, págs. 74 a 76.

²³² O’NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, Thomson Reuters/West, Eagan, 2018, págs. 5.28 a 5.35.

buscando siempre el fin social²³³. Al no existir ninguna previsión concreta que lo defina, se configura como un deber genérico cuyo contenido es indeterminado, siendo necesario analizar cada caso y las circunstancias concretas para observar su aplicabilidad²³⁴. No obstante, cabe decir que no existe impedimento alguno en completar y especificar su contenido de manera estatutaria o parasocial, con el fin de salvaguardar el interés social durante la duración, previsiblemente prolongada, del contrato societario²³⁵. Este deber es la contraposición capitalista a los elementos personalistas de la sociedad de responsabilidad limitada, ya que, aunque siempre hablemos de la confianza de una sociedad familiar, o de una sociedad formada por dos amigos, estos deben tener presente la obligación de actuar en busca del fin social²³⁶.

Sin entrar en los debates sobre si el interés social coincide o debería coincidir con el interés legal o jurídico²³⁷, lo cierto es que se podría llegar a la conclusión de que en las situaciones de parálisis de los órganos societarios se ha producido una clara vulneración de este deber de fidelidad de cada socio. Como consecuencia de las diferencias irreconciliables entre los socios que caracterizan esta causa de disolución, todos o algunos de ellos han dejado de promover el fin común, provocando la situación de bloqueo²³⁸. Desde ese momento, el deber de fidelidad ya no se tiene en cuenta como código de

²³³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., “El interés social y el sistema de Gobierno Corporativo”, *op. ct.*, págs. 157 a 177; BOQUERA MATARREDONA, J., “La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 4 a 7.

²³⁴ ARROYO MARTÍNEZ, I., “Reflexiones en torno al interés social”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 240/2001). Civitas, Madrid, 2001, págs. 6 a 12; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., “El interés social y el sistema de Gobierno Corporativo”, *op. ct.*, págs. 162 a 167; BOQUERA MATARREDONA, J., “La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 8 a 9.

²³⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., “El interés social y el sistema de Gobierno Corporativo”, *op. ct.*, págs. 174 a 177; MASSAGUER FUENTES, “La propagación de la ineficacia de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital”, *op. ct.*, pág. 8.

²³⁶ ALONSO ESPINOSA, F., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (aspectos generales)”, *op. ct.*, págs. 1450 a 1452; BOQUERA MATARREDONA, J., “La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 7 a 9.

²³⁷ Sobre este aspecto se remite a la obra del profesor ARROYO MARTÍNEZ, el cual lo ejemplifica mediante la comparación del deber de disolver una empresa económicamente rentable. Ver en ARROYO MARTÍNEZ, I., “Reflexiones en torno al interés social”, *op. ct.*, págs. 12 a 13.

²³⁸ SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, *op. ct.*, págs. 161 a 166; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 11 a 18; FLAQUER RUITORT, J., “La paralización de la junta general de accionistas”, *op. ct.*, págs. 1883 a 1888; HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 90 a 92.

conducta para solucionar los conflictos internos, centrándose en motivos más pasionales. No obstante, el motivo por el que se aparta el interés social reside precisamente en el carácter cerrado y familiar de la sociedad ya que, más allá del derecho de separación y la facultad de exclusión que no son precisamente instrumentos ágiles, no existe fórmula jurídica en nuestro ordenamiento que permita la huida de tal situación²³⁹.

2.3.- Sociedades de responsabilidad limitada: Estatutos sociales y pactos parasociales (Mercantilidad y principios configuradores del tipo).

2.3.1.- Estatutos sociales.

La regulación de toda sociedad de capital tiene dos fuentes principales, la ley y los estatutos Sociales²⁴⁰. En el derecho de sociedades de capital, el principio de la autonomía de la voluntad domina las relaciones societarias, de tal forma que son los propios socios quienes establecen el alcance de estas a través de los estatutos sociales. Frente a la amplitud de este poder, la ley tiene como misión establecer el contenido mínimo que no puede ser objeto de disposición entre las partes, ya sea por razones de seguridad jurídica al tutelar directamente intereses individuales de los socios y terceros o por materias esenciales para la organización y funcionamiento de las sociedades²⁴¹.

Los estatutos sociales constituyen el conjunto de normas que regula la vida, el funcionamiento y la organización de la sociedad, que será oponible tanto a los socios, a

²³⁹ PEINADO GRACIA, J., “Abnegación y silencio en la sociedad mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre el socio y su sociedad)”, *op. ct.*, pág. 2 a 4.

²⁴⁰ VELASCO SAN PEDRO, L., “¿Institución o contrato? Reflexionando (una vez más) sobre el carácter imperativo o dispositivo que debiera tener el derecho de sociedades de capital”, en TOBÍO RIVAS, A., *Estudios de Derecho Mercantil. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. c. José Antonio Gómez Segade*. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 323 a 337; MOYA BALLESTER, J., “Artículo 23. Estatutos Sociales”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 354 a 356.

²⁴¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 39 a 44; MARTÍNEZ SANZ, F. y EMBID IRUJO, J., “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 7/1996), Aranzadi, Cizur Menor, 1996, págs. 14 a 15; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J., “La sociedad de Responsabilidad Limitada: Principios fundamentales. Disposiciones generales. Fundación” en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 1054 a 1056.

la propia sociedad y a terceros²⁴². Es tal su importancia que tienen que estar incorporados a la escritura de constitución, y si no se incluyen, no se puede constituir la sociedad (Artículo 22.1.D) de la Ley de Sociedades de Capital). A su vez, los estatutos sociales se rigen por el principio de libertad de pactos, respetando el contenido mínimo que siempre han de incluir²⁴³. El contenido mínimo de cualquier estatuto de una sociedad viene establecido en el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital. Según el mismo, deberán incluir la denominación social, el objeto social, el domicilio fiscal, el capital social, la forma de organización de la sociedad (órgano de administración) y el régimen de deliberación y adopción de acuerdos en junta general. Además de este contenido mínimo, como ya se ha puntualizado, al regirse los estatutos sociales por el principio de libertad de pacto, se puede incluir cualquier otra cláusula estatutaria siempre y cuando no sea contraria ni a la ley ni a los principios configuradores del tipo. En caso contrario, no se permitirá la inscripción de los estatutos en el Registro Mercantil²⁴⁴.

Respecto a la ley como límite al principio de libertad de pacto, la propia Ley de Sociedades de Capital establece, en el artículo 108, una serie de cláusulas que son ilícitas²⁴⁵. Estas son, la ya mencionada cláusula que haga prácticamente libre la transmisión de participaciones a través de actos *inter vivos*, aquellas por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas y las que hagan prácticamente imposible la transmisión de las participaciones sociales²⁴⁶ (salvo la cláusula que reconozca el derecho de separación en cualquier momento de vida de la sociedad). Mas allá de la concreción de estas tres cláusulas prohibidas, a su vez no se permitirán aquellas cláusulas que sean contrarias a la propia regulación mercantil de las sociedades de responsabilidad limitada,

²⁴² SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, *op. ct.*, págs. 141 a 144; VELASCO SAN PEDRO, L. y TAPIA HERMIDA, A., “De la fundación de la Sociedad”, en SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas (Tomo I)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, págs. 281 a 286; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., VIGERA RUBIO, J.M. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 339 a 342 y 370 a 371; MOYA BALLESTER, J., “Artículo 23. Estatutos Sociales”, *op. ct.*, págs. 354 a 356.

²⁴³ SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, *op. ct.*, págs. 134 a 141; FERNÁNDEZ RUIZ, J., “Cuestiones estatutarias de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 4 a 21; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J., “La sociedad de Responsabilidad Limitada: Principios fundamentales. Disposiciones generales. Fundación”, *op. ct.*, págs. 1054 a 1056.

²⁴⁴ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., VIGERA RUBIO, J.M. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 367 a 375.

²⁴⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, *op. ct.*, págs. 144 a 145.

²⁴⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 301 a 302

es decir, contrarias principalmente a la Ley de Sociedades de Capital y al Código de Comercio.

Además, al hablar de la ley en un sentido amplio, es necesario observar que los pactos que se desean incluir en los estatutos sociales no sean contrarios al ordenamiento jurídico en general, respetando el principio de jerarquía normativa. Entre otros, actúan como límite todas aquellas leyes que sean de aplicación dispositiva a falta de regulación expresa en la normativa mercantil²⁴⁷ (caso del Código Civil) o la propia Constitución, como norma suprema reguladora de todo el sistema jurídico español. Por último, al ser los estatutos sociales un contrato, serán de aplicación los límites generales del derecho de los contratos, es decir, además de la ley, se debe tener en cuenta el orden público y la moral²⁴⁸ (Artículo 1255 del Código Civil)²⁴⁹.

Respecto a los principios generales del tipo social de las sociedades de responsabilidad limitada, no existe ni definición legal ni un listado oficial que permita la concreción de los mismos²⁵⁰. Por ello, esta se ha producido a través de la jurisprudencia y la doctrina administrativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así

²⁴⁷ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 104 a 105; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., VIGERA RUBIO, J.M. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 370 a 371; VELASCO SAN PEDRO, L. y TAPIA HERMIDA, A., “De la fundación de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 320 a 323.

²⁴⁸ Un ejemplo concreto de la aplicabilidad de la moral como límite a la autonomía de la voluntad de las partes es el caso descrito en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de marzo de 1974: <https://boe.es/boe/dias/1974/04/01/pdfs/A06645-06646.pdf>; la cual denegaba una cláusula que establecía como causa de pérdida de la condición de socio a la viuda de un accionista que contrajese nuevo matrimonio, por ser contraria a la moral.

²⁴⁹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., VIGERA RUBIO, J.M. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 370 a 371; VELASCO SAN PEDRO, L. y TAPIA HERMIDA, A., “De la fundación de la Sociedad”, en SÁNCHEZ CALERO, F., *op. ct.*, págs. 281 a 286

²⁵⁰ El profesor DUQUE DOMÍNGUEZ se refería a ellos diciendo que: “*La naturaleza de estos principios informadores es semejante a la de los principios generales del Derecho. No se trata de meros valores o intereses que, existentes en la vida económica, pueden no haber encontrado concreción en la disciplina positiva de la sociedad anónima. Son principios que, aunque no se hayan enunciado formalmente en la norma jurídica, han encontrado aplicación y cauce en la concreta y vigente normativa de la LSA. Por lo tanto, no son meramente normas heurísticas, que puedan servir, como lugares comunes (topoi) para fundar un razonamiento, sino auténticas máximas que generan directamente, mediante su aplicación entre particulares. Son principios informadores de carácter general, procedentes de la adopción por el legislador de determinadas soluciones para resolver conflictos de intereses, de criterios generales estimados justos, no ante caso concreto sino ante la formulación de una norma abstracta de carácter legal*”. Ver en DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, pág. 107.

como por la doctrina científica²⁵¹, entendiéndose como tales aquellos elementos estructurales que definan el tipo social de la sociedad de responsabilidad limitada, y que, de acuerdo con la ley, no puedan ser objeto de disposición por las partes²⁵². No se trata solo de aquellas características que se puedan extraer directamente de preceptos de la ley, sino de aquellos elementos esenciales implícitos de su conjunto normativo regulador.

Por otro lado, en cuanto a su naturaleza jurídica, es posible equipararla a la de los principios generales del ordenamiento jurídico, al cumplir una función de fuente supletoria del derecho de sociedades²⁵³. Atendiendo a estas nociones doctrinales de principio configurador, se pueden concretar cuatro principios: 1.) Tipicidad del tipo social elegido; 2.) Prohibición absoluta de transmisión de las participaciones sociales y de 3.) Libertad absoluta de transmisión de las participaciones sociales; y 4.) Carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada. Junto estos cuatro principios configuradores del tipo, aunque no pueda ser incluido como tal, al ser un requisito indispensable de cualquier sociedad mercantil, es posible incluir como límite a la libertad de pacto, la mercantilidad, tanto objetiva como subjetiva, de la sociedad.

El primer principio configurador es el principio de tipicidad. Este hace referencia a la imposibilidad de incorporar cláusulas a los estatutos que desdibujen el tipo social elegido por otro distinto²⁵⁴. Aunque la propia ley califica a la sociedad de responsabilidad limitada como un tipo híbrido, su flexibilidad tiene determinados límites, de tal forma que nunca puede convertirse en una sociedad colectiva o en una anónima²⁵⁵. Por ello a la hora de constituir una sociedad se ha de elegir uno de los tipos legales establecidos en el

²⁵¹ MARTÍNEZ SANZ, F. y EMBID IRUJO, J., “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 22 a 23; GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, en IGLESIAS PRADA, J. (Coord.) *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 1869 a 1888.

²⁵² GUTIERREZ GILSANZ, J., “Escritura de constitución” en ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 2006, pág. 580.

²⁵³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 105 a 109.

²⁵⁴ GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 1877 a 1878

²⁵⁵ MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12974 a 12975; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., VIGERA RUBIO, J.M. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 369 a 375.

catálogo de sociedades de capital²⁵⁶. A su vez, por motivos de seguridad jurídica, no podrán incorporarse cláusulas que den lugar a formas societarias no previstas por el legislador. En concreto deberá asegurarse de respetar tres características inviolables²⁵⁷: (1) el carácter de sociedad de capital, el cual dividido en participaciones y formado por las aportaciones de los socios, (2) la responsabilidad limitada, por lo que los socios no pueden responder personalmente de las deudas sociales y (3) Estructura corporativa, formada por órgano de administración y junta general.

El segundo y tercer principio son la prohibición absoluta y la libertad absoluta de transmisión de las participaciones. Estos principios son los únicos previstos expresamente como cláusulas nulas de cualquier estatuto social por la ley. El carácter híbrido de las sociedades de responsabilidad limitada, que hace que estén presenten rasgos tanto de las sociedades personalistas como capitalistas, hace que haya que respetar algunas de las características básicas de ambos tipos²⁵⁸. La libertad absoluta de transmisión de las participaciones sociales es contraria a ese carácter personalista de su fundación²⁵⁹. Siendo el origen la confianza en las cualidades personales del otro socio, establecer cláusulas que permitan absolutamente esa libertad de transmisión provocaría la entrada en la sociedad de terceros extraños, que adolezcan de esa confianza inicial. Por otro lado, la prohibición absoluta de transmisión de las participaciones sociales es contraria a los principios básicos de cualquier sociedad de capital²⁶⁰. Al permitir la posibilidad de sociedades de carácter cerrado, se permite la restricción de la transmisión de las participaciones sociales en este tipo de sociedad. Sin embargo, la imposibilidad absoluta de transmisión es contraria a la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

²⁵⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 6. Indicación del tipo social”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 214 a 218

²⁵⁷ GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 1878 a 1880; MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12974 a 12977; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., VIGERA RUBIO, J.M. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 369 a 372

²⁵⁸ MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12974 a 12975.

²⁵⁹ En ese sentido se pronunció la Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notaria, de 25 de septiembre de 2003: <https://boe.es/boe/dias/2003/10/20/pdfs/A37493-37494.pdf>; estableciendo además que supondría una vulneración frente al principio de garantía del capital social.

²⁶⁰ En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notaria, de 7 de marzo de 2000: <https://boe.es/boe/dias/2000/03/31/pdfs/A13610-13612.pdf>.

propia configuración como sociedad de capital de la sociedad de responsabilidad limitada, ya que la normativa no la excluye, sino que la somete a determinados requisitos²⁶¹.

El cuarto principio, el carácter cerrado de la sociedad, es una de las características estructurales de este tipo de sociedades. Se trata del principio más amplio de los cuatro, y que podría ser incluido en cualquiera de los 3 principios anteriores. Sin embargo, se trata de los pocos principios configuradores del tipo reconocido tanto jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo²⁶² como por la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁶³, por lo que se le otorga esa condición de principio configurador independiente. A pesar de esta generalidad, el objetivo de este principio es diferenciarla principalmente del carácter abierto de la sociedad anónima²⁶⁴. El carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada hace que no pueda acudir al ahorro público para su financiación, sino que debe nutrirse de los socios, como inversores empresariales y no financieros, lo que restringe la circulación de entradas y salidas por parte de socios de la misma²⁶⁵. No obstante, es importante decir que el carácter cerrado no implica la imposibilidad de entrada de cualquier tercero, decretando un “cierre perpetuo”, lo que sería contrario a su vez al principio de prohibición absoluta de transmisión, sino como ya hemos dicho supeditarla a requisitos que protejan dicho carácter²⁶⁶.

²⁶¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 200 a 202.

²⁶² STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 796/2011 de 15 de noviembre de 2011. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7bf505c0e05e643e/20111216>

²⁶³ Entre otras: Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notaria, de 5 de julio de 2011: <https://boe.es/boe/dias/2011/09/17/pdfs/BOE-A-2011-14838.pdf>; Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notaria, de 7 de octubre de 2013: <https://boe.es/boe/dias/2013/11/07/pdfs/BOE-A-2013-11657.pdf>; Resolución núm. 8863/2019, de la Dirección General de los Registro y del Notaria, de 23 de mayo de 2019: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/06/13/pdfs/BOE-A-2019-8863.pdf>;

²⁶⁴ MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12963 a 12964.

²⁶⁵ MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12963 a 12964; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs.301 a 305; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., VIGERA RUBIO, J.M. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 370 a 372.

²⁶⁶ MARTÍNEZ SANZ, F, y EMBID IRUJO, J., “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 24 a 25; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 301 a 3010.

Teniendo en cuenta todos estos límites, algunas de las cláusulas que se admiten en los estatutos sociales son²⁶⁷: Causas de separación, causas de exclusión, previsión de transformación en sociedad anónima, forma de deliberación en la junta general, fijación de prestaciones accesorias. Más dudas existen sobre la posibilidad de incorporar las cláusulas estudiadas en el presente trabajo y que serán objeto de una mayor explicación en su apartado correspondiente. En esencia, la mayoría de las cláusulas se consideran “compraventas forzosas de participaciones”, de tal forma que existen dificultades acerca de su compatibilidad con el ordenamiento jurídico español, así como con los principios configuradores del tipo y las leyes mercantiles.

2.3.2.- Pactos parasociales.

Además de la ley y los estatutos sociales, los pactos parasociales se configuran como medio válido de creación de obligaciones entre los socios. La jurisprudencia²⁶⁸ los ha definido como “*aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos, y afirmaron que son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad*”. Este tipo de pactos, al ser independientes del propio negocio fundacional y la escritura, y, por tanto, no vincular a la propia sociedad, provocan que no se puedan considerar como fuente normativa del derecho societario en un sentido estricto. Sin embargo, la frecuencia de los mismos en el tráfico jurídico, así como su capacidad para regular las relaciones jurídicas entre los socios, los han convertido en un medio eficaz para generar obligaciones entre ellos, en todo aquello que no pueda ser regulado a través de los estatutos sociales²⁶⁹.

²⁶⁷ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., VIGERA RUBIO, J.M. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 367 a 375; SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, *op. ct.*, 1994, págs. 149 a 155; PALÁ LAGUNA, R., “La Fundación de la Sociedad. Escritura Fundacional y Estatutos Sociales”, *op. ct.*, págs. 274 a 278.

²⁶⁸ STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 120/2020, de 20 de febrero de 2020. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/555e1efa4ccd05a7/20200228>; STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 128/2009, de 6 de marzo de 2009. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/816daa294fcea059/20090326>; STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 103/2016, de 25 de febrero de 2016. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5e929cc07b539951/20160307>.

²⁶⁹ GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 1869 a 1875; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, en TOBÍO RIVAS, A., *Estudios de Derecho Mercantil. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 175 a 176; PAZ-ARES, C., “Los pactos parasociales. Su eficacia”, en

Conocidos en el derecho internacional como “*shareholders agreement*”, se han configurado como uno de los medios más idóneos para regular y prever los distintos conflictos que pueden surgir entre los socios, así como la manera de solucionarlos a través de los mecanismos de desbloqueo “*Deadlock clauses*”²⁷⁰. La función de este tipo de acuerdos, también conocidos como pactos reservados, es la regulación del interés común de la sociedad, o de una conducta social determinada, que sea complementaria al régimen legal establecido a través de la constitución de la sociedad²⁷¹.

Al no existir necesidad de inscripción en el Registro Mercantil, como sucede con los estatutos, no son objeto de examen previo por parte del mismo registrador. Por ello cuentan con una gran flexibilidad respecto a su régimen²⁷². Sin embargo, el hecho de que no sea necesaria su inscripción provoca que solo sean oponibles a los propios socios firmantes y no a la sociedad o a terceros, en consonancia con el principio de publicidad del propio registro. Esta situación tiene dos consecuencias prácticas. Por un lado, este tipo de cláusulas nunca será oponible a terceros contratantes con la sociedad, puesto que solo genera obligaciones para los propios socios. Por otro, en caso de que un socio transmita sus participaciones a un tercero, o cualquier otro caso en el que una nueva persona pase a formar parte de la sociedad, no se le podrán oponer tales pactos parasociales, salvo que expresamente los acepten. Sin embargo, que no sea obligatoria su inscripción registral, no significa que no puedan inscribirse, de tal forma que, si esto ocurre, adquirirán todos los beneficios de este acto²⁷³. A pesar de la flexibilidad que ofrecen este tipo de pactos en

GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. y GARRIDO DE PALMA, V., *El patrimonio Familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, (T. IV)*, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 710 a 711.

²⁷⁰ WOLFRAM, J., *Us-amerikanischer Deadlock und Selbstblockade der GmbH-Organen*, J. WOLFRAM, Hamburgo, 1999, págs. 19 a 62; O'NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice, op. ct.*, págs. 7.159 a 7.164; HOPT, K. J., “Corporate Governance in Germany” en HOPT, K. J. y WIMEERSCH, E., *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, págs. 299 a 303.

²⁷¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en *Revista de Derecho de Sociedades (núm. 29/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 41 a 43; PAZ-ARES, C., “Los pactos parasociales. Su eficacia”, *op. ct.*, págs. 713 a 728; JUSTE MENCÍA, J., “Pactos parasociales e impugnación de acuerdos sociales: el acceso de las minorías al consejo”, en *2009. Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 1 a 3.

²⁷² JUSTE MENCÍA, J., “Pactos parasociales e impugnación de acuerdos sociales: el acceso de las minorías al consejo”, *op. ct.*, págs. 7 a 9; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, *op. ct.*, págs. 176 a 181.

²⁷³ La decisión de inscripción de los pactos parasociales en el registro mercantil, supone dejar la posibilidad de la inscripción bajo la inspección del registrador, quien podrá denegarla o aprobarla. En cualquier caso,

comparación con los estatutos, esto no significa que sea válido cualquier tipo de pacto²⁷⁴. La jurisprudencia tiene establecido²⁷⁵ que será nulo cualquier pacto parasocial que supere los límites impuestos por la autonomía de la voluntad. Al igual que sucedía con los estatutos, los pactos parasociales son contratos entre dos o más personas que reúnen la condición de socios en una misma sociedad por lo que se encuentran sujetos a los principios del derecho de contratos.

Dentro de los pactos parasociales, existe una variante conocida como protocolos familiares, vinculados directamente a las sociedades familiares. La utilización de este tipo de acuerdos como mecanismo de gestión empresarial comenzó a generalizarse principalmente en EEUU en las dos últimas décadas del siglo XX, bajo la forma de “*Family Constitution*” o “*Family agreement*”²⁷⁶, configurándose y recomendándose como un instrumento eficaz de gobierno corporativo de prevención de conflictos internos en el seno de la sociedad que aseguren la supervivencia de la misma. El protocolo familiar, se define²⁷⁷ como el conjunto de pactos celebrados entre familiares y terceros, integrados en una empresa familiar, cuyo objetivo es la regulación de la relación entre la empresa y la propia familia, de tal forma que se asegure ese afán de continuidad en el tiempo, intrínseco al carácter de toda empresa familiar. Para ello, a través del protocolo familiar se incluyen mecanismos que permitan la supervivencia de la sociedad en caso de que se produzca el conflicto societario (ya sea previniendo el mismo conflicto o estableciendo mecanismos que permitan solucionarlo).

Así concebido, se puede entender que el protocolo familiar “*como instrumento de gobierno de la empresa familiar, puede servir para legitimar la eventual adopción de*

la denegación de inscripción de alguna de las cláusulas no impedirá la inscripción de resto de cláusulas que gocen del visto bueno del registrador.

²⁷⁴ PAZ-ARES, C., “La validez de los pactos parasociales”, en *Diario la Ley* (núm. 7714/2011), La Ley, Madrid, 2011, pág. 1 a 6.

²⁷⁵ STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 589/2014, de 3 de noviembre de 2014. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c150a1c9440d5611/20141121>

²⁷⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo Familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. ct., págs. 18 a 19; CARRASCO PEREA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, op. ct., págs. 565 a 566

²⁷⁷ GARRIDO DE PALMA, V., “La familia empresaria: su protocolo”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (tomo 44), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, págs. 94 a 123; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, op. ct., 2013, págs. 186 a 187; CARRASCO PEREA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, op. ct., págs. 565 a 568; DÍAZ GÓMEZ, M., y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, en *Pecunia* (núm. 12/ enero-junio 2011), Universidad de León, León, 2011, págs. 96 a 103.

*instrucciones que en interés de la empresa familiar «vinculen» a los titulares del órgano de administración de las sociedades familiares»*²⁷⁸. Su naturaleza jurídica corresponde a la de un contrato *inter vivos* atípico, puesto que no está previsto por nuestro ordenamiento jurídico, así como plurilateral, ya que debe ser firmado por todos los miembros de la empresa familiar, pues en otro caso carecería de eficacia práctica. La posibilidad de su inscripción en el Registro Mercantil, y los efectos de su publicidad, se encuentran contemplados específicamente en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares²⁷⁹. Esta norma excluye la posibilidad de que sean aplicados a sociedades cotizadas (Artículo 1 del Real Decreto 171/2007), y prevé que la inscripción sea solicitada por el órgano de administración de la sociedad familiar (Artículo 5 del Real Decreto 171/2007).

El contenido del mismo no puede ser concretado ya que dependerá de cada caso concreto y de la forma en la que los socios de la empresa familiar quieran articularlo, pero al ser un subtipo de pacto parasocial, se debe aplicar la misma normativa básica respecto de sus límites. Algunas de las cláusulas que suelen incluirse en este tipo de pactos son²⁸⁰: Pactos sobre la filosofía o cultura empresarial, sobre sometimiento a auditorías internas, sobre el derecho de participación en la constitución de sociedades filiales, sobre la entradas o salida de miembros de la sociedad, sobre el compromiso de adopción de acuerdos sociales con quórum mínimos determinados, y pactos sobre mecanismos de resolución o prevención de conflictos.

Respecto a los mecanismos de resolución o prevención de conflictos, que son inherentes a la propia naturaleza del protocolo familiar por su vocación de mantenerse en el tiempo, van dirigidos principalmente a evitar la producción de la causa de disolución del bloqueo societario. Siendo la empresa familiar un tipo de sociedad cuyas características se acercan a la de las sociedades de personas dado que se pretende dar una

²⁷⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, *op. ct.*, pág. 47.

²⁷⁹ DÍAZ GÓMEZ, M., y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 93 a 96; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, *op. ct.*, pág. 9 a 10.

²⁸⁰ GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 1873 a 1881; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo Familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, *op. ct.*, págs. 107 a 155; DÍAZ GÓMEZ, M., y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 105 a 109.

mayor importancia a los miembros de la familia, es natural que los conflictos de este tipo de sociedades también se extrapolen a las sociedades de capital de tipo familiar²⁸¹. Sin embargo, para aquellos bloqueos que se produzcan como consecuencia de la existencia de dos grupos en la sociedad, con una distribución paritaria, la mayoría de los mecanismos utilizados en la práctica jurídica se han revelado ineficaces. Una de las principales razones se puede encontrar en que, al igual que sucede en los demás pactos parasociales, estos acuerdos no son oponibles a la sociedad, por lo que, en caso de que un socio no respete lo acordado previamente, la situación de bloqueo se mantendrá (todo ello, sin perjuicio de las repercusiones legales que tendría el incumplimiento del acuerdo firmado²⁸²).

2.4.- Sociedades de responsabilidad limitada: Capital social y régimen de las participaciones sociales.

Aunque tanto el carácter cerrado como la introducción de aquellos aspectos jurídicos más cercanos al ámbito de las sociedades personalistas, son el origen social del bloqueo, las causas más puramente orgánicas y capitalistas surgen como consecuencia de la propia configuración del régimen legal del capital social y de las participaciones sociales. En este sentido, ambos constituyen los dos elementos de las sociedades de responsabilidad limitada que permiten obtener la condición de socio, así como su posición dentro de la sociedad.

2.4.1.- Capital social.

Como ya se ha dicho, una sociedad de responsabilidad limitada existe desde el momento en el que se inscribe en el Registro Mercantil, y por tanto sus miembros adquieren todos los derechos, deberes y obligaciones que el ordenamiento les otorga desde ese momento. Sin embargo, la condición de socio se adquiere por un fundamento distinto, ya que va ligada a la titularidad de las participaciones²⁸³. La sociedad surge a

²⁸¹ CARRASCO PEREA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, *op. ct.*, pág. 557.

²⁸² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, pág. 155 a 158.

²⁸³ VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de las Participaciones Sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 17 a 20; ALONSO ESPINOSA, F., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (aspectos generales)”, *op. ct.*, págs. 1446 a 1448; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de

través de un contrato, siendo el capital social uno de los elementos esenciales a la tipicidad jurídica del mismo²⁸⁴. Este requisito se debe a la necesidad, como en cualquier otra empresa, de tener una base patrimonial para que esta pueda actuar y cumplir el fin social²⁸⁵. Es por ello que este capital se forma a través de las aportaciones de los futuros socios, los cuales, como prestación del contrato suscrito, se comprometen a crear este fondo común. A su vez, como contraprestación reciben de la sociedad las participaciones equivalentes a lo aportado²⁸⁶. Y por ello las participaciones sociales representan partes alícuotas del capital (artículo 90 Ley de Sociedades de Capital), sirviendo como fundamento de la cualidad del socio obligatoria²⁸⁷. Por tanto, el capital es uno de los elementos configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada, así como uno de los requisitos indispensables para la fundación de la misma²⁸⁸, siendo necesario precisar su concepto, sus funciones, así como los principios que la regulan²⁸⁹.

En relación a su concepto, es un aspecto puramente contable, ya que se trata de una cifra numérica o abstracción matemática que se obtiene del conjunto de las aportaciones efectivas, que debe reflejarse en los estatutos y permanecer invariable en cuanto no sea modificado estatutariamente²⁹⁰. A través de esta cifra se vincula los valores

capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 438.

²⁸⁴ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. ct.*, págs. 50 a 51; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 48 a 50.

²⁸⁵ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. ct.*, págs. 50 a 51.

²⁸⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Las aportaciones sociales”, *op. ct.*, págs. 1 a 3.

²⁸⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 48 a 50; RONCERO SÁNCHEZ, A., “Acciones y participaciones”, *op. ct.*, págs. 5 a 6; DÍAZ MORENO, A., “Artículo 90. Participaciones sociales y acciones”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, págs. 763 a 764; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, págs. 435 a 546;

²⁸⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Artículo 5. Prohibición de capital inferior al mínimo legal”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 209 a 210; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 48 a 50; VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de las Participaciones Sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 17 a 18.

²⁸⁹ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 97 a 99.

²⁹⁰ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. ct.*, págs. 50 a 51; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., VIGERA RUBIO, J.M. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 388 a 390; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, pág. 435 a 438.

del activo social a la garantía de los acreedores²⁹¹. Por ello y aunque sirva para acercarlo²⁹², no debe ser confundido con el patrimonio de la sociedad. Mientras que el patrimonio hace referencia al conjunto de bienes y derechos, evaluables económicamente, que pertenecen a la sociedad, los cuales pueden variar con el paso del tiempo, el capital social es un elemento estructural estable de la sociedad cuyas funciones son organizar y servir de garante de la sociedad²⁹³.

Aunque se haya contextualizado como un aspecto puramente matemático, esto no debe servir para devaluar sus funciones, ya que como defendía la profesora ALONSO LEDESMA²⁹⁴, el instituto del capital social, “*desde el siglo XIX constituye una piedra angular sobre la que reposa el entero edificio de las sociedades de capital*”. No se puede olvidar que, como parte del mismo capital, las participaciones que ostenta cada socio también tienen asignadas un valor nominal, cuyas sumas totales deben coincidir con la cifra de la capital social determinada en los estatutos sociales²⁹⁵. En este sentido, se convierte en una unidad de medida, es decir, un módulo para medir la intensidad de cualquier conflicto que ocurra dentro de la estructura social²⁹⁶. Por este motivo, en muchas ocasiones, lo relevante no será los derechos que otorgue la condición de socio, sino el número de participaciones que ostenta cada uno²⁹⁷. En concreto se reflejará a través de su función organizativa y de garantía.

La función organizativa hace referencia a que, a través del capital social, se fijará la posición del socio en función de las participaciones sociales recibidas. En este punto,

²⁹¹ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 98 a 99.

²⁹² GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 48 a 50; VELASCO ALONSO, A., “El contenido económico de la cifra capital en las sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 22/1949), Civitas, Madrid, 1949, págs. 1 a 3.

²⁹³ ARROYO MARTÍNEZ, I., “El capital autorizado”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 178/1985), Civitas, Madrid, 1985, págs. 1 a 2; MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 98 a 99; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Supuestos anómalos de aportaciones sociales. Aportaciones “a non dominio”, de bienes futuros y de uso” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y ESTEBAN VELASCO, G., *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, págs. 683 a 686; VELASCO ALONSO, A., “El contenido económico de la cifra capital en las sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 1 a 3.

²⁹⁴ ALONSO LEDESMA, C., “La cuestión del Capital en la PYME (1)”, *op. ct.*, pág. 292.

²⁹⁵ DÍAZ MORENO, A., “Artículo 90. Participaciones sociales y acciones”, *op. ct.*, págs. 763 a 765.

²⁹⁶ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. ct.*, págs. 51 a 57; DÍAZ MORENO, A., “Artículo 90. Participaciones sociales y acciones”, *op. ct.*, págs. 764 a 765.

²⁹⁷ DÍAZ MORENO, A., “Artículo 90. Participaciones sociales y acciones”, *op. ct.*, págs. 764 a 765.

lo importante es que cada participación ostenta un valor nominal. Esta posición puede ser explicada en atención a su esfera externa e interna. Comenzando con la externa, como ya se explicó con anterioridad, la principal característica de toda sociedad de capital reside en la responsabilidad limitada de sus socios, lo que se traduce en que solo responderá la sociedad con todo su patrimonio. El capital cumple la función de determinar el alcance de la responsabilidad concreta de cada socio, ya que estos responderán de manera limitada a lo aportado. En este sentido, habrá que atender al valor nominal de sus participaciones sociales, ya que reflejarán la parte del capital social equivalente y por tanto su responsabilidad. En cuanto a la dimensión interna de esta función, sirve para ordenar tanto la estructura financiera como la orgánica de la social²⁹⁸. Mediante el otorgamiento de la escritura de constitución, el socio no solo adquiere una posición contractual en la sociedad, sino un conjunto de derechos y obligaciones, tanto de carácter patrimonial como administrativo, que le hacen aparecer como una realidad unitaria²⁹⁹. De esta forma, se establece la relación y posición jurídica entre los socios y la propia sociedad, pero la intensidad con la que pueda ejercitar tales derechos frente a ellos dependerá del número de participaciones que posea³⁰⁰. En función de las participaciones recibidas se podrá incidir, en mayor o menor medida, en materias, como la composición de los órganos sociales, el voto en la junta general para la adopción de acuerdos, la determinación de beneficios y repartos de dividendos, o materias como reducción del capital y disolución la sociedad por pérdidas³⁰¹. Por otro lado, es importante matizar que existen determinados derechos del socio, cuyos usos sí que están ligados directamente a la cualidad del socio, tales como el derecho de información o la impugnación de acuerdos sociales, de tal forma que no será relevante para su ejercicio el número total de participaciones que ostente³⁰².

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

²⁹⁸ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 101 a 103.

²⁹⁹ MENÉNDEZ, A., “La configuración y la representación de la participación social”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán Liber Amicorum*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 230 a 232; VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de las Participaciones Sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 17 a 18.

³⁰⁰ En este sentido cabe destacar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de mayo de 2013: <https://www.boe.es/boe/dias/2013/06/28/pdfs/BOE-A-2013-7036.pdf>;

³⁰¹ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 101 a 103; ALONSO ESPINOSA, F., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (aspectos generales)”, *op. ct.*, págs. 1453 a 1456.

³⁰² MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 101 a 103; ALONSO ESPINOSA, F., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (aspectos generales)”, *op. ct.*, págs. 1453 a 1456.

En ambas esferas, el régimen de distribución de participaciones dependerá de las aportaciones realizadas al capital. No obstante, es necesario determinar el concepto concreto de aportación social. Una primera concepción es la obligación que asume el socio, junto al deber de lealtad y el resto de deberes conexos, y que constituye el presupuesto jurídico fundamental para adquirir la condición de socio³⁰³. El artículo 58 de Ley de Sociedades de Capital, establece que podrá ser objeto de aportación social, y, por tanto, integrarse en el capital social, cualquier bien o derecho, susceptible de valoración económica. Por lo que, podrá integrarse en el capital social, cualquier bien o derecho, valorable económicamente, que los socios “*pongan en común*”, contribuyendo a la formación de un patrimonio separado, con el que se pueda alcanzar el fin social³⁰⁴, siendo necesario que el mismo ascienda como mínimo a tres mil euros. De esta forma, el capital social no es necesario que sea integrado exclusivamente por prestaciones dinerarias, sino que el mismo puede ser formado a través de prestaciones no dinerarias, como bienes inmuebles, valorables económicamente, o incluso participaciones sociales de otras sociedades.

Como excepción a este principio, y en consonancia al propio régimen jurídico de las sociedades de capital, no podrá ser objeto de aportación social el trabajo realizado o los servicios prestados a la sociedad, por uno de los socios (Artículo 58.2 de la Ley de sociedades de Capital). Su explicación es que este tipo de aportaciones no son aptas para integrar el capital social³⁰⁵. Sin embargo, esto no significa que el socio no pueda aportar trabajo o servicios a la sociedad, sino que el mismo no podrá ser integrado en el capital social como aportación social, aunque puede incorporarse como prestación accesoria a través de los estatutos sociales. Por ello, el capital social está compuesto de las aportaciones sociales efectivas realizadas por los socios y que, en función de las mismas, el socio adquirirá una determinada posición³⁰⁶, así como se fijará el límite de la

³⁰³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 58. Objeto de la aportación”, *op. ct.*, págs. 557 a 560; ALONSO ESPINOSA, F., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (aspectos generales)”, *op. ct.*, págs. 1448 a 1452; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 424 a 427.

³⁰⁴ LOJENDIO OSBORNE, I., “Aportaciones Sociales”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dirs), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 1ºA, Civitas, Madrid, 1999, págs. 521 a 523; ALONSO ESPINOSA, F., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (aspectos generales)”, *op. ct.*, págs. 1448 a 1449.

³⁰⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Supuestos anómalos de aportaciones sociales. Aportaciones “a non dominio”, de bienes futuros y de uso”, *op. ct.*, págs. 683 a 685; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 426 a 427.

³⁰⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Las aportaciones sociales”, *op. ct.*, págs. 1 a 3; VELASCO ALONSO, A., “El contenido económico de la cifra capital en las sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 2 a 3; GARCÍA DE

responsabilidad del propio socio. Es un hecho que, tratándose de sociedades cerradas, hay muchas pequeñas y medianas empresas que se constituyen con dos únicos socios, que aportan el mismo capital a la sociedad, y que por tanto obtienen una distribución paritaria de las participaciones sociales.

Respecto a la función de garantía del capital social, se puede decir que es el aspecto más importante y al que el legislador más atención dedica dado el sistema de irresponsabilidad de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada³⁰⁷. Se debe recordar que el capital social constituye la base de la solvencia de cualquier sociedad. Se podría entender que cuando los socios realizan las aportaciones, lo hacen con el fin de dicha puesta en común sirva como base para la prosecución del fin social. Sin embargo, el fundamento jurídico de la creación del capital social es distinto y directamente ligado a la exigencia legal de una cantidad mínima (artículos 4 y 5 de la Ley de Sociedades de Capital), ya que los acreedores no tienen más garantías que el patrimonio social³⁰⁸. Su objetivo es el de generar la seguridad jurídica suficiente como medio de solvencia frente a terceros que quieran operar con ella. La inconsistencia material del propio capital, provoca que sea necesario darle un valor contable formal de retención sobre el patrimonio de la sociedad. Se genera así la primera partida contable del pasivo del balance de la sociedad, que se debe corresponder con la existencia real de un patrimonio que pueda hacer frente a las deudas de la sociedad³⁰⁹. Es por ello que resulta necesario que la distribución de las participaciones se corresponda con una efectiva aportación al capital social, siendo causa de nulidad que no se produzca en tales términos³¹⁰.

En estos términos, se puede hablar también de una función de garantía legal, respecto al propio ordenamiento jurídico, ya que su existencia efectiva constituye un

ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 424 a 427.

³⁰⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 48 a 49; MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, pág. 99; LOJENDIO OSBORNE, I., “Aportaciones Sociales”, *op. ct.*, págs. 517 a 521.

³⁰⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 48 a 49; MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 99 a 101.

³⁰⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Supuestos anómalos de aportaciones sociales. Aportaciones “a non dominio”, de bienes futuros y de uso”, *op. ct.*, págs. 687 a 689; ALONSO LEDESMA, C., “La cuestión del Capital en la PYME (1)”, *op. ct.*, págs. 293 a 294.

³¹⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Las aportaciones sociales”, *op. ct.*, págs. 3 a 5.

requisito indispensable para la propia adquisición de tipo social elegido³¹¹. En este sentido, tal y como se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado, cualquier modificación del mismo debe sujetarse a los mismos principios y reglas de la constitución de la sociedad³¹². Esto se debe a que el capital social debe servir de respaldo de la formación y mantenimiento del patrimonio social³¹³ así como todos aquellos aspectos organizativos de la sociedad. Por ello, nunca podrá ser inferior a la cantidad determinada por la ley, incurriendo en causa de disolución en caso de que lo haga.

De acuerdo con el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital, se prevén dos causas de disolución relacionadas con la reducción del capital social: pérdidas que provoquen que el patrimonio neto de la sociedad sea inferior a la mitad del capital social de la sociedad y que se produzca una reducción del capital social, inferior al mínimo legal, siempre y cuando no sea consecuencia del cumplimiento de una ley. Al establecer este tipo de causas de disolución se pretende dar seguridad jurídica al mercado con el fin de evitar la existencia de sociedades insolventes operando en el tráfico jurídico, remitiéndose para ellos a hechos o datos objetivos no susceptibles de interpretación³¹⁴, con las que terceros acreedores no puedan satisfacer sus créditos, debido a la reducción del patrimonio de la sociedad³¹⁵.

Como consecuencia de la importancia de estas funciones, se ha establecido una serie de principios que deben asegurar su cumplimiento. Conocidos como principios

³¹¹ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “El capital social mínimo: Consideraciones de política y de técnica legislativas”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 178/1985), Civitas, Madrid, 1985, págs. 7 a 9; DE LA CAMARA, M., “El principio de capital mínimo”, en IGLESIAS PRADA, J. (Coord.) *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 1539 a 1540.

³¹² Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de mayo de 2013: <https://www.boe.es/boe/dias/2013/06/28/pdfs/BOE-A-2013-7036.pdf>.

³¹³ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. cit.*, págs. 99 a 101.

³¹⁴ En este sentido, STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 215/2020, de 1 de junio de 2020. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e58d4d728b95c7d0/20200615>; STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 601/2019, de 8 de noviembre de 2019. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/82af78b592f85952/20191118>.

³¹⁵ BATALLER GRAU, J., “La Disolución”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Disolución y Liquidación de las Sociedades Mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 41 a 42.

ordenadores del capital social³¹⁶, pueden ser resumidos en uno único consistente en el principio de conservación o defensa del capital³¹⁷. Aunque la sociedad de responsabilidad limitada tenga ese carácter híbrido que mezcla tanto elementos personalistas como capitalistas, junto a la misma mención de la limitación de la responsabilidad, el principio de protección del capital, es una de las máximas que siempre debe estar presente en su naturaleza. Por ello, el capital social ha de ser único, expresado en euros y estar determinado en los estatutos sociales. Esta cantidad ha de mantener cierta correspondencia con el patrimonio social a lo largo de la vida de la empresa ya que como ya se ha señalado, los acreedores tienen como única garantía el patrimonio social. En el momento fundacional esta equivalencia será exacta ya que el patrimonio se corresponderá con las aportaciones efectivas realizadas por los socios. Sin embargo, a lo largo de la vida de la sociedad se deberá de mantener cierta identidad, en la medida de que el patrimonio nunca podrá ser inferior a dicha cifra, estableciéndose múltiples sistemas para extender la responsabilidad a socios y administradores en tales supuestos³¹⁸. Por estos motivos, ha de permanecer estable e invariable, de tal forma que solo puede ser modificado si se cumplen los requisitos establecidos a tal efecto³¹⁹. El objetivo de esta rigurosidad es doble. Al ser una garantía frente a terceros, su modificación quedará sujeta no solo a las normas internas de la sociedad, sino a requisitos de orden público derivados de la necesidad de inscripción. Por otro lado, el capital social se forma a través de aportaciones sociales y está dividido en participaciones alícuotas. Esta equivalencia tiene que mantenerse en todo momento, existiendo siempre una identidad entre la cifra del capital y la suma de todos los valores nominales de las participaciones³²⁰. Por ello, cualquier aumento o reducción del capital, debe reflejarse en esta estructura, tanto financiera como organizativa.

³¹⁶ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. ct.*, págs. 51 a 57; MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 110 a 121; ALONSO LEDESMA, C., “La cuestión del Capital en la PYME (1)”, *op. ct.*, págs. 294 a 295.

³¹⁷ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. ct.*, págs. 51 a 57.

³¹⁸ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 112 a 115; DE LA CAMARA, M., “El principio de capital mínimo”, *op. ct.*, págs. 1541 a 1543.

³¹⁹ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. ct.*, págs. 54 a 55; ARROYO MARTÍNEZ, I., “El capital autorizado”, *op. ct.*, págs. 1 a 3; MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 115 a 117;

³²⁰ DÍAZ MORENO, A., “Artículo 90. Participaciones sociales y acciones”, *op.*, pág. 764; ALONSO LEDESMA, C., “La cuestión del Capital en la PYME (1)”, *op. ct.*, págs. 294 a 295; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Las aportaciones sociales”, *op. ct.*, págs. 3 a 4.

Por último, siempre existirá un capital mínimo, ligado principalmente a la función de garantía y determinado por la ley³²¹. No es este el lugar donde discutir si el mínimo legal establecido es el correcto o no. Simplemente se debe tener en cuenta de que en ningún caso se debe producir la infracapitalización por debajo de dicha cantidad, ya que su principal efecto no sería el de causar un perjuicio a terceros, sino que la misma sociedad incurriese en causa de disolución³²².

Para acabar este apartado, este principio de defensa del capital está íntimamente relacionado con el de conservación de la empresa. Este consiste en que, cualquier empresa, como fuente de riqueza, que vaya a disolverse lo hará no solo en su propio perjuicio, sino en el de terceros, trabajadores y, en definitiva, en el del interés general³²³. Por ello, para la interpretación y aplicación de sus normas, se debe tener como una de máximas este principio en aras de evitar su desaparición en la medida que sea posible. Lo cierto es que, cuando una empresa haya adoptado uno de los tipos de las sociedades de capital, es evidente que uno de los objetivos de este principio de conservación de la empresa se encontrará íntimamente debe residir en proteger el capital social, como eje estructural de cualquier sociedad. En este sentido, es más que subsumible que su defensa irá siempre ligada al más que difuso concepto del interés social.

Por todo ello, se puede concluir que este principio genérico no tiene solo como objeto la necesidad de mantener indemnes las garantías de los acreedores, sino que también la propia necesidad de proteger a la sociedad, su estructura y su normal funcionamiento, para evitar su desaparición removiendo dicha causa³²⁴, de tal forma que será impugnabile cualquier acuerdo que suponga una alteración del capital social sin que

³²¹ MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, *op. ct.*, págs. 117 a 122; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Artículo 5. Prohibición de capital inferior al mínimo legal”, *op. ct.*, págs. 209 a 210.

³²² ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Artículo 5. Prohibición de capital inferior al mínimo legal”, *op. ct.*, págs. 210 a 213; DE LA CAMARA, M., “El principio de capital mínimo”, *op. ct.*, págs. 1543 a 1545.

³²³ RUBIO, J., *El principio de conservación de la empresa y disolución de Sociedades mercantiles en el Derecho español*, *op. ct.*, pág. 8 a 12.

³²⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Artículo 5. Prohibición de capital inferior al mínimo legal”, *op. ct.*, págs. 210 a 213.

se respete los requisitos legales para ello³²⁵ y en concreto será nulo cuando suponga una reducción por debajo del mínimo legal establecido³²⁶.

2.4.2.- Las participaciones sociales.

Si se ha dicho que el capital social sirve como fundamento para atribuir la condición de socio es porque las participaciones sociales son el instrumento que sirve para ello. Socio es solo aquel que ostente su titularidad, adquiriendo así todos los derechos y obligaciones inherentes a su posición (artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital). Aunque si bien es cierto, que en un momento fundacional se obtienen como contraprestación del derecho de crédito adquirido frente a la sociedad por las aportaciones sociales realizadas, esta no la única manera para conseguirlas³²⁷. Como ya se ha dicho el capital está dividido en participaciones, las cuales son distribuidas entre los socios, pero en sintonía con el grado más capitalista de la sociedad de responsabilidad limitada, las participaciones son la objetivación de la condición de socio, siendo susceptibles de ser objeto de cualquier negocio jurídico³²⁸.

Tanto las acciones como las participaciones, como consecuencia de sus aptitudes y a pesar de sus particularidades, son esencialmente transmitibles (artículo 1112 del Código Civil)³²⁹. Esto significa que es posible transmitir la condición de socio a través de

³²⁵ Entre otros ejemplos: STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 704/1985, de 25 de noviembre de 1985. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3b8691dc604cd1a1/19960112>; STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 589/2014, de 3 de noviembre de 2014. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c150a1c9440d5611/20141121>; STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 413/2008, de 25 de mayo de 2008. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6f67d2389bda5a76/20080717>

³²⁶ DE LA CAMARA, M., “El principio de capital mínimo”, *op. ct.*, págs.1543 a 1545.

³²⁷ BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, *op. ct.*, págs. 17 a 28; ALCALÁ DÍAZ, M., “Las Acciones y Participaciones Sociales. Las obligaciones”, en *Lecciones de Derecho Empresarial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 195 a 197; VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de las Participaciones Sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 28 a 31.

³²⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 248 a 254; MENÉNDEZ, A., “La configuración y la representación de la participación social”, *op. ct.*, págs. 230 a 232; VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de las Participaciones Sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 18 a 20.

³²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, págs. 447 a 448; NIETO CAROL, U., “Régimen jurídico de las participaciones sociales. La transmisión”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS

la compra, venta o donación de las participaciones sociales, sin necesidad de realizar nuevas aportaciones por aquel que vaya a adquirirlas. Lo que se transmite es la titularidad por lo que está acción no supone ninguna merma económica sobre el capital social, el cual permanece intacto. El objetivo es facilitar la adquisición derivativa de la condición de socio, junto a todos los derechos y obligaciones vinculados a dichas participaciones y que no estén conectado a las condiciones personales del transmitente³³⁰.

A pesar de que las participaciones sociales son susceptibles de cualquier negocio jurídico, estas poseen tres rasgos tipológicos que deben ser respetados, no por tipo social particular, sino en su consideración de sociedad de capital³³¹. En concreto son, su consideración como partes alícuotas, su acumulabilidad, su indivisibilidad (artículo 90 de la Ley de Sociedades de Capital)³³². De manera resumida, esto implica que todas participaciones, como partes alícuotas del capital e independientemente de la cantidad que posea cada socio, deben poseer un valor nominal y mantener su propia autonomía, de tal forma que no es posible fraccionarlas en otras con un valor inferior o distribuir sus derechos. Por ello solo puede ser objeto de negocio jurídico en su conjunto, y no por separado de cada uno de los derechos que la integran³³³. Junto con estas dos consideraciones es necesario destacar la ruptura del criterio tradicional de igualdad de las participaciones. La Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada de 1953 establecía el principio igualdad entre participaciones. Esto provocaba cierta incertidumbre y problemas en cuanto a su aplicación, tanto en su dimensión cuantitativo como cualitativa, ya que se exigía que todas las participaciones tuviesen el mismo valor nominal y los

GÓMEZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, págs. 330 a 363.

³³⁰GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 254 a 258; VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de las Participaciones Sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 19 a 20; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, págs. 447 a 448.

³³¹MENÉNDEZ, A., “La configuración y la representación de la participación social”, *op. ct.*, pág. 232.

³³²MENÉNDEZ, A., “La configuración y la representación de la participación social”, *op. ct.*, págs. 232 a 244; DÍAZ MORENO, A., “Artículo 90. Participaciones sociales y acciones”, *op. ct.*, págs. 763 a 767; RONCERO SÁNCHEZ, A., “Acciones y participaciones”, *op. ct.*, págs. 5 a 14; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, págs. 435 a 438.

³³³MENÉNDEZ, A., “La configuración y la representación de la participación social”, *op. ct.*, págs. 230 a 232; VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de las Participaciones Sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 18 a 19; DÍAZ MORENO, A., “Artículo 90. Participaciones sociales y acciones”, *op. ct.*, págs. 767 a 769; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, págs. 435 a 438.

mismos derechos³³⁴. Sin embargo, dicha referencia fue suprimida tras la reforma de 1995, y actualizada por la Ley de Sociedades de Capital vigente por un principio de paridad de trato entre socios con condiciones idénticas (artículo 97 de la citada ley). Gracias esto, se abrió la posibilidad de existan participaciones con distinto valor nominal³³⁵. Cuestión distinta reside en cuanto la igualdad entre socios, ya que no implica una igualdad en cuanto derechos³³⁶. Entre otras excepciones y como se ejemplificará en el capítulo cuatro, es posible modificar la proporcionalidad del derecho de voto de forma correlativa a las participaciones que se ostente³³⁷.

A diferencia de lo que suele ocurrir en las sociedades anónimas, el régimen jurídico de la titularidad y transmisión de las participaciones se encuentra restringido en las sociedades de responsabilidad limitada debido a su propio carácter cerrado (establecido tanto legislativamente como a través de los estatutos sociales)³³⁸. Esto provoca que se aleje del concepto de medio de financiación clásico de las sociedades de capital como consecuencia tanto de la imposibilidad de incorporar las participaciones a títulos valores o a estar representado por anotaciones en cuenta, como de las limitaciones de la negociabilidad que se establecen en relación al aspecto personalista de este tipo de sociedades.

Como consecuencia del carácter híbrido de la sociedad, su naturaleza personalista y sobre todo en relación al origen de la fundación de la sociedad, no solo limita la concepción jurídica de las participaciones, sino que también restringe la posibilidad de su transmisión a terceros³³⁹. En este sentido, aunque sea posible su realización, predomina el carácter “*intuitu personae*” en las relaciones entre los socios, es decir la protección de

³³⁴ MENÉNDEZ, A., “La configuración y la representación de la participación social”, *op. ct.*, págs. 239 a 244; NIETO CAROL, U., “Régimen jurídico de las participaciones sociales. La transmisión”, *op. ct.*, págs. 326 a 330.

³³⁵ MENÉNDEZ, A., “La configuración y la representación de la participación social”, *op. ct.*, págs. 239 a 241; DÍAZ MORENO, A., “Artículo 90. Participaciones sociales y acciones”, *op. ct.*, págs. 763 a 767

³³⁶ MENÉNDEZ, A., “La configuración y la representación de la participación social”, *op. ct.* págs. 241 a 244; RONCERO SÁNCHEZ, A., “Acciones y participaciones”, *op. ct.*, págs. 5 a 7.

³³⁷ RONCERO SÁNCHEZ, A., “Acciones y participaciones”, *op. ct.*, págs. 10 a 12.

³³⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 220 a 224; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, págs. 450 a 451.

³³⁹ ALCALÁ DÍAZ, M., “Las Acciones y Participaciones Sociales. Las obligaciones”, *op. ct.*, pág. 200; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, págs. 450 a 455

la base personal de la social³⁴⁰. Al final es el propio socio quien tiene interés en saber quiénes van a ser sus consocios, otorgándole poderes y derechos para incidir sobre ello³⁴¹. Por ello, con el fin de evitar la entrada a la sociedad de terceros extraños, en los que no pueda concurrir esa confianza inicial característica de este tipo de sociedades, en el artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital, y a falta de regulación expresa en los estatutos sociales, se establece que la transmisión de las participaciones a través de actos *inter vivos*, debe ser consentida por la junta general, así como se otorga el derecho a adquirirlas preferentemente, si así lo desearan, alguno de los socios no transmitentes³⁴².

El legislador ha optado por un sistema consentimiento que por un lado evita la denegación sistemática o arbitraria de la transmisión y por otro intenta favorecer que el adquirente sea alguien conocido o consentido por la sociedad cuya entrada no cause una alteración grave en las relaciones societarias³⁴³. Gracias a esto se evita cualquier entrada de tercero no consentido, en cuanto su alcance jurídico permite declarar la nulidad de cualquier transmisión que no se sujete a las normas establecidas³⁴⁴. Una vez se haya puesto en conocimiento por escrito la intención de realizar la venta de las participaciones, los administradores de la sociedad están obligados a realizar convocatoria de junta general a tal efecto en la mayor brevedad posible. Un problema tradicional sobre este aspecto era que la indeterminación en cuanto al plazo para realizar la convocatoria suponía un instrumento abusivo para impedir la efectividad del negocio jurídico³⁴⁵. Frente a las inseguridades que ofrecía esta situación, el artículo 29.2.f) de la Ley de Sociedades de

³⁴⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La transmisión de las participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 6/1996), Aranzadi, Cizur Menor, 1996, págs. 11 a 12.

³⁴¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 205 a 207.

³⁴² GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 317 a 344; VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de las Participaciones Sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 86 a 89

³⁴³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 317 a 320; GALÁN LÓPEZ, C., “Cláusulas de autorización o consentimiento a la transmisión de las acciones” en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, R. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades Anónimas II. Capital y acciones*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 1035 a 1042; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, págs. 451 a 453.

³⁴⁴ GALÁN LÓPEZ, C., “Cláusulas de autorización o consentimiento a la transmisión de las acciones”, *op. ct.*, págs. 1042 a 1045.

³⁴⁵ Sobre este aspecto cabe destacar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de marzo de 1991: <https://boe.es/boe/dias/1991/05/21/pdfs/A16159-16160.pdf>, la cual incide en las consecuencias nefastas sobre esta indeterminación.

Responsabilidad Limitada de 1995 y el actual artículo 107.2.f) de la actual Ley de Sociedades de Capital, establecieron la dispensa de la autorización en aquellos casos en los que trascurren más de 3 meses desde la puesta en conocimiento de la sociedad. Una vez convocada y se esté celebrando, se tiene que dar una respuesta definitiva al socio transmitente, de tal forma que o bien se autoriza o bien se deniega³⁴⁶. Sin embargo, solo se podrá denegar el consentimiento para la transmisión proyectada, en caso de que alguno de los consocios se presente a sí mismo o un tercero, para adquirir tales participaciones. Se crea así un motivo único de denegación, de tal forma que solo se podrá impedir la salida del socio, en caso de que ejecute el derecho de adquisición preferente y se tenga la suficiente liquidez para ello³⁴⁷.

El concepto de adquisición preferente en estos casos ha de ser matizado. En un primer plano, no se debe confundir con el derecho de suscripción preferente que ostenta cada socio ante las ampliaciones de capital. En esos casos, con el fin de proteger a los socios, se les otorga este derecho para que su posición jurídica originaria no se vea perjudicada frente a las futuras alteraciones en el capital social que pueden provocar un cambio en la proporcionalidad económica de la distribución de las participaciones³⁴⁸. Por otro lado, el derecho de adquisición consiste en la facultad que tiene el socio de valorar la idoneidad de tercero propuesto para permitir su acceso o bien denegar la eficacia de ese negocio bajo el compromiso de adquirir él u otra persona consentida, dichas participaciones³⁴⁹. La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 1953 lo calificaba como un derecho de tanteo. Sin embargo, el propio funcionamiento de esta adquisición preferente hace que se aleje de esta institución, ya que, si bien se puede hablar de una “subrogación” en la posición del comprador ante una oferta, en este caso no se produce

³⁴⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 328 a 330; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, págs. 453 a 455.

³⁴⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 330 a 332; PERDICES HUETOS, A., “Restricciones a las transmisiones de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 488 a 490.

³⁴⁸ SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El Derecho de suscripción preferente del accionista*, Civitas, Madrid, págs. 162 a 172; VELASCO SAN PEDRO, L., “El derecho de suscripción preferente”, en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, R. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades Anónimas I. Modificación de estatutos: Aumento y reducción del capital social*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 519 a 522.

³⁴⁹ PERDICES HUETOS, A., “Restricciones a las transmisiones de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 489 a 490.

tal superposición exacta³⁵⁰. Como bien explica la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010³⁵¹, “efectivamente no supone la subrogación en un contrato de compraventa o sustitución de un comprador, sino un derecho de adquirir con preferencia al que pretende hacerlo, equivaliendo a un derecho de tanteo, salvo en que el precio puede o no coincidir con el “tantum”, al quedar sujeto a la determinación del valor real por un tercero”. Lo concertado entre el transmitente y el tercero presumible será liberado por el ejercitante de tal derecho³⁵². Será necesario la determinación de un nuevo precio entre los sujetos intervinientes, estableciéndose de manera subsidiaria ante la más que previsible falta de acuerdo, que el mismo sea fijado por un experto independiente y que corresponda a su valor razonable³⁵³. Sobre esta última cuestión se incidirán más adelante en el apartado de las transmisiones forzosa del capítulo 2.

La única excepción a este régimen de transmisión inter vivos es la ya comentada transmisión a consocios, al cónyuge, descendientes y ascendientes. El motivo reside en que la fuerte cohesión personal y económica que el propio ordenamiento otorga de manera institucional a estos lazos familiares, hace que sea suficiente para no considerarlos como extraños, de tal forma que el carácter “*intuitu personae*” queda respetado³⁵⁴. Por otro lado, cuando la transmisión sea “*mortis causa*” o a través de una ejecución forzosa, también se prevén legalmente soluciones, con el fin de preservar el carácter inicial personalista de la sociedad. En caso de que la transmisión sea “*mortis causa*”, el artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital, establece la posibilidad de que los estatutos puedan regular un derecho de adquisición preferente a favor del resto de socios o a favor de la propia sociedad. En caso de que la transmisión se produzca como consecuencia de una ejecución

³⁵⁰ BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, *op. ct.*, págs. 102 a 105; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 317 a 320.

³⁵¹ STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 118/2010, de 23 de marzo 2010. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1628faf345808b6c/20100408>.

³⁵² GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, pág. 339

³⁵³ BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, *op. ct.*, págs. 107 a 114; RONCERO SÁNCHEZ, A., “Acciones y participaciones”, *op. ct.*, págs. 15 a 17.

³⁵⁴ VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de las Participaciones Sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 86 a 87; NIETO CAROL, U., “Régimen jurídico de las participaciones sociales. La transmisión”, *op. ct.*, págs. 334 a 335; PERDICES HUETOS, A., “Restricciones a las transmisiones de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 491 a 494; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, págs. 453 a 455.

forzosa el artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital, de manera imperativa, reconoce el derecho de adquisición preferente al resto de socios.

Como se desprende de su propia regulación, las participaciones sociales están configuradas con el fin de preservar el carácter cerrado de las sociedades de responsabilidad limitada, con el fin de salvaguardar los derechos y obligaciones de los propios socios y para preservar los elementos personalistas de este tipo de sociedades. Sin embargo, el propio régimen flexible de las sociedades de responsabilidad limitada hace que esta situación pueda ser modificada, pudiendo abrirse este carácter cerrado a través de acuerdo adoptado en la junta general. Por lo tanto, la decisión sobre el régimen jurídico del capital social y de las participaciones sociales, en último término, siempre quedará subordinado a la voluntad de los socios o de algunos de ellos, de tal forma que podrán establecer mayores o menores facilidades o restricciones para desprenderse de las participaciones sociales ante alteraciones de la “*affectio societatis*” inicial³⁵⁵.

III.- Descripción del conflicto de bloqueo. Conflictos horizontales³⁵⁶ o “deadlock”.

El artículo 363 de Ley de Sociedades de Capital enumera una serie de causas legales de disolución. Entre ellas podemos encontrar causas que van desde la reducción del capital de la sociedad por debajo del mínimo establecido, hasta la posibilidad de existencia de otras causas previstas estatutariamente. En este estudio nos centramos en la causa de disolución consistente en el bloqueo de los órganos societarios. Prevista en el artículo 363.1.d de la Ley de Sociedades de Capital, es una causa objetiva de disolución, consistente en la imposibilidad manifiesta de tomar decisiones en el seno de la sociedad, debido a la existencia de dos grupos homogéneos enfrentados. No se trata de una causa de disolución aislada, sino que debe relacionarse con otras, como la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social (Artículo 363.1.C) o el cese del ejercicio de la actividad que constituya el objeto social, por un periodo superior a un año (Artículo

³⁵⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La transmisión de las participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada”, *op. ct.*, págs. 12 a 15; PERDICES HUETOS, A., “Restricciones a las transmisiones de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 487 a 495; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, págs. 450 a 455.

³⁵⁶ SACRISTÁN REPESA, M., “El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas”, *op. ct.*, págs. 13 a 15.

363.1.A). Se trata pues de una causa de disolución que puede desembocar en más situaciones. Al estar paralizados los órganos sociales, no se pueden tomar decisiones que posibiliten el cumplimiento del fin social, así como la inoperancia de la sociedad, que termine sin poder realizar actuaciones en el mercado jurídico-económico³⁵⁷.

Como consecuencia de esto, en su origen no era una causa autónoma de disolución reconocida legislativamente (Ni la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 ni la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 la contemplaban como tal), sino que se incardinaba en otras como la imposibilidad de realizar el fin social³⁵⁸. Sin embargo, se empezó a tratar como tal jurisprudencialmente gracias a la Sentencia del Alto Tribunal de 14 de febrero de 1945³⁵⁹ quien por primera vez consideró la paralización definitiva de la vida social dentro de los presupuestos de disolución de “conclusión de la empresa” o “imposibilidad manifiesta de realizar el fin social”³⁶⁰. Finalmente, casi 45 años después,

³⁵⁷ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dirs), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 4º. Civitas, Madrid, 1998, págs. 33 a 34; DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, en SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (T. VIII), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, págs. 30 a 40; SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. y GÓRRIZ, C., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 1152 a 1154; MOYA BALLESTER, J., *El procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 33 a 34.

³⁵⁸ SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, *op. ct.*, págs. 156 a 166; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 33 a 34; BATALLER GRAU, J., “Artículo 363. Causas de disolución”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 2552 a 2553; FRADEJAS RUEDA, O., “Paralización de los órganos sociales: Supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, *op. ct.*, págs. 181 a 184.

³⁵⁹ STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 65/1945, de 14 de febrero de 1945. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ebbf49455831600b/19450101>

³⁶⁰ Tras esta, la imposibilidad manifiesta de funcionamiento de los órganos sociales se convirtió en objeto de estudio tanto doctrinal como jurisprudencial, incidiéndose en aspectos como en empresas familiares o con un número reducido de socios. Citase como ejemplo entre otras: STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 38/1962, de 18 de enero de 1962. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a24d78e397544710/19620101>; STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 792/1963, de 25 de octubre de 1963. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/88446bba53d1184d/19630101>; STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 492/1967, de 6 de julio de 1967. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c9a2633dac12c994/19670101>; STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 143/1974, de 23 de marzo de 1974. CENDOJ:

la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 la estableció como causa de disolución autónoma del resto³⁶¹.

A pesar de que autores como SALELLES CLIMENT afirmaban que la proliferación de esta causa de disolución sería menor en las sociedades de responsabilidad limitada que en las sociedades anónimas debido a la mayor flexibilidad del primer tipo social que permitía articular estatutariamente mecanismos para solventar el bloqueo³⁶², la realidad es que se ha convertido en una de las principales causas de desaparición de las empresas familiares de responsabilidad limitada, en las que es muy común la existencia de sociedades compuestas únicamente por dos socios con el mismo número de participaciones sociales o un número reducido de ellos³⁶³. La doctrina, al estudiar el origen de esta causa de disolución habla de conflictos intracorporativos “horizontales”³⁶⁴, es decir, conflictos entre socios en igualdad de poder y con posiciones enfrentadas e irreconciliables. Estudiada por la doctrina francesa bajo la terminología de “*abus d’égalité*”³⁶⁵, por la italiana como “*stallo*”³⁶⁶ y por el derecho norteamericano como

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eefbf44a858d2b4b/19740101>; STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 217/1978, de 5 de junio de 1978. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8effee7e3cd04b51/19780101>; STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 244/1982, de 15 de febrero de 1982. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a3d06c3bcb9fa257/20160301>.

³⁶¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 37 a 39; DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, op. ct., págs. 38 a 40; FRADEJAS RUEDA, O., “Paralización de los órganos sociales: Supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, op. ct., págs. 181 a 184.

³⁶² SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, op. ct., págs. 1152 a 1154.

³⁶³ SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, op. ct., págs. 163 a 166; DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, op. ct., págs. 38 a 40; BATALLER GRAU, J., “Artículo 363. Causas de disolución”, op. ct., págs. 2552 a 2554; FRADEJAS RUEDA, O., “Paralización de los órganos sociales: Supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, op. ct., págs. 197 a 199.

³⁶⁴ De acuerdo con Del Pozo, este tipo de situaciones nace en contraposición de los conflictos verticales, es decir, conflictos entre socios y administradores. Nuestro derecho positivo se encarga de regular la mayoría de conflictos verticales, pero en materia de conflictos horizontales las soluciones que se otorgan son escasas o inexistentes. Ver en FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 11 a 13.

³⁶⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., pág. 15; CHAMPETIER DE RIBES-JESTEAU, A., *Les abus de majorité, de minorité et d’égalité. Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, Dalloz, París, 2010, págs. 185 a 186.

³⁶⁶ CALVOSA, L., “Anzioni e quote rescattabili: delimitazione dei confini di operatività dell’istituto”, en *Le Società Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale* (núm. 12/2019), Wolters Kluwer

“*Deadlock Situation*” o “punto muerto”³⁶⁷ es aquella situación en la que una de las partes, sabedora de la posibilidad de generar el bloqueo societario debido a la distribución paritaria de las participaciones, fuerza la paralización de los órganos societarios, vulnerando el deber de fidelidad.

El origen de esta causa va unido a la figura del socio³⁶⁸, lo que se incrementa en las sociedades de responsabilidad limitada por su propia naturaleza del carácter híbrido (elementos personalistas y capitalistas). La creación de una sociedad de responsabilidad limitada con ánimo familiar, descansa principalmente en la confianza que existe entre los socios para asumir riesgos comunes, la denominada “*affectio societatis*”. La sola exigibilidad de prever en su origen como afrontar el fracaso de la sociedad, por alguna de las partes, manifestaría una desconfianza hacia el otro miembro que podría ser capaz de poner en riesgo el mismo principio de confianza recíproca entre sus relaciones interprofesionales³⁶⁹. Es esa confianza hacia el otro socio la que suele llevar a adoptar a la decisión de crear una sociedad juntos. Por ello, es esa naturaleza, más propia de las sociedades personalistas, la que también provoca el bloqueo societario cuando desaparece dicha confianza³⁷⁰. Como ya hemos dicho, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, en las sociedades de capital se pone el acento en el capital, mientras que, en las sociedades personalistas, se pone el acento en las cualidades de las propias personas que la forman. Pero en la sociedad de responsabilidad limitada, aun cuando es una sociedad de capital, la figura del socio es tan importante como el mismo capital que aportan. Por ello, cuando

Universitat d'Alacant

Italia, Milán, 2019, pág. 1330; DIVIZIA, P., “Patto parasociale di russian roulette”, *Le Società Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale* (núm. 4/2018), Wolters Kluwer Italia, Milán, 2018, págs. 434 a 456: https://www.fdnorai.it/wp-content/uploads/2019/04/Divizia-SOCI_2018_04.pdf

³⁶⁷ O'NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, op. ct., págs. 9.39 a 10; HEWITT, I., HOWLEY, S. y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, Sweet & Maxwell, Londres, 2016, pág. 241 a 252.

³⁶⁸ SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, op. ct., págs. 162 a 166; DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, op. ct., págs. 38 a 39; FLAQUER RUITORT, J., “La paralización de la junta general de accionistas”, op. ct., págs. 1886 a 1888; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., pág. 11 a 18.

³⁶⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., pág. 56.

³⁷⁰ SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, op. ct., págs. 162 a 166; FLAQUER RUITORT, J., “La paralización de la junta general de accionistas”, op. ct., págs. 1886 a 1888; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., pág. 39 a 50.

desaparece esa confianza inicial entre los socios, la sociedad se resiente, llegando en la mayoría de las ocasiones a desaparecer.

A su vez, las causas de disolución son objetivas³⁷¹. Una vez constatada la causa, se debe iniciar el procedimiento de disolución. Tal y como explica la profesora GALLEGO SÁNCHEZ, “*Se trata de su existencia o inexistencia. Existente la causa, la sociedad debe disolverse. Sin embargo, la misma ley requiere un acuerdo sobre ella*”³⁷²(Artículo 364 Ley de Sociedades de Capital). Precisamente, ese es el punto más importante y controvertido. La paralización de los órganos sociales se configura como uno de los tipos de disolución por justa causa (artículo 362 de la Ley de Sociedades de Capital), cuya principal característica es la de sujetarse a un procedimiento riguroso en el que es necesario adoptar un acuerdo de disolución en el que se constate su existencia³⁷³. Dicho acuerdo debe ser adoptado en junta, y si no se adopta, la sociedad no puede iniciar el procedimiento de disolución³⁷⁴.

Volviendo a la situación de bloqueo de sociedades familiares cerradas, con dos únicos socios que tienen el mismo número de participaciones sociales, encontramos una de las paradojas que se estudian en este trabajo: La sociedad no funciona, porque los órganos sociales no pueden adoptar acuerdos, debido al enfrentamiento que existe en la sociedad. Ese enfrentamiento es insuperable, puesto que al tener cada uno de los

³⁷¹ De acuerdo con la STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 653/2014, de 26 de noviembre de 2014. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4d5bea7f9cae726b/20150130>: “*cuando se trata de la disolución de una sociedad por concurrir causa legal, deben deslindarse dos planos, el de la realidad objetiva (paralización efectiva e insuperable de los órganos sociales) y el subjetivo (atribución de culpas respecto al proceso desencadenante de aquella realidad objetiva), siendo irrelevante el segundo de los aspectos mencionados en aquellos procesos cuyo objeto consiste en constatar y decidir sobre la efectiva existencia de la causa legal de disolución de la sociedad*”.

³⁷² GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil parte primera*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 377.

³⁷³ DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, *op. ct.*, págs. 30 a 32; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMENZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, págs. 852 a 853; BATALLER GRAU, J., “Artículo 362. Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 2543 a 2547.

³⁷⁴ SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, *op. ct.*, págs. 191 a 198; MOYA BALLESTER, J., *El procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de sociedades de capital*, *op. ct.*, págs. 54 a 60; BATALLER GRAU, J., “Artículo 362. Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria”, *op. ct.*, págs. 2544 a 2546.

miembros la mitad de las participaciones sociales, no se puede conseguir ningún tipo de mayoría para alcanzar un acuerdo. Sin embargo, la única solución que la ley ofrece para estos casos es declarar la disolución legal de la sociedad, pero resulta que para que esto se produzca, es necesario alcanzar un acuerdo en la junta de socios. Y si normalmente no se alcanza el acuerdo que posibilite la superación de las dificultades, lo más probable es que tampoco se alcance un acuerdo para ponerle fin. El problema es, en definitiva, que el enfrentamiento impide el acuerdo, sea del tipo que sea³⁷⁵.

La única vía que queda para solucionar este conflicto, es acudir a los tribunales y que sea un juez el que declare la disolución³⁷⁶. Esto conducirá a iniciar procesos judiciales que se prolongarán durante años, y que en ningún caso permiten asegurar la consecución de una solución que satisfaga a todos. Veamos un ejemplo: Una pareja contrae matrimonio en régimen de gananciales y unos años después, dan un nuevo paso en su relación y deciden constituir una sociedad juntos, en la que -como en su relación conyugal- las decisiones las tomarán juntos. De modo que distribuyen las participaciones de la sociedad de forma paritaria entre los dos, es decir, el 50% de la sociedad para cada uno³⁷⁷. Y de igual manera, para evitar suspicacias, se nombran ambos administradores mancomunados. Así, crean una sociedad de responsabilidad limitada, en el ámbito familiar, con la mirada puesta en que sus futuros hijos puedan participar en la misma, a cuyo fin restringen la transmisión de las participaciones a terceros. La sociedad queda así constituida, y empieza a operar en el mercado obteniendo resultados positivos. Con el paso de los años, la sociedad se asienta en el mercado y crece exponencialmente, contratando hasta un total de 150 trabajadores. Al décimo año de constituir la sociedad, los socios deciden poner fin a su relación sentimental. Desde ese momento, estos problemas pertenecientes a la esfera personal de la pareja, se extrapolan a la sociedad y producen un enfrentamiento sobre el rumbo que deba tomar su empresa. Sin embargo, la distribución paritaria de las participaciones y el conflicto personal hace imposible que se

³⁷⁵ FLAQUER RUITORT, J., “La paralización de la junta general de accionistas”, *op. ct.*, págs. 1891 a 1893; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 34 a 36; MOYA BALLESTER, J., *El procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de sociedades de capital*, *op. ct.*, págs. 35 a 37; PULGAR EZQUERRA, J., “La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 36/2011), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 4 a 5.

³⁷⁶ FRADEJAS RUEDA, O., “Paralización de los órganos sociales: Supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, *op. ct.*, págs. 188 a 194.

³⁷⁷ DE EIZAGUIRRE, J. “De la disolución y liquidación”, *op. ct.*, págs. 37 a 40; MOYA BALLESTER, J., *El procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de sociedades de capital*, *op. ct.*, págs. 33 a 37.

alcance ningún tipo de acuerdo³⁷⁸. Las posiciones son tan distintas que ningún tipo de reconciliación es posible. Se produce así la situación de bloqueo de la sociedad: no se aprueban las cuentas anuales, uno de los administradores mancomunados y se niega a cambiar el sistema de administración. Todo esto, mientras ambos socios se cruzan demandas tanto civiles como penales. De esta manera nos encontramos con una sociedad funcional, que producía beneficios y que contaba con 150 trabajadores, que se ha vuelto inoperante desde su perspectiva corporativa, con paralización de los órganos sociales, que está condenada a la disolución como única solución a la situación de bloqueo. De esta forma se crea una situación de bloqueo que perjudica no solo a intereses de los socios de la misma, sino también a los denominados intereses, en terminología societaria concursal, “*stakeholders*”, es decir, los intereses de los trabajadores, inversores, etc³⁷⁹.

1.- Elementos de la causa de disolución.

Como bien se ha dicho, el bloqueo de los órganos sociales es una causa de disolución objetiva, que a su vez descansa en la voluntad de los socios³⁸⁰. Es irrelevante que existan intereses personales desleales que guíen a los socios para provocar conscientemente la situación de bloqueo, lo determinante es que, efectivamente exista la paralización³⁸¹. Por tanto, una vez producida, se debe decretar la disolución de la sociedad. Sin embargo, para poder apreciar la existencia del bloqueo, es doctrina pacífica (SENÉN DE LA FUENTE, FLAQUER RUITORT, URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, SÁNCHEZ, SALELLES CLIMENT, BATALLER GRAU) que es necesario que concurren dos requisitos³⁸²: que el bloqueo sea permanente e insuperable, de tal forma que sea imposible realizar el fin social. A sensu contrario, se reputará que no existe causa

³⁷⁸ DE EIZAGUIRRE, J. “De la disolución y liquidación”, *op. ct.*, pág. 38; MOYA BALLESTER, J., *El procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de sociedades de capital*, *op. ct.*, págs. 35 a 37.

³⁷⁹ RUBIO, J., *El principio de conservación de la empresa y disolución de Sociedades mercantiles en el Derecho español*, *op. ct.*, pág. 10 a 12; PULGAR EZQUERRA, J., “Derecho europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la competencia”, *op. ct.*, pág. 5.

³⁸⁰ BATALLER GRAU, J., “La Disolución”, *op. ct.*, pág. 32.

³⁸¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, pág. 47 a 49.

³⁸² SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, *op. ct.*, págs. 199 a 203; FLAQUER RUITORT, J., “La paralización de la junta general de accionistas”, *op. ct.*, págs. 1886 a 1888; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 33 a 34; SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, *op. ct.*, págs. 1153 a 1154; BATALLER GRAU, J., “Artículo 363. Causas de disolución”, *op. ct.*, págs. 2552 a 2554;

de disolución cuando un bloqueo sea transitorio y fácilmente vencible. Ambos requisitos deben ser siempre estudiados desde la misma perspectiva, ya que, como mantiene la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 2014³⁸³ esta causa de disolución se reducirá a la existencia de diferencias irreconciliables entre los socios.

1.1.- Conflicto insuperable.

El concepto de bloqueo insuperable histórico se encuentra en la actualidad sumamente superado. Basta con que el conflicto intracorporativo genere o sea previsible que lo haga, un peligro inminente a la economía de la sociedad, sin ser necesario que ese peligro efectivamente se produzca³⁸⁴. Siguiendo con nuestro ejemplo de sociedad de responsabilidad familiar, el bloqueo será insuperable desde el momento en que no puedan adoptarse acuerdos, es decir, desde la desaparición de la “*affectio societatis*”³⁸⁵. Los acuerdos no se pueden adoptar porque que se producen posiciones tan enfrentadas, que lo racional llega a ceder antes otras motivaciones, desde luego alejadas de la idea de ayudar a la sociedad. Es decir, los socios dejan a un lado el interés social de la sociedad (entendido por parte de la doctrina como el interés general o el interés común de todos los socios que prevalece frente a los intereses propios de los socios³⁸⁶, llegando a ir incluso contra la misma, ocasionando daños patrimoniales o morales, con la idea de velar únicamente por sus propios intereses personales, incumpliendo así el deber de fidelidad³⁸⁷.

Lo mismo se puede decir sobre la posibilidad de convocar junta general, lo cual no es más que una extrapolación de la imposibilidad de alcanzar acuerdos por parte de

³⁸³ STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 653/2014, de 26 de noviembre de 2014. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4d5bea7f9cae726b/20150130>.

³⁸⁴ DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, *op. ct.*, págs. 38 a 40; BATALLER GRAU, J., “Artículo 363. Causas de disolución”, *op. ct.*, págs. 2552 a 2554; SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, *op. ct.*, págs. 1153 a 1154.

³⁸⁵ SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, *op. ct.*, págs. 162 a 166; DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, *op. ct.*, págs. 38 a 39; SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, *op. ct.*, págs. 1153 a 1154.

³⁸⁶ SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, *op. ct.*, págs. 1153 a 1154; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 204. Acuerdos impugnables”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 1442 a 1445

³⁸⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 162 a 166.

los socios³⁸⁸. Para que ocurra este supuesto, no solo es necesario que el administrador no convoque la junta, sino que además es preciso que la convocatoria no sea solicitada por los socios a través del cauce previsto en el artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital. En el ejemplo que estamos siguiendo, ambos socios son administradores mancomunados, por cuyo motivo, la convocatoria debe ser decidida por ambos conjuntamente³⁸⁹. Basta con que cualquiera de ellos se oponga para la que junta no llegue a ser convocada o, si lo ha sido, para que no llegue a constituirse. Decisiones como la aprobación de cuentas o nombrar a un nuevo administrador, tras el cese del anterior administrador único o de algunos de los administradores mancomunados, son vitales para la sociedad. Si no se logra un acuerdo respecto a estos temas, o no es posible convocar o constituir una junta para solucionarlos, la sociedad está condenada a su desaparición.

1.2.- Conflicto permanente.

Respecto a la permanencia de la causa de disolución, existe más controversia³⁹⁰. La permanencia hace referencia a la imposibilidad de llegar a un acuerdo por un tiempo prolongado³⁹¹. Sin embargo, atendiendo al origen del bloqueo, si se trata de enemistad manifiesta entre dos grupos paritarios, la persistencia del bloqueo dependerá en el fondo de la voluntad de los socios, siendo lo más probable que si la enemistad subsiste, el bloqueo se prolongue³⁹². Debido a la dependencia que tiene esta situación con los elementos personales y subjetivos, es difícil concretar cuando el conflicto deba considerarse permanente. Posiblemente no se puede hacer una afirmación general más allá del estudio de los casos concretos.

³⁸⁸ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 34 a 35; SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, *op. ct.*, págs. 1153 a 1154; BATALLER GRAU, J., “Artículo 363. Causas de disolución”, *op. ct.*, págs. 2552 a 2554.

³⁸⁹ BATALLER GRAU, J., “Artículo 363. Causas de disolución”, *op. ct.*, págs. 2552 a 2554.

³⁹⁰ MOYA BALLESTER, J., *El procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de sociedades de capital*, *op. ct.*, págs. 32 a 37.

³⁹¹ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 33 a 35; FLAQUER RUITORT, J., “La paralización de la junta general de accionistas”, *op. ct.*, págs. 1885 a 1888; FRADEJAS RUEDA, O., “Paralización de los órganos sociales: Supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, *op. ct.*, págs. 182 a 184.

³⁹² En este sentido se ha pronunciado tradicionalmente nuestra jurisprudencia. Cabe citar la STS Sala de lo Civil, Sección 1º, núm. 775, de 25 de julio de 1995. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a3d06c3bcb9fa257/20160301>, la cual recoge la doctrina asentada y ya citada desde los años 60 por nuestro alto tribunal.

No existen dudas en aquellos casos en los que el bloqueo ha provocado que la sociedad quede inoperante, y por extensión, vacía de estructura orgánica y funcional con el paso del tiempo, de tal forma que sea imposible la reactivación su actividad³⁹³. Más complicado es el caso en el que el bloqueo societario acaba de surgir. En estos casos podemos encontrar dos escenarios: El primero, que, a pesar de la concurrencia de la causa de disolución debido al claro enfrentamiento entre los socios, se deba intentar solucionar el conflicto (lo que en la mayoría de los casos no es posible y terminan convirtiéndose en sociedades vacías de contenido con el paso del tiempo, en cuyo caso la permanencia del bloqueo es manifiesta). El segundo, que, con el fin de perjudicar en la menor medida al propio mercado económico, y al resto de afectados por el bloqueo societario, se proceda de inmediato a la disolución (lo que sería incongruente con la idea de permanencia del conflicto, puesto que es imposible saber al principio de la existencia del bloqueo, si el mismo va a ser prolongado). En estos casos, el planteamiento de si es posible calificar como permanente el bloqueo societario, al inicio del propio bloqueo, debe ser estudiado a partir del propio carácter de la causa de disolución. La paralización de los órganos sociales se convierte en una causa objetiva de disolución, a pesar de que concurren elementos personales, como la voluntad de los socios.

Por lo tanto, una vez producido el conflicto, si no se pueda llegar a acuerdos que permitan la viabilidad de la sociedad, deben entenderse cumplidos ambos requisitos³⁹⁴. En ese sentido, a mi juicio, la imposibilidad manifiesta de llegar acuerdos debe considerarse suficiente para entender que el conflicto es invencible, y que el mismo se va prolongar de manera permanente.

2.- Órganos sociales, ¿dónde se produce el bloqueo?

El artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital habla sobre el bloqueo de los órganos sociales como causa de disolución. Los dos órganos sociales imperativos para

³⁹³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 39 a 50; en este sentido también se ha pronunciado STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 441/2006, de 11 de mayo de 2006. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a3d06c3bcb9fa257/20160301>.

³⁹⁴ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, op. ct., págs. 33 a 36.

cualquier sociedad de responsabilidad limitada o, en general, de capital³⁹⁵, son la junta general de socios³⁹⁶ y el órgano de administración³⁹⁷, por lo que esta causa de disolución debe recaer en ellos. Conforme al tipo se puede concluir que existen tres tipos de situaciones que conllevan a esta causa de disolución: la incapacidad de actuación del órgano de administración, la no aprobación de decisiones vitales para la sociedad en la junta general y el boicot a la misma junta³⁹⁸.

2.1.- Órgano de administración.

Con anterioridad al actual régimen jurídico, y de acuerdo con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, el bloqueo societario se producía principalmente en el órgano de administración, ya que no era obligatorio la existencia de junta general en sociedades de responsabilidad limitada con menos de 15 socios (Artículo 14 de la citada Ley)³⁹⁹. Ciertamente entre los socios podían producirse desavenencias que llevaran a una situación de bloqueo, pero, en cualquier caso, era el órgano de administración el que cobraba más importancia respecto a la gestión y la toma de decisiones de la sociedad.

Con la entrada en vigor de la anterior ley de sociedades de responsabilidad limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo, de las Sociedades de Responsabilidad Limitada),

³⁹⁵ GALÁN CORONA, E., “La junta general”, *op. ct.*, págs. 495 a 498.

³⁹⁶ Dice el profesor Uría, que “*La junta general es el órgano corporativo por excelencia, en el que se forma la voluntad social por la fusión de las voluntades individuales de los socios. De ahí que sólo puedan valer como manifestaciones de esa voluntad aquellas decisiones de la mayoría que estén tomadas en una asamblea convocada, reunida y celebrada con arreglo a las formalidades exigidas por el ordenamiento legal y por los estatutos en su caso*”. Ver en URÍA, R., “Órganos de la Sociedad”, en GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid, 1953, pág. 498.

³⁹⁷ El profesor Esteban Velasco por su parte, indica que “*a los administradores les corresponden, de una parte, tareas específicas y heterogéneas en relación con la organización y funcionamiento de la sociedad (específicamente establecidas en la normativa y que no plantean dificultades de delimitación), de otra, la actividad de gestión de la empresa donde surge el debate sobre su extensión, según el modelo legal, sobre la eventual injerencia de la junta general y la autonomía estatutaria para derogar el modelo legal*”. Ver en ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 209. Competencia del órgano de administración”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 1483.

³⁹⁸ HEWITT, I., HOWLEY, S. y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures, op. ct.*, pág. 241.

³⁹⁹ De acuerdo con el punto 4 de la exposición de motivos de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: “*Parece lógico que cuando la Sociedad de Responsabilidad Limitada, como muchas veces ocurre en la práctica, sea una sociedad de pocos socios, ligados entre sí por vínculo de parentesco o de confianza, no se exija -la Junta general como cauce de formación de la voluntad social-*”.

esta situación cambió, estableciéndose el principio asambleario⁴⁰⁰. Por ello, en la actualidad, cuando hablamos de bloqueo de los órganos societarios, este solo tendrá sentido respecto a la junta general. En este sentido tanto la jurisprudencia⁴⁰¹ como la doctrina⁴⁰² se ha pronunciado manifestando que cuando se produzca el conflicto en el órgano de administración, este podrá ser removido en último término por la voluntad de los socios a través de la junta general. Volviendo a nuestro ejemplo de sociedad, si el bloqueo surge porque no se produce la convocatoria por parte de los administradores, habría que acudir a los Tribunales, pidiendo la convocatoria judicial de la junta, incluyendo en el orden del día el cese y el nombramiento de un nuevo administrador.

Cuestión distinta son las consecuencias que deriva tener tanto el órgano de administración como la junta general paralizados. Es evidente que, en tanto solo la junta sea incapaz de tomar aquellos acuerdos que sean necesario, los administradores si se encuentran en plenas funciones podrán seguir realizando las actuaciones de gestión y representación básicas de la sociedad para que reducir las consecuencias negativas de esta situación. Sin embargo, desde que el bloqueo afecte a su vez al órgano de gestión, operatividad de la sociedad se vuelve nula, al quedarse “descabezada”. Por este motivo se suele decir que, en las pequeñas y medianas empresas, como consecuencia de la más que habitual identidad entre el órgano de gestión y el deliberante, la paralización del primero conlleva el bloqueo total de la sociedad⁴⁰³. Entre otras situaciones, será más que probable que sea incapaz de realizar si quiera la convocatoria de junta para paliar dicha situación o incluso para adoptar la misma disolución, condenando irremediamente a

⁴⁰⁰ ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 1209 a 1213.

⁴⁰¹ Entre otras: STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 358/2010 de 15 de junio de 2010. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3d3053891aa06955/20100708>; STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 37/2012, de 23 de febrero de 2012. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3c4d3cb896ebd508/20120416>; STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 653/2014, de 26 de noviembre de 2014. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4d5bea7f9cae726b/20150130>.

⁴⁰² DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, *op. ct.*, págs. 38 a 40; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, Págs. 34 a 35; SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, *op. ct.*, págs. 1152 a 1154.

⁴⁰³ FRADEJAS RUEDA, O., “Paralización de los órganos sociales: Supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, *op. ct.*, págs. 185 a 188; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 33 a 36.

su resolución por parte de los tribunales⁴⁰⁴. Sobre este último aspecto, cabe destacar que a pesar de la tendencia a la judicialización del proceso mercantil que como indica la profesora FERNÁNDEZ PÉREZ⁴⁰⁵ resulta “*incompatible con la celeridad que aconsejaba la convocatoria de junta general en estos casos especiales*”, es importante mencionar y valorar positivamente los avances en la tendencia opuesta que ha significado la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. En la actualidad ante la incapacidad de actuación del órgano de administración para realizar la convocatoria de junta, se ha delegado tales funciones en el Registrador de lo Mercantil o el Letrado de la Administración de Justicia⁴⁰⁶. De esta forma, frente a las incertidumbres que genera la no celebración de junta general para remover la causa de disolución, se agiliza el proceso permitiendo que sea el Registrador del domicilio social quien realice tal convocatoria⁴⁰⁷.

Mención aparte requiere la problemática del administrador-liquidador. Una vez abierto el periodo de liquidación, la ley prevé que sea liquidador aquel que fuese administrador de la sociedad en el momento de disolución de la misma, salvo cláusula estatutaria en contra o acuerdo de la Junta nombrando a un nuevo liquidador (Artículo 376 de la Ley de Sociedades de Capital). En un apartado posterior se profundizará sobre esta cuestión, siendo suficiente con decir en este punto que, debido a la propia naturaleza del bloqueo societario, este paso de administrador a liquidador es contraproducente, ya que no tiene en cuenta los conflictos futuros que sucederán entre los socios, antes administradores y ahora liquidadores⁴⁰⁸. De esta forma se mantendrá el bloqueo societario incluso en la fase de liquidación.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁴⁰⁴ PULGAR EZQUERRA, J., “La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral”, *op. ct.*, págs. 4 a 5.

⁴⁰⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La convocatoria de junta general de socios por registradores mercantiles en el ámbito de los artículos 169 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 46/2016), Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 270.

⁴⁰⁶ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La convocatoria de junta general de socios por registradores mercantiles en el ámbito de los artículos 169 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital”, *op. ct.*, págs. 269 a 270; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 45 a 46; MASSAGUER FUENTES, J., “Régimen de la convocatoria de la junta general por el letrado de la administración de justicia y el registrador mercantil.”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 56/2019), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 7 a 8.

⁴⁰⁷ MASSAGUER FUENTES, J., “Régimen de la convocatoria de la junta general por el letrado de la administración de justicia y el registrador mercantil.”, *op. ct.*, págs. 7 a 8.

⁴⁰⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 50 a 53.

2.2.- Junta general de socios.

Al ser la junta general el órgano deliberante, donde se manifiesta esta voluntad societaria⁴⁰⁹, es allí donde la situación de bloqueo societario realmente se visualiza⁴¹⁰. El bloqueo societario se caracteriza no solo por la imposibilidad de alcanzar aquellos acuerdos que se consideran vitales para la sociedad, sino que también aquellos que se consideran más rutinario y a pesar de su carácter. Desde esta perspectiva, el problema no reside en cuanto al contenido de la decisión que se deba de tomar, el cual se vuelve irrelevante, sino en la misma existencia de diferencias o desavenencias irreconciliables entre los socios⁴¹¹. Al final nunca se aceptará por más inocuo que sea el acuerdo.

El problema reside en que, al estar incardinada dentro de las llamadas causas por constatación de su existencia una vez se haya producido el bloqueo, la misma no opera de manera automática, sino que la disolución debe ser decretada a través de acuerdo entre los socios o decretada por resolución judicial⁴¹². Por más que sea evidente la concurrencia de dicha causa, su constatación es un requisito procedimental “*sine quan non*”⁴¹³. Este acuerdo debe ser adoptado en junta celebrada a tal efecto, siguiendo el régimen de mayorías ordinarias para las sociedades de responsabilidad limitada, es decir, a través de la mayoría de votos válidamente emitidos, teniendo en cuenta, que los mismos han de representar un tercio de los votos que correspondan a las participaciones en que el capital social se divida y sin computar los votos en blanco (Artículo 198 Ley de Sociedades de Capital)⁴¹⁴. A su vez, también es necesario que se celebre la junta general con el quórum

⁴⁰⁹ GALÁN CORONA, E., “La junta general”, *op. ct.*, págs. 498 a 500.

⁴¹⁰ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, pág. 34; SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, *op. ct.*, págs. 1152 a 1154.

⁴¹¹ Uno de los ejemplos paradigmáticos para observar la existencia del bloqueo reside en torno al derecho de información del socio. Con mayor o menor motivo, el socio que se opone a la adopción de acuerdo normalmente excusará su actitud en su vulneración, ya que no se le está proporcionado la información necesaria para tomar una decisión adecuada, de tal forma que no puede votar a favor de una decisión como puede ser la modificación del órgano de administración para que no quede descabezado o la misma solución si no tiene dicho datos. En este sentido ocurren los hechos descritos que dan lugar a la disolución en STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 653/2014, de 26 de noviembre de 2014. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4d5bea7f9cae726b/20150130>

⁴¹² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 852 a 853.

⁴¹³ BATALLER GRAU, J., “Artículo 362. Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria”, *op. ct.*, págs. 2544 a 2547.

⁴¹⁴ GALÁN CORONA, E., “La junta general”, *op. ct.*, págs. 511 a 515.

de constitución y de mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los artículos 193 y 201 de la Ley de Sociedades de Capital.

La sociedad de responsabilidad limitada se rige por el principio de mayoría para poder adoptar acuerdos en la junta general, incluso pudiendo estatutariamente imponer la necesidad de mayorías reforzadas para alcanzar acuerdos. Por ello, en aquellas sociedades cerradas y de carácter familiar, en las que las participaciones sociales se encuentren repartidas de forma paritaria entre dos únicos socios, se puede fácilmente colegir que, desde el momento en que surge el conflicto entre los socios, va a ser imposible alcanzar las mayorías necesarias⁴¹⁵.

Sin embargo, no únicamente en aquellas sociedades con distribución paritaria de las participaciones puede producirse esta imposibilidad de adoptar acuerdos. Si la sociedad tiene cláusulas estatutarias que requieran mayorías reforzadas, si no se alcanzan estas, también se producirá la situación de bloqueo⁴¹⁶. De igual forma, si la distribución no es paritaria, el socio que tenga la mayoría de las participaciones sociales será el que decida si se adoptan o no los acuerdos, y por extensión, si se produce la situación de bloqueo o no. Finalmente, al igual que la existencia del bloqueo societario se debe a la imposibilidad manifiesta de alcanzar acuerdos en la junta, la forma de solucionarlo también se ve condicionada por el propio bloqueo. Al tener que llegar a un acuerdo en junta para poder iniciar el proceso de disolución, se deja la solución a la necesidad de que dos personas o más, enfrentadas entre sí, deban encontrar un punto común para solucionar el conflicto⁴¹⁷.

En definitiva, para que la disolución se produzca, siempre va a ser necesario un acuerdo entre dos posturas enfrentadas. De ahí que, en pocas ocasiones, la junta va a ponerse de acuerdo, siendo por otro lado frecuente que se tenga que acudir a la vía judicial para obtener la disolución de la mercantil.

⁴¹⁵DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, *op. ct.*, 39 a 40.

⁴¹⁶ FLAQUER RUITORT, J., “La paralización de la junta general de accionistas”, *op. ct.*, págs. 1888 a 1906; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 35 a 36; FRADEJAS RUEDA, O., “Paralización de los órganos sociales: Supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, *op. ct.*, págs. 193 a 196.

⁴¹⁷ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 35 a 36; SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, *op. ct.*, págs. 1170 a 1172.

3.- Disolución de la sociedad.

La existencia de causa de disolución va a permitir que se inicie un proceso que la acuerde. Sin embargo, la disolución de la sociedad no debe confundirse con la extinción de la misma⁴¹⁸. El acuerdo, a pesar de tener carácter constitutivo, es solo el inicio del procedimiento de disolución, al cual le seguirá la liquidación de la sociedad y finalmente la extinción de la misma⁴¹⁹. Con el acuerdo de disolución, no se produce la disolución de la sociedad “*per se*”, el acuerdo constatará la existencia de la realidad, es decir, que la causa de disolución concurre. En otro caso no sería necesario adoptar ningún acuerdo al respecto⁴²⁰. Como declaraba la ya histórica Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 1927⁴²¹, “*los órganos sociales no declaran disuelta la compañía, sino que “reconocen” que la misma se halla en trance de muerte*”. Por ello, es necesario que, antes de iniciar el procedimiento de disolución, la misma sea declarada (ya sea a través de acuerdo entre los socios o a través de una declaración judicial) ya que es el cauce formal previsto en la ley, sin el cual no es posible extinguir la sociedad.

Una vez decretada la disolución de la sociedad, la misma debe ser inscrita en el Registro Mercantil, y posteriormente publicada en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” (Artículo 369 de la Ley de Sociedades de Capital y artículo 226 del Código de Comercio). Se debe recordar, que la inscripción tiene carácter declarativo⁴²². La disolución produce todos sus efectos en la esfera interna de la sociedad, desde el acuerdo de disolución y sin necesidad de inscripción y publicación, siendo a su vez, ese momento

⁴¹⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Nombramiento de liquidadores en la Sociedad Anónima” en ALONSO LEDESMA, C. y otros, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 135 a 137; DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, *op. ct.*, págs. 14 a 16.

⁴¹⁹ DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, *op. ct.*, págs. 14 a 16; BATALLER GRAU, J., “Artículo 360. Disolución de pleno Derecho”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 2532 a 2534; SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, *op. ct.*, págs. 1166 a 1176.

⁴²⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 852 a 853; BATALLER GRAU, J., “La disolución”, *op. ct.*, págs. 61 a 63.

⁴²¹ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 1927: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1927/081/A01657-01659.pdf>

⁴²² URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 47 a 50;

en el que cesen los administradores de su cargo. Sin embargo, si no se inscribe en el Registro Mercantil y posteriormente se publica, los terceros de buena fe pueden ignorar la existencia de la disolución.

3.1.- Disolución de la sociedad: Legitimación activa para solicitarla.

Una vez producida la causa de disolución, la disolución puede ser solicitada por los administradores o por los propios socios. Veamos los dos supuestos:

3.1.1.- Legitimación activa de los administradores y su responsabilidad en caso de no promoverla.

Los administradores, como órgano de la sociedad cuya función es la gestión y representación de la misma, tienen una serie de obligaciones y deberes derivados de tal cargo⁴²³. En relación con la disolución, el principal deber que tienen los administradores es el deber de diligencia general del artículo 225 de la ley. Este deber se configura en dos dimensiones⁴²⁴: la cuantitativa y la cualitativa. Mientras que la dimensión cuantitativa hace referencia a la realización de la actuación encomendada, con una atención y dedicación adecuada, la dimensión cualitativa hace referencia a tener los conocimientos y aptitudes necesarios para la realización del cargo. Aunque en la ley no se defina cual es la atención y dedicación adecuada, tradicionalmente lo ha equiparado al nivel de diligencia que sería exigible al ordenado comercial y al representante leal (artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital)⁴²⁵. El administrador debe realizar sus funciones en beneficio del interés general, de la misma forma en el que un ordenado empresario lo haría, tanto el grado de implicación que requiera el negocio como en su profesionalidad en el ejercicio de su cargo de representante de la sociedad, evitan así cualquier

⁴²³ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, *op. ct.*, págs. 153 a 168.

⁴²⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho Mercantil. Parte Primera*, *op. ct.*, pág. 480.

⁴²⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, *op. ct.*, págs. 195 a 198; ALCALÁ DÍAZ, M., “Los deberes de los administradores en la PYME”, en ALCALÁ DÍAZ, M., *Creación, Gestión, Estrategia y Administración de la PYME*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 459 a 464; PEINADO GRACIA, J., “La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores. Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 331/2019), Civitas, Madrid, 2019, págs. 14 a 15.

circunstancia que supusiese un conflicto de intereses⁴²⁶. Cabe matizar que esto no significa que se deba equipar en términos absolutos con el comerciante extrapolándose todos los deberes de este último, ya que, como defendía el profesor QUIJANO GONZÁLEZ⁴²⁷, el administrador, aunque actúe como tal, “*no ejerce el comercio en nombre propio, sino en el de la sociedad y por cuenta de ella*”.

A pesar de esta indeterminación legislativa y de que este deber no se considera una obligación de tomar siempre decisiones acertadas, sí que establece conductas específicas que el administrador debe realizar por el cargo que ocupa⁴²⁸. Una de ellas es la establecida en el artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual los administradores de la sociedad deben convocar junta en el plazo de dos meses, para acordar la disolución, o en su caso la remoción de la causa de la misma⁴²⁹. Este sería el cauce típico de una sociedad para proceder a la disolución. Una vez producida la causa de disolución, el administrador tendría un plazo de dos meses para convocar junta, con el fin de aprobarla. En el acuerdo de disolución, también se incluirá el cese de los administradores (Artículo 374 de la Ley de Sociedades de Capital). Si el acuerdo de junta no pudiese ser adoptado, o el mismo fuese contrario a la disolución, los administradores deberán solicitar la disolución judicial ante el juez de lo mercantil del domicilio social de la sociedad, instando una demanda de disolución frente a la misma sociedad (Artículo 366 de la Ley de Sociedades de Capital).

En el plano teórico, en pocas ocasiones se suele producir la paralización de los órganos sociales como consecuencia de la no promoción de junta general para acordar la disolución, no solo por el conocimiento de los administradores de las responsabilidades que acarrearía tal omisión, sino porque la falta de convocatoria puede ser paliada por los

⁴²⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, *op. ct.*, págs. 198 a 203; ALCALÁ DÍAZ, M., “Los deberes de los administradores en la PYME”, *op. ct.*, págs. 442 a 477; PEINADO GRACIA, J., “La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores. Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores”, *op. ct.*, págs. 20 a 21.

⁴²⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, *op. ct.*, pág. 198.

⁴²⁸ ALCALÁ DÍAZ, M., “Los deberes de los administradores en la PYME”, *op. ct.*, págs. 459 a 464; PEINADO GRACIA, J., “La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores. Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores”, *op. ct.*, págs. 5 a 6.

⁴²⁹ BATALLER GRAU, J., “Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores” en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 2573 a 2575.

propios socios⁴³⁰. No obstante, en las sociedades pequeñas y medianas, el detonante de su incapacidad de actuación aparece en esta fase. Como ya se ha indicado en los apartados anteriores, debido a la existencia de una especial relación de confianza entre los socios, en este tipo de empresas se suele configurar el órgano de administración de manera mancomunado, para que cualquier decisión tenga que ser adoptada de manera unánime. Es por ello que, si uno desea provocar una situación de bloqueo total, le basta con cesar en su cargo, por renuncia al mismo, sin modificar los estatutos sociales, de modo que no se modifica el sistema de administración, que sigue siendo mancomunado. Es suficiente, en este escenario, con no aceptar el nombramiento de otro administrador mancomunado. De esta forma, el socio que sigue como administrador mancomunado, se queda “cojo” en el ejercicio de sus funciones y la sociedad “descabezada”. La situación pasaría a ser muy delicada y prácticamente inoperante en su esfera orgánica. Incluso si el administrador que continúa en el ejercicio de su cargo no realiza las actuaciones adecuadas y no pide la disolución de la sociedad, podría encontrarse con la paradójica situación de que, incluso el otro socio que dimitió de su cargo de administrador mancomunado, le pida responsabilidad. Vemos, pues, que esta situación hipotética de dos administradores mancomunados, únicos socios con una distribución paritaria de las participaciones sociales, es una de las más frecuentes en sociedades cerradas y familiares. Y en estos casos, el conflicto intracorporativo, se extrapola fácilmente al resto de escenarios sociales⁴³¹.

3.1.1.1. Responsabilidad de los administradores.

Debido a las obligaciones contraídas por el administrador, este es responsable tanto civil como penalmente, frente a los socios y a la propia sociedad e incluso frente a tercero⁴³². En el ámbito de la disolución de la sociedad, su falta de promoción por parte

⁴³⁰ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 33 a 36

⁴³¹ BATALLER GRAU, J., “Artículo 363. Causas de disolución”, *op. ct.*, pág. 2553

⁴³² QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, *op. ct.*, págs. 142 a 148; ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 5/1995), Aranzadi, Cizur Menor, 1995, págs. 47 a 50; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada incursas en causa de disolución”, en *Aranzadi Civil: Revista quincenal* (núm. 3/1997), Aranzadi, Cizur Menor, 1997, págs. 1 a 4; SÁNCHEZ CALERO, F., “Evolución de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales por falta de promover la declaración de disolución de la sociedad”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho*

de los administradores, es uno de los supuestos típicos responsabilidad⁴³³. Esta puede ser exigida a través de tres tipos de acciones civiles: a) la acción individual de responsabilidad, regulada en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital; b) la acción social de responsabilidad regulada en el artículo 238; c) y la acción de responsabilidad por deudas del artículo 367 de la misma citada ley. Mientras las dos primeras acciones son genéricas y pueden ser usadas en cualquier momento de la vida de la sociedad, la tercera es un supuesto específico de responsabilidad de los administradores. Por otro lado, tras la reforma de los delitos societarios del Código Penal, introducida por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, existen dudas acerca de la posible responsabilidad penal en estos casos.

a) Acción individual de responsabilidad y acción social.

Estos tipos de acciones consisten en una responsabilidad por un daño directo en el patrimonio como consecuencia de la actuación de los administradores⁴³⁴. Su principal diferencia reside en cuanto al sujeto que la ejerce ya que en la individual serán los socios o terceros, mientras que en la social será la misma sociedad. Como declara la jurisprudencia⁴³⁵, la acción social será considerada como una acción de repetición en los casos en los que se haya condenado a la sociedad por una acción imputable al administrador.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Concursal: Libro homenaje al profesor Javier GARCÍA VILLAVERDE, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 1176.

⁴³³ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada incursas en causa de disolución”, *op. ct.*, págs. 4 a 10; ÁVILA DE LA TORRE, A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial”, en *Revista General de Derecho* (núm. 636/1997), *Revista General de Derecho*, Valencia, 1997, págs. 10379 a 10381; SÁNCHEZ CALERO, F., “Evolución de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales por falta de promover la declaración de disolución de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 1176 a 1182.

⁴³⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada incursas en causa de disolución”, *op. ct.*, págs. 5 a 8; ÁVILA DE LA TORRE, A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial”, *op. ct.*, págs. 10394 a 10396.

⁴³⁵ STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 665/2020, de 10 de diciembre de 2020. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/803ab8c84ed555b8/20201218>.

Ambas acciones tienen los mismos presupuestos, los cuales nuestra jurisprudencia⁴³⁶ más consolidada resume en “(i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; (ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; (iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; (iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) que el daño que se infiere sea directo al tercero, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero”. Por tanto, el objetivo de esta acción es el resarcimiento individual ante conductas u omisiones ilícitas, que hayan producido un daño concreto⁴³⁷. Su fundamento reside en la trasgresión del principio de diligencia debida al administrador, rompiendo las normas generales de responsabilidad societaria⁴³⁸. No debe olvidarse que no se trata de una responsabilidad por no tomar decisiones acertadas, lo cual sería antijurídico, sino por realizar acciones ilícitas, dolosas o negligentes en el marco de sus funciones⁴³⁹.

b) Acción de responsabilidad por falta de promoción de la disolución.

La acción de responsabilidad por deudas hace referencia a la responsabilidad objetiva del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, de tal forma que será responsable solidario el administrador de todas las deudas sociales que contraiga la sociedad. Se imponen así dos deberes al administrador, primero el de convocar junta y posteriormente si no se alcanza acuerdo de disolución, solicitar la disolución judicial, de

⁴³⁶ Entre otras: STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 253/2016, de 18 de abril de 2016. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6ad4deceda398c6e/20160426>; STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 129/2016, de 27 de febrero de 2017. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/aaac17a9d0462771/20170310>; STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 665/2020, de 10 de diciembre de 2020. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/803ab8c84ed555b8/20201218>.

⁴³⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, op. ct., págs. 203 a 216; ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, op. ct., págs. 50 a 68.

⁴³⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, op. ct., págs. 198 a 203; ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, op. ct., págs. 50 a 54.

⁴³⁹ ALCALÁ DÍAZ, M., “Los deberes de los administradores en la PYME”, op. ct., págs. 459 a 461.

tal forma que el incumplimiento de cualquiera de estos dos supondrá un incumplimiento del deber diligencia del administrador que le generará responsabilidad⁴⁴⁰. El fundamento de esta responsabilidad solidaria reside en evitar la proliferación de sociedades, las cuales, a pesar de recaer en causa de disolución, siguen operando ignorando este hecho y alterando gravemente la seguridad jurídica⁴⁴¹. Por tanto, el objetivo de la norma no es reparar un daño, sino eliminar una situación no deseada⁴⁴².

Como viene siendo reconocido por la jurisprudencia⁴⁴³, se trata de una responsabilidad objetiva donde no se exige la existencia del nexo causal entre los daños y la actuación del administrador, sino que existe desde el momento mismo en que el administrador incumple sus deberes, y siendo la misma ilimitada. Para hacer valer esta responsabilidad solidaria, personal e ilimitada, el demandante tiene que probar la aparición de una causa de disolución, que no se ha procedido a su convocatoria y la existencia de un crédito contraído por la sociedad con posterioridad a haber recaído en dicha situación, sin necesidad de demostrar daño alguno o su relación con la actuación del administrador⁴⁴⁴. Por ello es irrelevante argumentar desconocimiento, falta de culpa

⁴⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., “Evolución de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales por falta de promover la declaración de disolución de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 1199 a 1201; MACHADO PLAZAS, J., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad por las deudas sociales y la cuestión relativa a la aplicación retroactiva del artículo 367 LSC”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 791 a 795; MOYA BALLESTER, J., *La Responsabilidad de los administradores de sociedades en situaciones de crisis*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 247

⁴⁴¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada incursas en causa de disolución”, *op. ct.*, págs. 1 a 3; SÁNCHEZ CALERO, F., “Evolución de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales por falta de promover la declaración de disolución de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 1186 a 1189; PULGAR EZQUERRA, J., “La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral”, *op. ct.*, págs. 4 a 6.

⁴⁴² ÁVILA DE LA TORRE, A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial”, *op. ct.*, págs. 10395 a 10396.

⁴⁴³ STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 500/2007 de 14 de mayo 2007. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5ce6cc7bba43990c/20070712>

⁴⁴⁴ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 65 a 67; SÁNCHEZ CALERO, F., “Evolución de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales por falta de promover la declaración de disolución de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 1199 a 1204; MACHADO PLAZAS, J., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad por las deudas sociales y la cuestión relativa a la aplicación retroactiva del artículo 367 LSC”, *op. ct.*, págs. 785 a 786.

o ausencia de daño por parte del administrador incumplidor⁴⁴⁵. Tal y como la jurisprudencia⁴⁴⁶ ha mantenido, el único motivo de exoneración válido es demostrar haber realizado una actuación significativa para remover dicha causa, sin que sea necesario que haya sido fructuosa tal operación. El principal problema de esta acción reside en la dificultad existente de determinar la fecha exacta en la que se produjo la causa de disolución⁴⁴⁷. Para evitar este tipo de prueba, que puede resultar excesivamente gravoso para el que pretenda instar esta acción, la ley establece en el artículo 367.2 la presunción de que será el administrador demandado el que tenga que probar que la deuda social que se reclama es anterior a la producción de la causa de disolución⁴⁴⁸.

Por tanto, los tres son mecanismos válidos para exigir responsabilidad civil en caso de producirse un incumplimiento de los deberes de administrador en relación con la existencia de una causa de disolución⁴⁴⁹. Cabe decir que la acción por la no promoción de la disolución es un mecanismo alternativo y no excluyente, de tal forma que se puede ejercer simultáneamente con la acción individual o social, con el fin de resarcirse correctamente, ya sea a través de una responsabilidad objetiva o por daños concretos causados⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., “Evolución de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales por falta de promover la declaración de disolución de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 1176 a 1178; ÁVILA DE LA TORRE, A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial”, *op. ct.*, págs. 10398 a 10400.

⁴⁴⁶ STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 328/2011, de 19 de mayo de 2011. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7c70eb69c6b634fc/20110728>; STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 417/2006, de 28 de abril de 2006. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0629096860ff1c17/20060601>; STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 1126/2008, de 20 de noviembre de 2008. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fb6d01787a8fe3c7/20081211>; STS sala de lo Civil, secc. 1º, núm. 24/2009, de 2 de febrero de 2009. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/16fa44677bd2cfe9/20090226>.

⁴⁴⁷ ÁVILA DE LA TORRE, A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial”, *op. ct.*, págs. 10381 a 10384; BATALLER GRAU, J., “La disolución”, *op. ct.*, Pág. 80.

⁴⁴⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., “Evolución de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales por falta de promover la declaración de disolución de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 1209 a 1211;

⁴⁴⁹ PULGAR EZQUERRA, J., “La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral”, *op. ct.*, págs. 5 a 6.

⁴⁵⁰ MACHADO PLAZAS, J., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad por las deudas sociales y la cuestión relativa a la aplicación retroactiva del artículo 367 LSC”, *op. ct.*, págs. 786 a 795.

c) La posible responsabilidad penal.

Respecto a la posible responsabilidad penal del administrador, antes de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se tipificaba, en el artículo 295, el delito de administración desleal. Este delito castigaba a los administradores, de hecho, o de derecho, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispusiesen fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrajeran obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren⁴⁵¹. En este tipo se podía incluir la conducta de los administradores que, en claro abuso de derecho, no convocasen junta o no solicitasen la disolución judicial en caso de concurrir causa de disolución.

Tras la reforma del 2015, la administración desleal, pasó a encuadrarse en el artículo 252 del Código Penal, situándose junto al delito de apropiación indebida. En la actualidad existen dudas doctrinales y jurisprudenciales sobre si es posible exigir algún tipo de responsabilidad penal a los administradores por realizar sus funciones relativas a la disolución de la sociedad en claro abuso de cargo y con el único objeto de o bien beneficiarse o bien perjudicar en la medida de lo posible, a los socios o a la propia sociedad, al quedar derogado el artículo 295 del Código Penal.

3.1.2.- Legitimación activa de los socios.

Producida la causa, el socio tiene varias opciones para instar la disolución, dependiendo de cada caso. En caso de que el administrador no convoque la junta, el artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital, permite que al socio que considere que existe causa de disolución que solicite al administrador que la convoque con tal fin. Si aun así no se convoca junta, se puede solicitar la convocatoria al Letrado de la Administración de Justicia o al Registrador Mercantil del domicilio social de la sociedad⁴⁵². En el caso de que no se constituye junta, ya fuera por no alcanzarse el quórum

⁴⁵¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, *op. ct.*, págs. 64 a 65 y 142 a 148.

⁴⁵² FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La convocatoria de junta general de socios por registradores mercantiles en el ámbito de los artículos 169 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital”, *op. ct.*, págs. 269 a 270; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 45 a 46; MASSAGUER

necesario, o por cualquier otra causa; o bien no se alcanza el acuerdo de disolución, el socio podrá solicitar al Juzgado de lo Mercantil la disolución de la sociedad, presentando la oportuna demanda⁴⁵³.

Puede darse también el supuesto de solicitud de oficio de la disolución de la sociedad, sin junta previa. Aunque de la normativa de sociedades se pueda entender que la celebración de la junta general con el único punto de tratar sobre su disolución, es un requisito previo, realmente esta posibilidad se configura simplemente como un derecho⁴⁵⁴. El artículo 366 de la ley de sociedades de capital, al tratar sobre la solicitud judicial de disolución de la sociedad menciona como supuestos habilitantes la falta de convocatoria de la junta, su no celebración, o la imposibilidad de adoptar acuerdos en la misma. En estos casos la convocatoria y celebración de junta se configura como un derecho de los socios para obtener una solución. A su vez, se configura como un deber del administrador con el fin de salvaguardar los derechos de los socios. Es por ello que considerar como requisito previo para la disolución judicial, la necesidad de convocatoria previa o celebración de junta, supondría una vulneración a los derechos de los socios. Supeditar la existencia de una junta previa donde se haya intentado solucionar el bloqueo societario, cuando resulta evidente que no hay remedio posible a este conflicto, debido a la existencia de dos fuerzas paritarias enfrentadas en el seno de la sociedad, significaría poner trabas a los derechos de los propios socios, así como ir en contra de la configuración legal de la causa de disolución como un hecho objetivo⁴⁵⁵.

Por lo tanto, cuando existe una paralización de los órganos sociales en situaciones como las que se han dejado referidas, se puede acudir directamente a la disolución judicial, sin tener que celebrar previamente una junta general⁴⁵⁶. Es importante

FUENTES, J., “Régimen de la convocatoria de la junta general por el letrado de la administración de justicia y el registrador mercantil.”, *op. ct.*, págs. 7 a 8.

⁴⁵³ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 61 a 63.

⁴⁵⁴ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 63 a 65.

⁴⁵⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, pág. 46 a 47.

⁴⁵⁶ En este sentido se ha pronunciado la STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 989/2000, de 4 de noviembre 2000. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2fcdcb264dd13be9/20031203>; según la cual “es evidente, por tanto, que se daba el supuesto del art. 262.3 LSA para que cualquier interesado pudiera solicitar la disolución judicial de la sociedad sin necesidad de un previo intento de

puntualizar que nos encontramos ante lo que la doctrina norteamericana llama como “divorcio no culpable” (“*no-fault divorce*”)⁴⁵⁷. Esto significa que cualquier socio puede solicitar la disolución judicial, incluido aquel que haya contribuido con su dolo o culpa a la generación del bloqueo societario. Todo ello independientemente de las posibles responsabilidades por daños y perjuicios que puedan surgir con ocasión de dicha actitud⁴⁵⁸.

3.2.- Disolución de la sociedad: Disolución judicial.

A pesar de que la solución a la situación de parálisis de los órganos societarios, es adoptar la disolución a través de acuerdo en junta, la propia naturaleza de esta causa de disolución hace que ni siquiera este acuerdo llegue a ser adoptado⁴⁵⁹. La ley prevé que, si la disolución no puede ser decretada, se pueda solicitar, tanto por el administrador como por cualquier interesado, al Juez de lo Mercantil del domicilio social (Artículo 366 Ley de Sociedades de Capital).

A pesar de que este precepto habla de un plazo de dos meses desde la imposibilidad de alcanzar el acuerdo, no estamos ante un plazo de caducidad o de prescripción, sino de un plazo dirigido al administrador para que interese la disolución judicial, para cumplir así su deber de diligencia y no generar responsabilidad civil por sus actuaciones⁴⁶⁰. De esta forma, cualquier interesado, así como el propio administrador, podrá solicitar eficazmente la disolución judicial. Mientras que el deber de los administradores de solicitar la disolución judicial no plantea dificultades, más conflictos suscita la atribución de legitimación a cualquier interesado⁴⁶¹. Es obvio que en este grupo se incluye a todo aquel que tenga participaciones en la sociedad, es decir a los socios de

convocatoria judicial de junta general que a nada habría conducido precisamente por la propia inoperancia de la junta, ya previamente demostrada”.

⁴⁵⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, pág. 48 a 49.

⁴⁵⁸ WOOD, R., “Dissolution of Limited Liability Companies”, en WOOD, R., *Limited Liability Companies. Formation, Operation, and Conversion*. Panel Publishers, Nueva York, 2001, págs. 343 a 344.

⁴⁵⁹ PULGAR EZQUERRA, J., “La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral”, *op. ct.*, págs. 4 a 5.

⁴⁶⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 852 a 853; BATALLER GRAU, J., “La disolución”, *op. ct.*, pág. 63.

⁴⁶¹ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 61 a 62.

la misma, así como a aquellos administradores no socios que actúen a título individual. Respecto al resto de sujetos, se considera interesado todo aquel que acredite un interés legítimo. En este grupo podemos encontrar tanto acreedores como partícipes de una herencia yacente, usufructuarios etc. Respecto a la legitimación pasiva, la demanda de disolución debe dirigirse frente a la sociedad. Por este motivo, cuando la demanda sea interpuesta por el administrador, al ser este, a su vez, el representante de la sociedad, también ostentará su defensa ⁴⁶².

Para que se puede proceder a la disolución judicial es necesario que se constate la falta de voluntad social de alcanzar un acuerdo sobre la misma en la junta, debiendo reflejarse así, en la demanda de disolución. Sin embargo, al igual sucede en otros ordenamientos jurídicos como el alemán⁴⁶³, no será necesaria la celebración de junta expresa para ello, cuando resulte evidente que no se vaya a tomar acuerdo alguno para remediarlo⁴⁶⁴. Como decía el profesor SENÉN DE LA FUENTE⁴⁶⁵, “*si lo que provoca la disolución de la sociedad es la imposibilidad permanente de adoptar acuerdos en las Juntas Generales, basta la pura lógica para comprender que no puede pretenderse que sea la Junta de socios la que acuerde la disolución*”. En el caso de una distribución paritaria de participaciones, y posturas enfrentadas, no será necesaria la convocatoria y constitución de junta con carácter previo a la presentación de la demanda.

El procedimiento judicial puede tramitarse por dos vías: el procedimiento de jurisdicción voluntaria de los artículos 125 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria; y el procedimiento contencioso del artículo 249.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Desde la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en el año 2015, se ha abierto la posibilidad de sustanciar el procedimiento de disolución a través de este mecanismo. Esto permitía una mayor agilidad y simplicidad en el proceso judicial de disolución. Sin embargo, en supuestos como el que analizamos, la propia naturaleza del conflicto que lleva a la situación de bloqueo hace que sea difícil que se pueda tramitar a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Es por ello, que lo

⁴⁶² BATALLER GRAU, J., “La disolución”, *op. ct.*, pág. 62

⁴⁶³ WOLFRAM, J., *Us-amerikanischer Deadlock und Selbstblockade der GmbH-Organen*, *op. ct.*, págs. 112 a 114.

⁴⁶⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 49 a 50; MOYA BALLESTER, J., *El procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de sociedades de capital*, *op. ct.*, págs. 35 a 37

⁴⁶⁵ SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, *op. ct.*, pág. 211.

más frecuente es que se tenga que acudir a las normas del juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su tramitación⁴⁶⁶.

3.3.- Disolución de la sociedad: Liquidación y extinción.

La liquidación y la disolución son instituciones jurídicas íntimamente interrelacionadas⁴⁶⁷. La liquidación es la fase posterior de la disolución, y sin disolución no se puede abrir la fase de liquidación. Por tanto, se trata de un proceso previo a la extinción de la sociedad, que, tras el pago de las obligaciones contraídas, terminará repartiendo el patrimonio social, con el fin de salvaguardar los derechos de los socios, así como de cualquier persona con interés legítimo. Se produce así un cambio del objeto social de la sociedad, que pasa a ser la liquidación de la sociedad, la distribución del remanente y su extinción. De ahí que sea necesario que, en la denominación social, se añada la coletilla “*en liquidación*” (Artículo 371.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

La adopción del acuerdo de disolución no implica la desaparición de la personalidad jurídica de la sociedad, sino que esta se mantiene durante toda la fase de liquidación y desaparece en el momento de la cancelación registral del asiento correspondiente. Por lo que la sociedad se mantiene como centro de imputación de derechos y obligaciones durante la fase de liquidación⁴⁶⁸. El acuerdo de disolución debe de llevar aparejado el cese de los administradores, por lo que sus facultades de representación pasarán a los liquidadores de la sociedad. La ley prevé, tanto por razones de economía procesal como de eficacia que, salvo pacto en contrario, quienes ostentasen el cargo de administrador en el momento de la disolución, se conviertan en liquidadores de la misma. El objetivo perseguido con esta regla es colocar en la posición de liquidador a la persona que mejor conoce el estado actual de la sociedad⁴⁶⁹. Este mecanismo es eficaz

⁴⁶⁶ SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, *op. ct.*, págs. 211 a 55; SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, *op. ct.*, págs. 1171 a 1173.

⁴⁶⁷ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 103 a 105; PULGAR EZQUERRA, J., “La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral”, *op. ct.*, págs. 1 a 3.

⁴⁶⁸ DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, *op. ct.*, págs. 161 a 165; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 118 a 120; PULGAR EZQUERRA, J., “La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral”, *op. ct.*, págs. 7 a 8.

⁴⁶⁹ DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, *op. ct.*, págs. 135 a 136.

en aquellas sociedades donde la administración de la sociedad es encomendada a un tercero experto (como suele suceder en sociedades anónimas, en las que el administrador no suele compartir la figura de socio), así como en aquellas situaciones en las que no concurren elementos personalistas y no existan enfrentamientos entre los socios.

Sin embargo, en el caso que ejemplificamos de parálisis de los órganos societarios, el nombramiento de los administradores como liquidadores, va a reproducir la situación de bloqueo. Esto se debe a que, normalmente, es en las sociedades cerradas y familiares donde se produce esta causa de disolución, y si son los mismos socios enfrentados los que se convierten en liquidadores, casi inevitablemente se va a reproducir la situación de bloqueo⁴⁷⁰.

Las funciones que tienen designadas los liquidadores pueden agruparse en cuatro tipos⁴⁷¹: (1) La realización de inventario y balance inicial; (2) la conclusión de operaciones pendientes (concluir operaciones pendientes y realizar aquellas necesarias para la liquidación de la sociedad); (3) el reparto del patrimonio y (4) el cierre de la sociedad (Artículos 383 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital). De estas cuatro, el reparto del patrimonio, así como la conclusión de las operaciones pendientes, son las operaciones en las que más puede el liquidador intervenir arbitrariamente. A pesar de tener un marco de normas mercantiles que le obliga a evitar casos de enriquecimiento injusto o la indefensión de los acreedores⁴⁷², es previsible que el socio-liquidador busque el perjuicio del socio no liquidador con el que se encuentra enfrentado, dentro de los límites de sus deberes. Es por ello, que, en la mayoría de las situaciones, esta regla de conversión de administrador en liquidador, en la práctica dará lugar a una situación de desigualdad entre los socios⁴⁷³.

⁴⁷⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 50 a 53.

⁴⁷¹ DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, op. ct., págs. 165 a 185; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Artículo 371. Sociedad en liquidación”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 2591 a 2594.

⁴⁷² ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., “Liquidación de sociedades en supuestos de insuficiencia patrimonial con un solo acreedor: Imposibilidad de inscripción sin resolución judicial”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.41/2013), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013 págs. 513 a 514.

⁴⁷³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 50 a 53.

Volviendo a nuestro ejemplo de sociedad con un administrador mancomunado que se ha quedado “cojo”, al haber renunciado a su cargo el otro. Sin duda, el administrador que permanece en el ejercicio de su cargo, pediría al Juez convertirse en liquidador, y el otro socio, que renunció, se opondría. Podría suceder (a) que la resolución judicial designe liquidador al único administrador que queda en la sociedad; o (b) que la resolución no se designe liquidador, instándoles de nuevo a que nombre a uno, reproduciendo la situación de bloqueo al no poder llegar a un acuerdo sobre el nombramiento del liquidador. No cabrían otras alternativas, en tanto que el administrador que renunció a su cargo, adoptaría una actitud pasiva, no proponiendo otras alternativas.

Por lo que entendemos que, en estas situaciones, lo más recomendable, es nombrar a un tercero independiente como liquidador⁴⁷⁴. De esta forma se evitaría que el liquidador-socio tenga la tentación de realizar su trabajo en perjuicio del otro, así como que se reproduzca la situación de bloqueo y que no se pudieran tomar decisiones en la sociedad en liquidación. Cuestión distinta es si el Juez tendría la facultad de nombrar a un tercero como liquidador si nadie la ha pedido que tome esta decisión⁴⁷⁵.

Sobre la posibilidad de solicitar el nombramiento de un tercero ante la más que previsible falta de objetividad del liquidador-socio en situaciones de igual y enfrentamiento, ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia⁴⁷⁶ entendiendo que

⁴⁷⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma, op. ct.*, págs. 50 a 53.

⁴⁷⁵ Sobre este aspecto cabe destacar que, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial ordinario, si se sustancia el procedimiento de disolución por el expediente de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el artículo 128 de la citada ley obliga al juez a pronunciarse sobre la cuestión de la designación de liquidadores. Ver en FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma, op. ct.*, págs. 50 a 53.

⁴⁷⁶ De acuerdo con asentada por STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 45/2012, de 2 de febrero 2012. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/37e6ae852ff82a60/20120320>; STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 601/2007, de 30 de mayo 2007. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c2100dfc4f563676/20070712>: “La exégesis de la norma permite concluir que, en defecto de designación estatutaria y acuerdo de la junta general, los administradores quedan convertidos en liquidadores, sin que sea aceptable la posición mantenida por la sentencia recurrida, al afirmar que “no se trata ya de acudir sin más a la doctrina asentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007 que el Juez analiza en su resolución para disentir motivadamente de ella, sino de propiciar una interpretación normativa que evite abusos surgidos, no con ocasión de la norma sino mediante el uso de la misma, en forma sin duda muy similar a lo que conocemos como fraude de ley”, ya que o la norma se aplica -en cuyo caso debe respetarse el resultado por ella querido-, o se utiliza para defraudar otra -lo que exige identificar la norma defraudada y aplicar la que se

no cabe invocar falta de idoneidad frente a la rigidez de la norma, excusándose en que siempre quedará la posibilidad del socio afectado de exigir responsabilidad, incluso penal, por el incumplimiento de los deberes inherentes de su cargo. Esta posición podría llegar a ser discutible si se tiene en cuenta en vez de la idoneidad del sujeto nombrado liquidador, la extrapolación del bloqueo societario⁴⁷⁷, Aunque se tomen todas las precauciones con el fin de lograr un órgano liquidador imparcial, la junta sigue teniendo un papel decisivo en el proceso liquidador. Los socios estarían obligados a tomar decisiones en atención al nuevo objeto social, la liquidación⁴⁷⁸. Pero a ello no obsta que la confrontación persista y no sea posible adoptar decisiones por mayoría, al seguir la distribución paritaria de participaciones. Una de las funciones primordiales de la junta es la de aprobar balance final de liquidación, sin el cual, no se puede finalizar el proceso de liquidación y por tanto extinguir la sociedad. Y en último término los socios, permaneciendo ese continuo conflicto, podrán rechazar tal acuerdo, manteniendo la situación bloqueo. En cualquier caso, el proceso de liquidación finaliza con la aprobación del balance final de liquidación, si es que se consigue aprobar. Este acto está regulado en el artículo 247 del Reglamento del Registro Mercantil. Una vez aprobado y transcurridos los plazos correspondientes para eventuales impugnaciones, se deberá proceder al reparto del patrimonio sobrante, y acto seguido a la inscripción del cierre registral, finalizando así el proceso de liquidación y extinguiéndose la sociedad.

trata de eludir-, o en excepcionales circunstancias -como la identificada en la sentencia 601/2007, de 30 mayo , sobre la que después volveremos-, se pretende un resultado abusivo -lo que da lugar a la indemnización correspondiente y a la adopción de medidas dirigidas a evitar la persistencia en el abuso (artículo 7 del Código Civil). 25. No cabe, en consecuencia, entender defraudada una norma, que no se identifica, por el hecho de que el capital social esté repartido por mitades entre dos grupos de socios enfrentados entre sí -lo que impide designar liquidador- y el órgano de administración esté controlado por uno de los grupos, ya que, como pusimos de manifiesto en la sentencia 229/2011, de 11 de abril "puede suceder que concurriendo determinadas circunstancias objetivas (fraude; inidoneidad patente; manifiesta complejidad; imbricación de otras sociedades; etc.) pueda justificarse una medida judicial -de designación de liquidador, o de intervención-, pero se trata en todo caso de circunstancias excepcionales, que no se dan con desconfianzas subjetivas, o preparación de la situación mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad social o de naturaleza penal, de resultado desconocido o incierto, por lo que basta, por lo general la operatividad de la responsabilidad a que está sujeto todo administrador-liquidador (art. 114 LSRL ; art. 375.2 TRLSC) ” ,

⁴⁷⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 50 a 53.

⁴⁷⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Artículo 371. Sociedad en liquidación”, op. ct., págs. 2594 a 2596.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO SEGUNDO.- CLÁUSULAS ANTIBLOQUEO.

I.- Introducción.

En la actualidad, la mayoría de los ordenamientos jurídicos internacionales prevén la disolución judicial como solución al bloqueo societario. Sin embargo, su tratamiento jurídico es distinto dependiendo de cada sistema legal. En este sentido, podemos distinguir entre tres tipos⁴⁷⁹: En primer lugar, los Ordenamientos jurídicos que únicamente contemplan la “denuncia-disolución” como mecanismo tipificado en la ley para solucionar la situación de bloqueo societario. En este tipo de ordenamiento incluimos el francés, el italiano y el español; después los Ordenamientos jurídicos que prevén, en función de la situación de la paralización de los órganos sociales, dos posibles resultados alternativos: Por un lado, tanto la separación como la exclusión del socio como mecanismos para permitir la continuidad de la sociedad; y por otro, la disolución forzosa en caso de constatación objetiva de la situación de bloqueo. En este tipo de ordenamientos encontramos tanto el británico como el alemán; Por último, los Ordenamientos jurídicos, donde la disolución es el último remedio a la situación de bloqueo. Única y subsidiariamente se podrá acudir a él cuando no se haya podido resolver a través de alguno de los mecanismos de solución preferente. En este tipo de ordenamiento jurídico encontramos el estadounidense.

El tratamiento en España a la solución del conflicto, toma como única solución eficaz, la disolución judicial forzosa⁴⁸⁰. Una vez producida la paralización de los órganos societarios, como causa objetiva, se produce la obligación de disolver, sin que sea necesario un proceso previo para poder requerirla. Es por ello que es suficiente para constatarlo, demostrar la imposibilidad manifiesta de tomar acuerdos que puedan resolver la causa del bloqueo en base a hechos objetivos. Debido a la propia naturaleza de las sociedades de responsabilidad limitada, donde conviven elementos de las sociedades personalistas y de las sociedades de capital, estos hechos pueden ser variados, sin que exista una lista cerrada que los enumere. Cítese como ejemplo la no aprobación de las cuentas anuales, no cambiar el sistema de administración cuando este ya no pueda actuar, o no nombrar administradores tras el cese de los anteriores.

⁴⁷⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 23 a 25

⁴⁸⁰ BATALLER GRAU, J., “Artículo 362. Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria”, op. ct., págs. 2546 a 2567.

El motivo para dar este tratamiento de “causa-efecto”, es evitar una excesiva burocratización del procedimiento que pueda alargar demasiado estas situaciones. Una vez producido el bloqueo hay que disolver. Por lo que se puede deducir que el objetivo de la norma es agilizar el proceso con la mayor rapidez posible, reduciendo al mínimo los efectos negativos que provoca la desaparición de una empresa, que inevitablemente se incrementan con el transcurso del tiempo⁴⁸¹. De ahí que se reconozca a cualquier interesado el derecho a solicitar la disolución judicial⁴⁸².

Tanto el legislador español como la doctrina, tradicionalmente han estudiado el bloqueo societario desde la perspectiva jurídica de cuáles son los presupuestos de la causa de disolución y de cómo hacerla efectiva⁴⁸³. Sin embargo, no suele ser objeto de análisis cómo surge la misma, si realmente la disolución es el procedimiento más eficaz para solventar este problema o el paradigma de la desaparición de una sociedad por motivos estrictamente jurídicos, ajenos al mercado, es decir, de una sociedad solvente⁴⁸⁴. El origen de esta causa de disolución ya ha sido objeto de estudio en el capítulo anterior por lo que se remite al mismo. Por otro lado, respecto a si la disolución es el procedimiento más eficaz para solucionar el bloqueo, la doctrina mayoritaria ha mantenido una posición a favor. No obstante, esta afirmación debe ser matizada:

Uno de los principales problemas del bloqueo societario es la aparición de una sociedad inoperante en el mercado. En un breve período de tiempo podemos encontrarnos con una sociedad funcional que, sin embargo, no puede realizar las funciones básicas de gestión y representación. Todo ello, teniendo trabajadores a su cargo, proveedores a los que pagar y clientes a los que facturar. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo⁴⁸⁵, el objetivo de la disolución es resolver el problema de la sociedad que no

⁴⁸¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 57 a 59.

⁴⁸² ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (Núm. 618), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993, págs. 1495 a 496.

⁴⁸³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 11 a 17

⁴⁸⁴ ARROYO MARTÍNEZ, I., “Reflexiones en torno al interés social”, op. ct., págs. 12 a 13.

⁴⁸⁵ STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 363/2016, de 1 de junio. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/7bb39d9279a5fc8e/20160614>. De acuerdo con esta sentencia: “Esta causa de disolución está íntimamente conectada con la función del capital social en las sociedades de capital. La regulación legal del capital social en la normativa societaria persigue una estricta vinculación jurídica de los fondos propios aportados a la empresa social, en tutela de los

puede actuar, reduciendo al mínimo sus consecuencias perjudiciales. Lo que debe traducirse en poder pagar los salarios a sus trabajadores hasta que desaparezca la sociedad, saldar las deudas con los proveedores y que no se originen nuevas, y cumplir los encargos pendientes de los clientes. En esencia, liquidar la sociedad⁴⁸⁶.

Quizás sea esto lo que lleve al imaginario de que es una suerte poder acudir a la disolución en caso de bloqueo societario. Sin embargo, ¿no sería más provechoso poder mantener esos trabajadores empleados?, ¿o poder seguir realizando pedidos a los proveedores?, ¿o continuar trabajando para los clientes? ¿No sería mejor para la sociedad solvente y funcional seguir generando riqueza?⁴⁸⁷. ¿Es una suerte, realmente, tener la disolución judicial como único mecanismo jurídico en caso de bloqueo societario?⁴⁸⁸. Probablemente sea necesario repensar sobre los presupuestos empíricos de la normativa de sociedades de capital, es decir, qué se pretende obtener al regular una figura jurídica como la sociedad de responsabilidad limitada.

acreedores y del tráfico jurídico, dada la limitación de la responsabilidad de los socios. La normativa societaria busca tal fin por varias vías: determinando el quantum del patrimonio afecto (fijación de mínimos legales según el tipo societario), garantizando su conocimiento por parte de terceros (constancia en los estatutos y publicidad registral, arts. 9.f TRLSA, actual 23.d TRLSC, y 115 y 121 del Reglamento del Registro Mercantil), asegurando su correcta formación inicial (garantías de depósito bancario de las aportaciones dinerarias y control y responsabilidad de los aportantes respecto de las aportaciones no dinerarias), su completa integración (arts. 42 y siguientes TRLSA, actuales 81 y siguientes TRLSC) y su mantenimiento efectivo a lo largo de la vida social (obligación de reducir el capital por pérdidas del art. 163.1.II TRLSA, actual art. 327 TRLSC, requisitos de publicidad y posibilidad de oposición de acreedores respecto de la reducción de capital, art. 165 y siguientes TRLSA, actuales 319 y 334 TRLSC, responsabilidad de los socios por la restitución de bienes integrantes del capital social por las deudas sociales, etc.). Esta disciplina viene motivada por el principio básico de separación de responsabilidad entre la sociedad y los socios, por el que los socios «no responderán personalmente de las deudas sociales», principio básico de las sociedades capitalistas (art. 1 TRLSA, art. 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y actual art. 1.2º y 3º TRLSC). Si de las deudas sociales sólo responde el patrimonio social, hay que garantizar su afección a la empresa, su realidad, su integridad, su permanencia y que exista una correspondencia razonable entre la cifra de capital social que aparece publicitada en el Registro Mercantil y el patrimonio realmente existente, esto es, que el capital social sea un dato real y no ficticio. De ahí la disciplina legal antes indicada”.

⁴⁸⁶ BATALLER GRAU, J., “Artículo 360. Disolución de pleno Derecho”, *op. ct.*, págs. 2532 a 2534

⁴⁸⁷ La generación de riqueza debe ser entendido en términos amplios, no solo en el plano más directo en relación con la creación de puestos de trabajo y generación de relaciones comerciales, sino que también en relación al pago de impuestos, sostenimiento de la seguridad social, etc. Ver en ARROYO MARTÍNEZ, I., “Reflexiones en torno al interés social”, *op. ct.*, págs. 12 a 13.

⁴⁸⁸ RUBIO, J., *El principio de conservación de la empresa y disolución de Sociedades mercantiles en el Derecho español*, Madrid, 1935, pág. 5 a 60.

El derecho mercantil puede ser entendido como el derecho del mercado⁴⁸⁹. De acuerdo con esta tesis, esta sería la figura más importante ya que es el lugar donde confluye la oferta y la demanda, y donde el empresario no es más que un operador económico. Así, se puede configurar como un instrumento capaz de “*abrir información previa de las nuevas necesidades del comercio para luego formular la ordenación legal*”⁴⁹⁰. Es por tanto un derecho vivo. Bajo esas ideas, surge el derecho de sociedades de capital en el siglo XIX, como respuesta a la necesidad de un nuevo nivel de profesionalización para el empresario como operador típico y con el objetivo de crear un marco legal de mínimos para la fundación de empresas, bajo dos grandes principios: la autonomía de la voluntad y la canalización del ahorro al sistema productivo⁴⁹¹.

Esta concepción arcaica, pero acertada, ha evolucionado en la actualidad hasta poder ser entendida como un instrumento que otorga seguridad jurídica al mercado, ya que regula la constitución, funcionamiento y desaparición de las formas de organización del empresario capitalista. Por lo que, sería correcto afirmar que el derecho de sociedades de capital pretende dar seguridad jurídica al empresario en su forma de organizarse y relacionarse con la propia sociedad. Sin embargo, algunos siguen insistiendo en que el contrato de sociedad pertenece, en primera línea, a la economía y no al derecho. Dicha frase desafortunada⁴⁹², ya que no conviene confundir el objeto de estudio de cada materia, permite, en cambio, entender el problema del paradigma de la desaparición de una sociedad de capital por motivos ajenos a lo económico, es decir, al éxito o al fracaso comercial.

Si el objetivo del derecho de sociedades es precisamente otorgar seguridad jurídica a los empresarios y demás entes económicos del mercado, otorgando soluciones a las necesidades que tengan los comerciantes, no regular un conflicto esencialmente jurídico como es el bloqueo societario, cuyo fundamento se escapa de las leyes económicas y naturales, constituye un grave error del sistema. Y todo esto, bajo el

⁴⁸⁹ MASSAGUER FUENTES, J., “El Derecho mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una Aproximación”, en IGLESIAS PRADA, J., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Civitas, Madrid, 1996, págs. 412 a 414.

⁴⁹⁰ GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo derecho de la sociedad anónima*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, pág. 7.

⁴⁹¹ ALONSO UREBA, A., “Sobre la funcionalidad del Derecho de Sociedades de Capital en la perspectiva de las PYMES”, en ALCALÁ DÍAZ, M., *Creación, Gestión, Estrategia y Administración de la PYME*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 39 a 42

⁴⁹² El objeto de la ciencia jurídica son las normas, mientras que el de la ciencia de la economía son las leyes económicas y naturales. Ver en GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo derecho de la sociedad anónima*, *op. ct.*, págs. 4 a 6.

entendimiento de que la disolución judicial en caso de paralización de los órganos societarios es una solución que otorga una seguridad jurídica parcial y solo hacia los socios de la sociedad, ya que permite esquivar el problema deshaciéndose de la empresa. Sin embargo, una empresa no solo es un organismo económico integrado por capital y trabajo, y regido por el empresario, sino que es una confluencia de intereses que van desde el interés del empresario y el de la empresa (que no necesariamente deben coincidir) hasta los intereses de los clientes, consumidores y trabajadores, es decir, de la generalidad⁴⁹³.

En conclusión, en el derecho de sociedades, la disolución forzosa siempre será una suerte, ya que siempre solucionará el problema (independientemente del tiempo que tarde). No obstante, esto no es más que una fórmula complementaria a la posibilidad de solucionar el bloqueo societario, tal y como en otros sistemas legales sucede. Un buen ejemplo lo encontramos en el derecho estadounidense en el que, si ambas partes manifiestan su voluntad de no continuar juntos⁴⁹⁴, se procederá a la disolución, aunque sin impedir el fomento de la continuidad societaria como solución más ventajosa para este tipo de conflictos. Es necesario articular alternativas que aseguren la viabilidad de la sociedad desde un punto de vista orgánico, y solo en caso de que las mismas no puedan o no quieran ser empleadas en el caso concreto, acudir la disolución. De esta forma se zanjará uno de los paradigmas del bloqueo societario en nuestro ordenamiento, dificultando, en el futuro, que una sociedad desaparezca por motivos estrictamente pasionales. Bajo estas premisas, ordenamientos jurídicos como el alemán, el británico y el estadounidense han ampliado el objeto de estudio del bloqueo societario a la búsqueda e implementación de estas alternativas que permitan la supervivencia de la sociedad, con independencia de cuál sea la voluntad de alguno de los socios.

No se puede olvidar que la sociedad de responsabilidad limitada, aunque tenga rasgos personalistas, es en esencia una sociedad de capital. Ese carácter supedita tanto la obligación de promoción, al fin común de los socios, como que los principios capitalistas gobiernen su entero régimen jurídico⁴⁹⁵. Por ello, intrínseco a la salvaguarda del capital, se encuentra el deber de buscar la supervivencia de la sociedad por encima de los intereses

⁴⁹³ GARRIGUES, J., *Temas de derecho vivo*, Tecnos, Madrid, págs. 340 a 344; DE LA CAMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, op. ct. págs. 19 a 21; GALGANO, F., “La società per azioni”, en GALGANO, F., *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*. Cedam, Padova, 1988, págs. 57 a 61.

⁴⁹⁴ O’NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, op. ct., págs. 9.323 a 9.326

⁴⁹⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 48 a 50 y 162 a 166.

personales de los socios, aunque eso conlleve la salida de alguno de los mismos de la sociedad. Ya en 1935 el profesor RUBIO⁴⁹⁶ hablaba de la necesidad de compaginar la relajación de los lazos contractuales, particularmente íntimos en las sociedades, cuando la convivencia entre los socios se hacía insostenible, con el interés general de mantenimiento de una empresa útil para la vida económica. El interés social está por encima de los intereses personales y como dice el profesor ARROYO MARTÍNEZ, “defender la riqueza que genera una sociedad rentable, que no es sino la defensa de la vida misma, se denomina jurídicamente interés social⁴⁹⁷”.

Una vez producido el enfrentamiento entre los socios con posiciones irreconciliables, es complicado llegar a un acuerdo sobre cualquier aspecto⁴⁹⁸. Por ello, es sumamente difícil poder acudir a un mecanismo “*ex post*”⁴⁹⁹ (es decir una vez surgido el problema) para solucionarlo, ya que en último término su empleo quedará supeditado a alcanzar un acuerdo para acudir a él. Su origen se encuentra en que el motivo de la disputa, en general, nada tiene que ver con la propia sociedad, abarcando un campo más pasional que racional. Tal y como defendía el profesor CARRASCO PEREA⁵⁰⁰, “*hay un factor idiosincrático de perversión, y es que el terreno de las relaciones familiares es propicio para odios y desencuentros resistentes a cualquier regla de razón y a cualquier cálculo de intereses*”. De esta forma, ni siquiera un proceso de disolución ágil podría ser la solución (salvo en los escasos supuestos en los que sí que exista una voluntad común y de buena fe de poner fin a la relación empresarial que una a los socios) ya que una o ambas partes lucharán para no solucionar el conflicto y agrandarlo lo máximo posible⁵⁰¹.

De acuerdo con el artículo 365 de Ley de Sociedades de Capital, una vez constatada la causa de disolución el administrador está obligado a convocar junta general en el plazo de 2 meses. Por otro lado, conforme al artículo 47 de la misma ley los socios han de ser notificados con una antelación mínima de 15 días. De esta forma en un procedimiento con voluntad común por ambas partes de terminar el conflicto, el acuerdo

⁴⁹⁶ RUBIO, J. *El principio de conservación de la empresa y disolución de Sociedades mercantiles en el Derecho español, op. ct.*, pág. 5.

⁴⁹⁷ ARROYO MARTÍNEZ, I., “Reflexiones en torno al interés social”, *op. ct.*, pág. 13.

⁴⁹⁸ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, págs. 33 a 36.

⁴⁹⁹ BACHMANN, G., EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., FLEISCHER, H. y SCHÖN, W., *Regulating the closed corporation*, Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2014, págs. 77 a 78.

⁵⁰⁰ CARRASCO PERERA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, *op. ct.*, pág. 582.

⁵⁰¹ HERNANDO CEBRIÁ, L., *El abuso de la posición jurídica del socio en las Sociedades de Capital.*, Barcelona, Bosch 2013, págs. 243 a 246.

de disolución puede ser adoptado en un plazo de entre 3 o 4 meses desde que surja el bloqueo. Sin embargo, si existen posiciones enfrentadas y el procedimiento se judicializa, el problema fácilmente se puede alargar cinco o seis años, pues es difícil obtener un pronunciamiento de disolución firme, antes de este tiempo⁵⁰². El excesivo y burocratizado procedimiento, unido a la habitual demora de los juzgados a la hora de tramitar procedimientos y recursos, puede provocar que la solución tarde años en llegar.

En cualquier caso, esto sería tan solo la primera parte, porque después habría que abordar la liquidación, cuya duración dependerá de la dificultad que ofrezca convertir en dinero el patrimonio social, el pago a acreedores y la división del líquido resultante⁵⁰³. Incluso la propia Ley de Sociedades de Capital, de manera indirecta, nos avanza que el problema puede alargarse durante al menos tres años más, pues este es el plazo que el artículo 389 fija como duración máxima del cargo de Liquidador. La liquidación no es un proceso exento de obstáculos, ya que la situación de enfrentamiento absoluto provocada por la hostilidad que puede existir entre los socios, también se extrapola a esta fase⁵⁰⁴, lo que puede desembocar en situaciones tan absurdas como que, una vez vaciada de contenido patrimonial la sociedad, se vea obligada a entrar en concurso al no haber podido satisfacer la totalidad de las deudas con los acreedores⁵⁰⁵ o que, debido a las posturas enfrentadas de los socios, se obstaculice el proceso liquidatorio dado que, en la práctica, en muchas ocasiones los liquidadores son los propios socios o alguno de ellos debido a la conversión automática del cargo de administrador en liquidador, prevista en el artículo 376 de la Ley de sociedades de capital⁵⁰⁶. Un ejemplo de este tipo de

⁵⁰² Debido a la complejísima y delicada situación en la que se puede encontrar alguno de los socios (sobre todo si ostenta el cargo de administrador) con el fin de evitar posibles responsabilidades y demandas cruzadas que puedan dilatar aún más el proceso de disolución, lo correcto es realizar todos los pasos establecidos legalmente para obtener el acuerdo de disolución: 1º intentar la convocatoria de la junta extraordinaria por los cauces convencionales. 2º solicitar la convocatoria de junta general judicialmente. 3º solicitar la disolución judicial ante los tribunales, y esperar hasta que se obtenga sentencia en última instancia.

⁵⁰³ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 1497 a 1500.

⁵⁰⁴ HERNANDO CEBRIÁ, L., *El abuso de la posición jurídica del socio en las Sociedades de Capital*, *op. ct.*, págs. 240 a 244

⁵⁰⁵ ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., “Liquidación de sociedades en supuestos de insuficiencia patrimonial con un solo acreedor: Imposibilidad de inscripción sin resolución judicial”, *op. ct.*, págs. 511 a 528.

⁵⁰⁶ De acuerdo con FERNÁNDEZ DEL POZO, la conversión automática del administrador en liquidador de esta disposición, provoca que el conflicto se acentúe ya que en la práctica en las sociedades cerradas los mismos socios o alguno de ellos, son los que ocupan el cargo de administrador. Ver en FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 50 a 53; Además conforme nuestra jurisprudencia ha mantenido, tampoco es posible oponerse a dicha conversión en base a la idoneidad del nuevo liquidador.

situaciones es el caso descrito en los hechos de la Resolución de 3 de julio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁵⁰⁷, cuyo proceso tardó más de 10 años en resolverse. Este sería nuestro clásico ejemplo de sociedad cuyos únicos socios son un matrimonio, que con el tiempo se separa tras un proceso convulso de divorcio, en el que, al final, las diferencias manifestadas en la relación conyugal se extrapolan a la relación profesional.

Con el fin de buscar alternativas a la disfuncionalidad del proceso de disolución, que eterniza el problema agravando sus consecuencias negativas, y permitir la continuidad de la sociedad, ordenamientos jurídicos como el estadounidense, han implementado los llamados mecanismos de solución “*ex ante*”, previéndolos estatutariamente, a través de los “*shareholders agreement*” o incluso como derechos de los socios reconocidos directamente por la ley. De esta forma se establece la obligatoriedad de someterse a ellos, si alguno de los socios decide acudir a los mismos, así como mediante el establecimiento de una cláusula penal⁵⁰⁸ que regule las consecuencias jurídicas e indemnizaciones en caso de incumplimiento de lo estipulado. De esta forma se supera la necesidad de alcanzar un acuerdo entre los socios con posturas irreconciliables para poner fin al bloqueo societario, siendo suficiente la voluntad de uno de ellos para perfeccionar la eficacia del mecanismo.

Como ya hemos dicho, el nacimiento de una sociedad, es uno de los momentos más cruciales para la misma. Por este motivo es tan importante la planificación en torno a las normas de control estatutario⁵⁰⁹, de tal forma que es considerada como una de las partes más importantes del trabajo de un abogado⁵¹⁰ que asesora a empresas cerradas. Si cuando se crea una empresa, las partes se limitan simplemente a estructurarla sin hacer mención expresa de la forma de actuar ante el incorrecto funcionamiento de las reglas de gobierno, se dejará todo el poder corporativo en manos de la mayoría o, en caso de una distribución paritaria de las participaciones o de la existencia de dos o más grupos enfrentados, en manos de una de ellas.

Ver en STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 229/2011, de 11 de abril. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/57bc08098d1547ac/20110420>.

⁵⁰⁷Resolución de 3 de julio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/08/01/pdfs/BOE-A-2017-a-9168.pdf>.

⁵⁰⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “*El protocolo Familiar. Empresa familiar y publicidad registral*”, *op. ct.*, págs. 121 a 123.

⁵⁰⁹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 20 a 22.

⁵¹⁰ O’NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, *op. ct.*, pág. 4.5.

En este caso, cuando se produzca el habitual conflicto de intereses en algún momento de la vida de la sociedad, lo habitual será que se produzca una extralimitación en el cumplimiento del deber de promoción del fin común. Lo que provocará que, irremediabilmente, se generen injerencias en los derechos del socio perjudicado, situaciones de bloqueo societario o el incremento de los llamados en el ámbito financiero como “*agency costs*”⁵¹¹, es decir, destrucción del valor de la empresa.

Bajo esta mentalidad, en la sociedad estadounidense se recomienda acudir al asesoramiento legal⁵¹² para la creación de una empresa⁵¹³, no solo para prevenir el “*deadlock*”, sino para crear un auténtico sistema normativo propio que pueda regular y prevenir la mayoría de las situaciones que se puedan dar en el seno de la sociedad. Desde la previsión de abusos hasta normas sobre la distribución de dividendos. Sin embargo, en la práctica económica española, no existe la costumbre de acudir al asesoramiento legal para crear sociedades de responsabilidad limitada.

Históricamente su regulación ha pecado de una excesiva rigidez normativa, debido a la remisión sistemática a la normativa de la sociedad anónima. Esto ha provocado que, a diferencia de lo que ocurría en el resto de países de su entorno donde se potenciaba la especialidad de cada figura societaria, en España como medida política de estimulación del mercado y desarrollo de las relaciones económicas, se procediese a la desregularización de la figura⁵¹⁴ para fomentar la creación de empresas. Así se evitaba

⁵¹¹ FERRARINI, G., “Shareholder Value and the Modernization of European Corporate Law” en HOPT, K. J. y WYMEERSCH, E., *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, págs. 223 a 224.

⁵¹² HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, *op. ct.*, págs. 16 a 17.

⁵¹³ Hablamos de creación de empresas y no de constitución de sociedades de responsabilidad limitada, ya que el primer término es más amplio. Cuando se habla de constitución, nos referimos a los aspectos ya mencionados en el punto 2.2.1 del presente trabajo, es decir, el negocio fundacional, otorgamiento de escritura e inscripción en el Registro Mercantil. Sin embargo, la creación de una empresa significa la formación de una comunidad de trabajo (Ver en GARRIGUES, J., *Temas de derecho vivo*, *op. ct.*, págs. 342 a 343), que abarca no solo la constitución de una sociedad, sino también aspectos que suceden antes y después de ese momento, es decir, el surgimiento de la idea, su puesta en marcha antes de su profesionalización, la creación un marco legal que regule las relaciones entre los socios al margen de la sociedad y las relaciones laborales etc.

⁵¹⁴ MASSAGUER FUENTES, J., “El Derecho mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una Aproximación”, *op. ct.*, págs. 421 a 428.

acudir al asesoramiento legal, reduciendo el número de gastos y favoreciendo la constitución de nuevas sociedades.

No obstante, lo que en un primer momento consistía en una flexibilización de la normativa con el fin de impulsar el uso de este tipo societario, ha tenido dos consecuencias: la facilidad excesiva en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada y la desprofesionalización de la figura. Este es uno de los motivos que explican el fracaso jurídico de muchas sociedades, cuyos estatutos son modelos-estandarizados sacados directamente de las normas o recomendaciones del poder ejecutivo, sin ajustarse ni al sector al que se dirige, ni al carácter de sociedad que se pretende. Ejemplo de ello, sería constituir una sociedad dedicada al calzado y adoptar los estatutos tipo establecidos por las recomendaciones legislativas, sin tener en consideración que se trata de una industria cíclica o de temporada.

II.- Tipología.

Tradicionalmente en Europa, y concretamente en España la configuración de las relaciones sociales entre los socios y la sociedad y entre ellos mismos, se ha dejado al arbitrio de la autonomía de la voluntad plasmada en los estatutos sociales, con el respeto a la normativa de mínimos existente. En nuestro ordenamiento, el problema fue que se optó por el sistema ya mencionado de remisión sistemática de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada a su homónima de sociedades anónimas. Esto disminuía considerablemente las posibilidades de introducir cláusulas y figuras novedosas que tendían en muchas ocasiones a fortalecer o disminuir el carácter personalista o capitalista de la sociedad⁵¹⁵. Ejemplo de ello era la ya mencionada tendencia de las pequeñas y medianas empresas de la España del siglo XX a constituirse como sociedades anónimas en vez de responsabilidad limitada. De esta forma, en muchas ocasiones se dejaba el devenir de la sociedad, a la suerte del inicio de la misma, es decir, a todo aquello que hubiesen consignado en los estatutos en el momento de constitución.

A partir de la década de los noventa⁵¹⁶, empieza a ser frecuente el uso de otros instrumentos para regular el funcionamiento y la configuración de las relaciones entre los

⁵¹⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*. McGraw-Hill, Madrid, págs. 169 a 171.

⁵¹⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo Familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. ct., págs. 28 a 33.

socios y la sociedad, más allá de los estatutos. Esta tendencia, conocida como la “diversidad contractual de lo extraestutario” nació en Francia con figuras como los “*Accords extra-statutaires*”⁵¹⁷ o “*pacte de famille*”, y rápidamente comenzó a extrapolarse al resto de países europeos, incluido España, a través de los pactos parasociales o pactos reservados y los protocolos familiares. Este tipo de acuerdos permitían la configuración legal de las relaciones entre los socios, al margen de la sociedad. De esta forma se generaba un marco normativo externo al negocio societario, pero dependiente del mismo.

Se introdujeron así en la vida societaria, normas que podía desdibujar el tipo social, tales como cláusulas de sindicación de voto, de restricción de la transmisión de las participaciones sin el consentimiento del resto de socios, o de igualdad en el reparto de dividendos con independencia del porcentaje de distribución de las participaciones de los socios⁵¹⁸. Gracias a esto se comenzaron a utilizar nuevos tipos de mecanismos y cláusulas en las sociedades de capital. Sin embargo, debido a su escaso uso histórico y a las dudas jurídicas que ofrecían, muchos operadores jurídicos siguen reacios a su utilización.

La mayoría de cláusulas o tipos de acuerdos entre los socios son producto de la influencia del derecho anglosajón, principalmente Reino Unido y Estados Unidos. Esto se debe tanto a la flexibilidad del “*Common Law*” como sistema legal, como a una mayor tradición histórica en la creación de empresas familiares, lo que les permite regular las “*Closed Corporations*”⁵¹⁹, personalizando el tipo social elegido más allá de la escritura fundacional. Sin entrar en profundidad en el análisis de los motivos jurídicos que explican su proliferación en los ordenamientos jurídicos basados en el “*Common Law*” y que serán objeto de estudio en el apartado correspondiente, baste de momento con decir que esto les ha permitido profundizar en las distintas alternativas a la disolución societaria, articulando la mayoría de los mecanismos capaces de ello y que van a ser analizados en el presente trabajo.

⁵¹⁷ GUYON, Y., *Droit des affaires. Droit commercial général et Sociétés*, op. ct., págs.774 a 776

⁵¹⁸ O'NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, op. ct., págs. 4.4 a 4.9

⁵¹⁹ BACHMANN, G., EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., FLEISCHER, H. y SCHÖN, W., *Regulating the closed corporation*, op. ct., págs. 1 a 4.

En una primera aproximación, los distintos mecanismos eficaces para solucionar el conflicto societario pueden ser agrupados en dos grupos, en función de su naturaleza⁵²⁰: Separación del socio y transmisión de participaciones. Junto a estos dos tipos, existe un tercer grupo de fórmulas de resolución de conflictos: el Arbitraje y la mediación. No obstante, debido a su mayor frecuencia en el tráfico jurídico, así como a sus propias características, serán objeto de análisis en un capítulo independiente. Mientras que el derecho de separación y de exclusión se encuentran ya introducidos en el ordenamiento jurídico español, aunque con matices, la transmisión de participaciones como remedio a la situación de bloqueo societario ha sido un mecanismo poco utilizado y estudiado históricamente en el derecho de sociedades de capital.

1.- Extinción y liquidación de la posición jurídica del socio⁵²¹.

La separación del socio “*consiste en una disolución parcial del vínculo societario*”⁵²². Con este mecanismo, se procede a la extinción de las participaciones sociales o las acciones afectadas, provocando una reducción del capital existente en la sociedad⁵²³. Por tanto, se produce la extinción de la posición jurídica del socio con disolución del vínculo societario. A través del mismo, se da solución a los problemas inter corporativos que puedan surgir entre los socios, al permitir la salida de uno de ellos, sin tener que recurrir al remedio extremo de extinción total de la sociedad. De esta forma, se potencia la tutela del principio de conservación de la empresa social⁵²⁴. Al permitir la disolución parcial, como mal menor, se evita la desaparición total, manteniendo el resto de la sociedad. Se configura como un medio capaz de resolver conflictos relevantes y duraderos entre los socios, compatibilizando la necesaria liquidación parcial del vínculo societario de alguno de ellos, cuya situación con el resto se haya vuelto insoportable, con

⁵²⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 301 a 302.

⁵²¹ En palabras del profesor Villaverde, esta denominación refleja a la exactitud el conjunto de instituciones que se va a tratar en este apartado. Ver en GARCÍA-VILLAVARDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales*, Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 95 a 97.

⁵²² GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, pág. 302

⁵²³ GARCÍA-VILLAVARDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales*, *op. ct.*, pág. 95 a 97; SEQUEIRA MARTÍN, A., “Derecho de separación y la exclusión del socio”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.36/2011), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 2 a 6.

⁵²⁴ ALONSO LEDESMA, C., “La autonomía de la voluntad en la separación de socios” en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, págs. 98 a 103.

la conveniente subsistencia de las demás relaciones societarias y de la organización social⁵²⁵.

Dos son los métodos que se han articulado para ello, y cuya regulación, aunque dispersa, principalmente se encuentra en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital y en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: El derecho de separación y la exclusión de socios. Mientras que el derecho de separación permite al socio apartarse por su propia voluntad, cuando se produce un cambio significativo de la estructura social, la exclusión permite apartar al socio, cuya conducta resulte perturbadora para la sociedad, en contra o sin su voluntad⁵²⁶.

Ambos mecanismos se basan en las mismas premisas: (1) salida de la sociedad a cambio de una (2) compensación económica por ello, proporcional a la (3) reducción del capital fugado. No es una simple baja por parte de uno de los miembros a la sociedad, dejándola a su suerte, sino una liquidación de la relación económica que les une, tal y como sucede en la mayoría de ordenamientos jurídicos⁵²⁷. Por ello, al socio le corresponde una satisfacción económica equivalente al valor de las participaciones que va a retirar, es decir, un derecho de reembolso.

El problema de estos mecanismos reside principalmente en la necesidad liquidar el capital social, con los riesgos inherentes de incurrir en una posible infracapitalización. Esta situación puede ser comparada con el régimen de las sociedades cooperativas el cual, a pesar de tener caracterizarse por tener un capital variable, ve fundamentada la entrada y salida de la misma en otros negocios jurídicos distintos al de la transmisión⁵²⁸. En este

⁵²⁵ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J., “La sociedad de Responsabilidad Limitada: Exclusión y Separación de socios” en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 1145 a 1146.

⁵²⁶ SÚAREZ-LLANOS, GÓMEZ, L., “Sobre la separación de un socio en las sociedades de personas”, *op. ct.*, págs. 794 a 796.

⁵²⁷ Se encuentra regulado de esta forma, entre otros países, en Alemania, ver en HENSSLER, M. y STROHN, L., *Gesellschaftsrecht*, C. H. Beck, Múnich, 2019, págs. 127 a 128; En Francia, ver en CHAMPENTIER DE RIBES-JESTEAU, A., *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, *op. ct.*, págs. 404 a 407; En Estados Unidos, ver en RAGAZZO, R. y MOLL, D., *Closely Held Business Organizations. Cases, materials, and problems*, Thomson-West, Saint Paul, 2016, págs. 840 a 841 o HYNES, D. y LOEWENSTEIN, M., *Agency, Partnership and the LLC. In a nutshell*, West Academic Publishing, Saint Paul, 2020 págs. 298 a 300.

⁵²⁸ En este sentido, para el socio optante será más sencillo solicitar la misma entrada que negociar la compra con otro socio. Ver en MOYA BALLESTER, J., “El derecho de separación del socio cooperativo y el

sentido, son principios configuradores de su tipo social el principio de puerta abierta y su vertiente negativa, es decir, el de baja voluntaria, según los cuales, cualquier persona tiene derecho a solicitar la admisión dentro de la cooperativa y así como su baja sin alegar justa causa⁵²⁹. Sin embargo, su salida no tiene que llevar aparejada obligatoriamente un derecho de reembolso. El propio legislador, preocupado por la inestabilidad del capital variable de estas sociedades ha establecido un sistema para protegerlo. En este sentido, el artículo 45 de la Ley de Sociedades Cooperativa permite que el capital social pueda estar integrado por aportaciones con derecho de reembolso y sin este derecho, estableciéndose también determinados requisitos para que finalmente se obtenga la contraprestación debida ante la baja voluntaria. Entre todos ellos cabe destacar el establecido por el artículo 51.7 de la citada ley⁵³⁰, donde para evitar que la salida del socio se vea ligada a la reducción del capital, crea un sistema denominado “adquisición derivativa de la posición del socio”, consistente en que aquel que solicite entrar en la sociedad, tendrá que adquirir las aportaciones realizadas por el socio que ejecute su derecho de baja voluntaria⁵³¹. De esta forma se crea la posibilidad de que el socio entrante ocupe la vacante disponible del socio saliente, sin afectar propiamente al capital social.

El fundamento de este sistema reside principalmente en que las aportaciones realizadas no tienen la misma conceptualización. En ese sentido, en las sociedades cooperativas no se considera que el socio que adquiere tal condición se coloca una

principio de puerta abierta”, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* (núm. 50/2008), Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 1 a 3.

⁵²⁹ VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Modificaciones en el régimen de la sociedad cooperativa relativas a la constitución del capital social”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 1022 a 1039; PULGAR EZQUERRA, J., “La pérdida de la condición del socio en el marco cooperativo: Su baja y expulsión”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 1043 a 1045; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La disolución de la sociedad cooperativa”, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* (núm. 50/2008), Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 11 a 12; MOYA BALLESTER, J., “El derecho de separación del socio cooperativo y el principio de puerta abierta”, *op. ct.*, págs. 2 a 3;.

⁵³⁰ Artículo 51.7) de la Ley de Sociedades Cooperativas: “*En caso de ingreso de nuevos socios los estatutos podrán prever que las aportaciones al capital social de los nuevos socios deberán preferentemente efectuarse mediante la adquisición de las aportaciones previstas en el artículo 45.1.b) cuyo reembolso hubiese sido solicitado por baja de sus titulares. Esta adquisición se producirá por orden de antigüedad de las solicitudes de reembolso de este tipo de aportaciones y, en caso de solicitudes de igual fecha, la adquisición se distribuirá en proporción al importe de las aportaciones*”.

⁵³¹ VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Modificaciones en el régimen de la sociedad cooperativa relativas a la constitución del capital social”, *op. ct.*, págs. 1022 a 1039; PULGAR EZQUERRA, J., “La pérdida de la condición del socio en el marco cooperativo: Su baja y expulsión”, *op. ct.*, págs. 1039 a 1041.

situación de prestamista frente a la sociedad⁵³². En cambio, en las sociedades de capital la situación es totalmente opuesta ya que la adquisición de socio es la consecuencia del contrato suscrito, de tal forma que su anulación debe significar la liquidación de la posición y la restitución de lo suscrito. En estos casos, la jurisprudencia⁵³³ si que ha confirmado la existencia de un auténtico derecho de reembolso para el socio salientes.

Esta situación puede generar un menoscabo grave: La reducción del capital social por debajo del mínimo legal, recayendo así en causa de disolución la sociedad (Artículo 363.1.f de la Ley de Sociedades de Capital)⁵³⁴. Para permitir la continuidad de la empresa es necesario alcanzar ese mínimo, por lo que se suele aprovechar esta situación para acudir a la financiación externa con la entrada de nuevos socios que se hagan cargo. No obstante, lo que puede ser una oportunidad para las sociedades abiertas y principalmente para las sociedades anónimas,⁵³⁵ en el caso de sociedades cerradas, la eficacia es reducida. La inversión se incentiva a través de la desinversión, es decir, sin liquidez no hay inversores. Por ello, la ausencia de un mercado al que acudir, dificulta en gran medida la financiación de las sociedades cerradas a través del ahorro ajeno⁵³⁶. Volviendo a nuestro prototipo de sociedad pequeña o mediana, formada por dos únicos socios, en el caso de que se decida proceder a la separación, debido al propio tamaño de la sociedad, el capital social se verá fácilmente reducido por debajo del mínimo establecido. Ante tal situación, el socio que se mantenga, si desea evitar la disolución de la sociedad, deberá asumir él mismo la cantidad restante, salvo en el hipotético caso de que ya conozca a alguien de confianza que realmente se encuentre interesado en entrar en la sociedad.

En la práctica, estos remedios excepcionales podrán ser utilizados en contadas ocasiones. A diferencia del tratamiento jurídico que se le da a esta figura en el derecho

⁵³² VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Modificaciones en el régimen de la sociedad cooperativa relativas a la constitución del capital social”, *op. ct.*, págs. 1022 a 1026; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La disolución de la sociedad cooperativa”, *op. ct.*, págs. 10 a 11

⁵³³ En la reciente STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 4/2021, de 15 de enero de 2021. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/405427a29c7f91d2/20210125>.

⁵³⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. “La posible previsión de una causa estatutaria de separación del socio como mecanismo para resolver el bloqueo estatutario”, en *La Ley Mercantil* (núm. 36/2017), Wolters Kluwer, Madrid, 2017, págs. 6 a 8. FARRANDO, I., *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 173 a 175.

⁵³⁵ MADRID PARRAS, A., “Representación y transmisión de acciones. Cláusulas limitativas”, *op. ct.*, págs. 28 a 29.

⁵³⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, pág. 302

anglosajón⁵³⁷, donde se pone el acento en permitir la salida de la sociedad, con el fin de evitar que la presencia del socio sea un inconveniente para la misma, asumiendo aquel las consecuencias ligadas a esta; en el ordenamiento jurídico español se prioriza el principio de conservación del capital social, frente a las posibles injerencias estructurales que puedan suceder, incluida la separación del socio⁵³⁸. Al ser una excepción al citado principio, el legislador ha procurado que no se utilice como un instrumento que permita al socio salir a su antojo de la sociedad, resolviendo el vínculo societario o retirando la aportación hecha al fondo común a voluntad⁵³⁹.

La ley permite la utilización de estas figuras en causas tasadas, dificultando su uso discrecional, aunque deja una puerta abierta a la posibilidad de que estas figuras puedan ser moldeadas o incluso de que se añadan nuevos casos, en virtud de la autonomía de la voluntad a través de los estatutos (Artículos 347 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital). Por tanto, conforme a los casos legalmente establecidos, difícilmente podrán ser utilizadas como medio de solución del bloqueo societario, y solo, en el improbable caso de que previamente se hayan consignado estatutariamente como tal, podrán ser utilizadas con ese fin.

1.1.- Derecho de separación.

El derecho de separación constituye una declaración unilateral de voluntad frente a la sociedad, por parte del socio que desee ejercerlo, cuando existan circunstancias que hagan que no sea exigible su continuidad en la misma, sin necesidad de aceptación por parte del resto de los miembros⁵⁴⁰. Consecuentemente es un instrumento que elude uno de los principales problemas de la paralización de los órganos societarios, la necesidad de alcanzar un acuerdo para superar el bloqueo. Al supeditarse su ejercicio al cumplimiento de los requisitos legales o estatutariamente establecidos, no es necesario contar con la voluntad del socio que pretende el bloqueo. Así se elude la suerte de “*ser*

⁵³⁷ HYNES, D. y LOEWENSTEIN, M., *Agency, Partnership and the LLC. In a nutshell, op. ct.*, págs. 298 a 304.

⁵³⁸ VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “En torno a algunas causas del derecho de separación del socio”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 1072 a 1073.

⁵³⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, pág. 302 a 303

⁵⁴⁰ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J., “La sociedad de Responsabilidad Limitada: Exclusión y Separación de socios”, *op. ct.*, págs. 1154 a 1156.

prisionero de sus propias participaciones”⁵⁴¹. En la mayoría de los casos expresamente previstos por la norma, se exige que se haya alcanzado un acuerdo, y que el miembro que desee ejercer el derecho haya votado en contra. Por este motivo, cumple la función de tutela del socio frente al poder de decisión de la mayoría⁵⁴².

El fundamento de este derecho es permitir la salida del socio disconforme por la adopción de acuerdos que sustituyan sustancialmente el objeto, la estructura o la idea inicial de la sociedad⁵⁴³. A sensu contrario, las modificaciones que sean irrelevantes, o insignificamente heterogéneas que no tengan un efecto considerable en la sociedad no posibilitarán el ejercicio de este derecho⁵⁴⁴. Esta configuración tiene un doble sentido, por un lado, se pretende ayudar al socio que no se encuentra identificado con el cambio de rumbo de la sociedad y por otro, evitar que la permanencia del miembro disconforme en la sociedad pueda ser un inconveniente para esta última⁵⁴⁵.

Sin que exista una lista cerrada de supuestos donde se puede entender que se han producido estas modificaciones, y siendo necesario examinar cada caso concreto, cítese como ejemplo el cambio de la actividad inicial, consistente en la investigación de recursos renovables y medioambientales, al desarrollo de productos más contaminantes; un cambio de filosofía en el que antes los socios tenían una posición activa en la sociedad, para pasar a convertirse en meros espectadores; o que el sistema de financiación, basado principalmente en los fondos propios se convierta en un excesivo endeudamiento de la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁵⁴¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La configuración estatutaria del derecho de separación por insuficiente reparto de dividendos”, *op. ct.*, pág. 6.

⁵⁴² FARRANDO, I., *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 53 a 60; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La transmisión de las participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada”, *op. ct.*, págs. 18 a 24; BRENES CORTÉS, J., “El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.37/2011), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 31 a 32.

⁵⁴³ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La transmisión de las participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada”, *op. ct.*, págs. 12 a 15; SEQUEIRA MARTÍN, A., “Derecho de separación y la exclusión del socio”, *op. ct.*, págs. 11 a 13.

⁵⁴⁴ BROSETA PONT, M., “Cambio de objeto y ampliación de operaciones en la Ley Española de Sociedades Anónimas”, en *Estudios jurídico en homenaje a Joaquín GARRIGUES*, Tecnos, Madrid, 1971, págs. 61 a 63.

⁵⁴⁵ STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 438/2010, de 30 de junio de 2010. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c3136c1c2120f7b6/20100721>.

sociedad⁵⁴⁶. Este tipo de cambios son considerados de gran envergadura y susceptibles de motivar un ejercicio de este derecho.

Respecto a la posibilidad de aplicar este mecanismo como formula capaz de solventar el bloqueo societario en las pequeñas y medianas empresas cerradas configuradas a través del tipo social de responsabilidad limitada, es necesario analizar su viabilidad. Como hemos dicho el objetivo de la norma es permitir al socio minoritario escapar de la sociedad, al haber cambiado las circunstancias iniciales por las que había entrado en ella. Sin embargo, el presupuesto de hecho es diferente en nuestro caso. Generalmente hablamos de sociedades con dos únicos socios que tienen una distribución paritaria o de sociedades con más de dos, pero que son incapaces de alcanzar un acuerdo.

La utilización de este derecho, se planteó en un primer momento para sociedades abiertas, con sujetos, más o menos, sustituibles, y donde la salida de uno de los socios no provoque un cambio sustancial en la sociedad. Sin embargo, y principalmente con equiparación de casos donde poder ejercitarlo tanto en sociedades anónimas como sociedades de responsabilidad limitada, tras la entrada en vigor en 2010 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en 2010, es necesario plantear su correcta eficacia.

La realidad es que cuanto mayor sea la capacidad para poder transmitir las participaciones sociales, menor será la necesidad de regular la amplitud del ejercicio de este derecho, ya que será más fácil para el socio deshacerse de su condición de tal⁵⁴⁷. Sin embargo, para las sociedades cerradas, donde la situación es exactamente la contraria, es necesario una configuración mucho más amplia, en la que más de un tipo de situación pueda quedar bajo su tutela jurídica. Esto provoca que la excesiva especificación de los casos legalmente establecidos, sea insuficiente para resolver el bloqueo de los órganos sociales, dejando otra vez a la autonomía de la voluntad la posibilidad de solucionarlo.

⁵⁴⁶ BROSETA PONT, M., “Cambio de objeto y ampliación de operaciones en la Ley Española de Sociedades Anónimas”, *op. ct.*, págs. 47 a 49

⁵⁴⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La transmisión de las participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada”, *op. ct.*, págs. 13 a 14; MOYA BALLESTER, J., “Derecho de sociedades. El derecho de salida ad nutum y la valoración de las Participaciones” en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 440 a 443.

A diferencia de lo que ocurre en España, en el ordenamiento jurídico estadounidense se configura como un derecho de libre separación⁵⁴⁸. Conocido como “*Voluntary Withdrawal*”, y permite la salida del socio en cualquier momento, con la simple comunicación de su intención al resto de socios, con una compensación por las acciones que tuviese en la sociedad y bajo la advertencia de que un ejercicio engañoso de este derecho con el objetivo de producir un daño a las partes, permitirá realizar una reclamación por parte del resto de socios y la sociedad por los daños y perjuicios causados. No se produce una separación automática, sino que durante dos años mantendrá una responsabilidad el socio separado, salvo que, en el mismo acto de separación, por acuerdo de todas las partes se declare extinta esta obligación⁵⁴⁹. De esta forma, se salvaguarda la sociedad ante una posible actuación fraudulenta del socio separado, al que se podrá reclamar mientras subsista.

Se configura un derecho de salida “*ad nutum*”, es decir, libre en cualquier momento de la vida de la sociedad constituida indefinidamente. La posibilidad de articular un derecho separación bajo tales premisas, ya sea estatutariamente o a través de disposición normativa, es objeto de disputa doctrinal ante la ausencia en nuestro ordenamiento de una justa causa de separación para aquellos socios cuya permanencia en la sociedad se haya vuelto una injusticia, en sociedades constituidas por tiempo indeterminado.

Autores como URÍA-MENÉNDEZ-IGLESIAS PRADA, GALLEGO SÁNCHEZ, FARRANDO o PAZ-ARES⁵⁵⁰, al igual que han optado alguno de los ordenamientos jurídicos de Europa como el alemán, desarrollan la necesidad de dar solución a la laguna legal que supone la existencia de un contrato de duración indeterminada, sin posibilidad de finalizarlo por justa causa. La vinculación indefinida es inadmisibles en nuestro ordenamiento, y más con la dificultad añadida que supone la

⁵⁴⁸ HAMILTON, R., MACEY, J. y MOLL, D., *The Law of Business Organizations. Case, materials and problems*, West Academy Publishing, Saint Paul, 2014, pág. 1169.

⁵⁴⁹ HYNES, D. y LOEWENSTEIN, M., *Agency, Partnership and the LLC. In a nutshell, op. ct.*, págs. 300 a 304

⁵⁵⁰ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J., “La sociedad de Responsabilidad Limitada: Exclusión y Separación de socios”, *op. ct.*, págs. 1154 a 1156; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 306 a 311; FARRANDO, I., *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, op. ct.*, págs. 80 a 87; PAZ-ARES, C., “La denuncia *ad nutum* de los contratos de duración indeterminada: entre derecho dispositivo y el derecho imperativo. (reflexiones a propósito de *joint Ventures* y pactos parasociales)” en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 852 a 855.

transferencia de la titularidad de las participaciones en las sociedades cerradas. Esta posición se refuerza en base al artículo 205.1 del Reglamento del Registro Mercantil, al hablar de acuerdos sobre el derecho de separación. Otros autores como VÉRGUEZ SÁNCHEZ⁵⁵¹, incluso dan un paso más y abogan por el reconocimiento del derecho de separación “*ad nutum*”, no como cláusula estatutaria, sino como causa legal prevista por la propia norma.

Por otro lado, un sector doctrinal se mantiene en una posición más tradicional⁵⁵² basada en la casuística del derecho de separación. Permitir una cláusula de libre separación iría en contra de la intención del legislador, quien ha especificado los casos concretos en los que se permite la utilización de este derecho, con la salvedad de introducir cualquier otra causa a través de los estatutos. Además, introducirla en nuestro ordenamiento, también iría en contra del principio de conservación del capital, permitiendo la disminución del mismo en cualquier momento de vida de la sociedad, o, así como recayendo en la prohibición de hacer totalmente libre la transmisión de participaciones en sociedades de responsabilidad limitada, lo que generaría una gran inseguridad jurídica.

Lo cierto es que, desde un punto de vista práctico, el debate fue zanjado parcialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁵³ y la doctrina administrativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado, admitiendo la posibilidad de introducir estatutariamente una cláusula de separación “*ad nutum*”⁵⁵⁴. En la reciente

⁵⁵¹ VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “En torno a algunas causas del derecho de separación del socio”, *op. ct.*, págs. 1082 a 1087.

⁵⁵² Ver en ALONSO LEDESMA, C., “La autonomía de la voluntad en la separación de socios”, *op. ct.*, págs. 111 a 123; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A., “Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital” en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 68 a 71; ALONSO ESPINOSA, F., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (aspectos generales)”, *op. ct.*, pág. 6; CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., *Separación y Exclusión de Socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Aranzadi, Cizur Menor, 1998, págs. 86 a 93.

⁵⁵³ En relación con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 428/2002, de 3 de mayo de 2002. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/70f7cc971de0254d/20031203>; En relación con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 796/2011, de 15 de noviembre de 2011. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7bf505c0e05e643e/20111216>.

⁵⁵⁴ MOYA BALLESTER, J., “Derecho de sociedades. El derecho de salida *ad nutum* y la valoración de las Participaciones”, *op. ct.*, págs. 440 a 443.

Sentencia núm. 216/2013, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Secc. 1º, de 14 de marzo de 2013⁵⁵⁵, en consonancia con la actual Ley de Sociedades de Capital, establece que es admisible el establecimiento de un derecho de separación unilateral del socio que se vincule en una sociedad de duración indeterminada, cuando así sea establecido por voluntad de los socios a través de los estatutos sociales. En el mismo sentido se pronuncia la Resolución de 2 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁵⁵⁶, según la cual “*No cabe rechazar la inscripción de la cláusula debatida, toda vez que no puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad*”.

Por tanto, dejando aparte la cuestión ya resuelta jurisprudencialmente sobre la posibilidad de que el derecho de separación “*ad nutum*” desconfigure el tipo social o vaya en contra de los principios configuradores del tipo, sigue subsistiendo la disputa doctrinal sobre si es necesario realmente incorporar estatutariamente una causa de separación por justa causa, o si realmente, debido a la naturaleza del contrato societario por tiempo indefinido, es de aplicación el artículo 1705 del Código Civil, ante la ausencia de una regulación específica sobre esta materia en el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de capital, la cual todavía no tiene respuesta ni posicionamiento claro.

Mas allá de este derecho de separación “*ad nutum*” genérico, todavía cabe plantear si es posible fijar un caso concreto relativo a la existencia de la paralización de los órganos societarios. Cabe recordar que artículo 347 de la Ley de sociedades de capital, crea la posibilidad articular cualquier causa de separación siempre y cuando se establezca la forma de demostrar su existencia e independientemente de la naturaleza tradicional de esta figura⁵⁵⁷. Por ello, no existen dudas de que siempre se podrá encuadrar la utilización de este derecho alrededor de la paralización de los órganos societarios.

⁵⁵⁵ STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 216/2013, de 14 de marzo de 2013. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/93b67430b493448e/20130325>

⁵⁵⁶ Resolución de 2 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. https://boe.es/boe/dias/2010/11/23/pdfs/BOE-A-2010_a_18045.pdf

⁵⁵⁷ SEQUEIRA MARTÍN, A., “Derecho de separación y la exclusión del socio”, *op. ct.*, pág. 11 a 13; BRENES CORTÉS, J., “El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”, *op. ct.*, págs. 1 a 3.

1.1.- El problema de la infracapitalización y la eternización del proceso de separación

La posibilidad de solución del bloqueo societario en pequeñas y medianas empresas a través del derecho de separación ofrece serias dudas para todos los operadores económicos afectados. En un primer lugar, no es posible su utilización “*ex post*”, es decir una vez surgido el problema, ya que no es subsumible en ninguno de los supuestos legalmente establecidos. Por ello, para poder ser utilizado es necesario que sea articulado estatutariamente.

Si bien es cierto, que se plantea como medio eficaz ya que permite la salida del socio perjudicado de la sociedad, desapareciendo así el conflicto, se trata de un remedio demasiado radical, debido al habitual problema de infracapitalización que conllevará. Descartando la posibilidad de financiación a través de la incorporación de nuevos socios, debido a la propia configuración de las sociedades cerradas, al final el socio restante tendrá que asumir los costes necesarios para no recaer en causa de disolución. Además, tampoco cabe la posibilidad de aumentar el capital con anterioridad del ejercicio del derecho de separación debido a la habitual ignorancia del socio restante de que se va hacer uso del mismo⁵⁵⁸.

Por tanto, en la práctica y al igual que sucede con la disolución, el uso del derecho de separación solo beneficiará al socio que se marcha de la sociedad, provocando un problema todavía más grave que el propio bloqueo, al reducir en gran medida el capital social⁵⁵⁹. Se pone así en peligro a la misma sociedad. Se configura, así como un mecanismo eficaz, puesto que resuelve el bloqueo societario, pero no satisfactorio debido a las consecuencias negativas que provoca en sociedades pequeñas o medianas.

Por otro lado, se debe puntualizar que tal y como se ha pronunciado nuestra jurisprudencia recientemente⁵⁶⁰, mediante el ejercicio de este derecho no se produce una

⁵⁵⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “El capital social mínimo: Consideraciones de política y de técnica legislativas”, *op. ct.*, págs. 9 a10.

⁵⁵⁹ FARRANDO, I., *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 190 a 194.

⁵⁶⁰ STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 4/2021, de 15 de enero de 2021. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/405427a29c7f91d2/20210125>.

desaparición del socio de manera automática. Su ejercicio supondría únicamente el primer eslabón de la cadena, siendo necesario realizar varias actuaciones antes de se produzca una desvinculación efectiva. En contrato se deberá otorgar al socio información sobre el valor de sus participaciones, adoptar un acuerdo, o en su defecto, informe de experto que las valore; el pago, reembolso o, en su caso, consignación; y, en último lugar, el otorgamiento de la escritura de reducción del capital social o de adquisición de las participaciones o acciones⁵⁶¹. Por este motivo, su mero ejercicio no supone una solución automática al conflicto societario, sino este se prolongará manteniendo sus derechos y obligaciones hasta que se produzca la desvinculación efectiva, alargando, si cabe más, el mismo bloqueo societario.

1.2.- Exclusión del socio.

Se trata de uno de los supuestos de extinción forzosa de la posición jurídica del socio ante la concurrencia de causas legales impuestas por la propia ley o a través de los estatutos sociales y sin o contra la voluntad del perjudicado⁵⁶². Es por tanto una de las mayores intromisiones en la figura del socio, que pierde todos los derechos inherentes a su posición en la sociedad⁵⁶³. Conocido tradicionalmente en el derecho español como resolución o rescisión parcial de la relación jurídica societaria⁵⁶⁴, se configura, así como

; STS, Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 102/2021, de 24 de febrero. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5f18b6bfee0b63e8/20210305>. De acuerdo esta última: “A falta de previsión expresa en la LSC y de solución jurisprudencial previa, consideramos en dichas sentencias que en las sociedades de capital, cuando se ejercita el derecho de separación se activa un proceso que se compone de varias actuaciones: información al socio sobre el valor de sus participaciones o acciones; acuerdo o, en su defecto, informe de un experto que las valore; pago o reembolso (o en su caso, consignación) del valor establecido; y, finalmente, otorgamiento de la escritura de reducción del capital social o de adquisición de las participaciones o acciones. Como recordó la sentencia 32/2006, de 23 de enero, “los actos a realizar por la sociedad son actos debidos, y no condiciones potestativas”. Desde esta perspectiva dinámica, la recepción de la comunicación del socio por la sociedad desencadena el procedimiento expuesto. Pero para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, no basta con ese primer eslabón, sino que debe haberse liquidado la relación societaria y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición (art. 93 LSC)”.

⁵⁶¹ BRENES CORTÉS, J., “El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”, *op. ct.*, págs. 32 a 39.

⁵⁶² PULGAR EZQUERRA, J., “La pérdida de la condición del socio en el marco cooperativo: Su baja y expulsión”, *op. ct.*, págs. 1040 a 1043.

⁵⁶³ WOLFRAM, J., *Us-amerikanischer Deadlock und Selbstblockade der GmbH-Organe*, *op. ct.*, pág. 35.

⁵⁶⁴ GARCÍA VILLAVERDE, R. *La exclusión de socios. Causas legales*, *op. ct.*, pág. 97 a 99.

un mecanismo capaz de resolver conflictos internos graves entre los socios, que puedan perjudicar de manera irreversible el interés social de la empresa.

Es necesario destacar que la acción de exclusión no tiene naturaleza sancionadora, ya que, aunque se expulsa al socio que haya incumplido sus deberes, se le otorga una compensación económica por sus participaciones⁵⁶⁵. Esto no siempre fue así, pues en el artículo 327 del Código de Comercio de 1829, se ponía el acento sobre las consecuencias negativas que tenía esta acción, que no se limitaba a la simple separación del socio, sino que se resaltaba la posibilidad del ejercicio de acciones penales contra el socio excluido, pudiéndole exigir responsabilidad en caso de pérdidas de la sociedad, o pudiendo retener las participaciones (sin poder participar en los beneficios y sin indemnización alguna), hasta que se liquidasen todas las operaciones pendientes al momento de la rescisión. De esta forma se ponía el énfasis en la naturaleza punitiva de la institución hacia el socio incumplidor⁵⁶⁶.

En la actualidad, a pesar de que el objetivo de la norma parece mantener carácter sancionador de la exclusión, sin o contra la voluntad del socio, atendiendo a su regulación legal, este ha desaparecido de la ley. Ejemplo de ello es la eliminación de mención expresa en la norma de las consecuencias negativas al socio, inherentes al ejercicio de la exclusión, tales como el mantenimiento de la responsabilidad por deudas o la posibilidad de ejercitar acciones penales contra el socio excluido⁵⁶⁷. Lo cierto es que el fundamento de la norma recae ahora en la pérdida de la confianza hacia el socio incumplidor, no como castigo, sino como consecuencia de la ruptura de la “*affectio societatis*”, lo que imposibilita al resto de socios a seguir trabajando con él⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Artículo 350. Causas legales de exclusión”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 2491 a 2492.

⁵⁶⁶ SÚAREZ-LLANOS, GÓMEZ, L., “Sobre la separación de un socio en las sociedades de personas”, *op. ct.*, págs. 794 a 796; CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., *Separación y Exclusión de Socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, op. ct.*, págs. 123 a 127.

⁵⁶⁷ A pesar de que el artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital, establezca como cauce convencional la existencia primero de sentencia condenatoria firme contra el socio-administrador a indemnizar a la sociedad, esto no es óbice para que se proceda primero a ejercitar la acción de exclusión a través de los medios legales y estatutariamente establecidos y, posteriormente reclamar al socio excluido, ya sea por la vía civil o por la vía penal.

⁵⁶⁸ CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., *Separación y Exclusión de Socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, op. ct.*, págs. 124 a 125.

Conocido en el derecho comparado como “*Exclusion for Good cause*”, su régimen legal es diferente en cada ordenamiento jurídico⁵⁶⁹. En la GmbH alemana, se eleva a la categoría de derecho, y permite la exclusión del socio cuya conducta se ha vuelto insoportable para la empresa, infringiendo el deber de lealtad. En el Reino Unido a través de los tribunales se reconoce el derecho de exclusión al socio minoritario por justa causa y también en aquellos casos aislados en los que se produzca un perjuicio injusto en base a la S. 996 de la Companies Act. 2006. En Francia se configura como principio jurídico la imposibilidad de exclusión del socio, salvo en las excepciones establecidas⁵⁷⁰. En Italia existe un catálogo de causas tasadas de exclusión⁵⁷¹ del socio establecidas en el Artículo 2473 del Codice Civile. En nuestro ordenamiento, su regulación y funcionamiento es bastante similar al ejercicio del derecho de separación. Se ha articulado una serie de causas y circunstancias específicas para su uso, así como una cláusula abierta para poder prever estatuariamente más situaciones⁵⁷².

Como ha venido siendo habitual en las distintas leyes españolas relativas a las sociedades de capital, se confunde en ocasiones la flexibilidad de la norma con la ausencia de regulación, lo que en la práctica provoca grandes problemas interpretativos⁵⁷³. Este es el caso de la exclusión, cuya regulación se muestra insuficiente en la mayoría de los casos; concretamente para poder solucionar el problema del bloqueo societario. Entre los supuestos previstos, solo uno de los casos está relacionado con la actitud poco deseable de uno de los socios, consistente en la posibilidad de excluir al socio que sea a su vez administrador y que haya sido condenado a indemnizar a la sociedad.

Si embargo, el objetivo de introducir alternativas a la disolución de la sociedad en caso de paralización de los órganos societarios, es crear un cauce convencional que permita preverlo de manera ágil y evitar que se acreciente. Si hay que esperar a que termine un proceso judicial, independientemente de que se condene a indemnizar o se desestime la demanda, probablemente será demasiado tarde para la sociedad. Al final si realmente se quiere utilizar un instrumento que permita la exclusión del socio, que, por

⁵⁶⁹ BACHMANN, G., EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., FLEISCHER, H. y SCHÖN, W., *Regulating the closed corporation*, op. ct., págs. 77 a 78

⁵⁷⁰ CHAMPETIER DE RIBES-JESTEAU, A., *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, op. ct., págs. 402 a 404.

⁵⁷¹ LIBERTINI, M., “Nomina e cessazione dall'ufficio” en D'ALESSANDRO, F., *Commentario Romano al nuovo diritto delle Società*, Piccin Nuova Libreria, Padova, 2011, págs. 228 a 231.

⁵⁷² GARCÍA VILLAVARDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales*, op. ct., pág. 195

⁵⁷³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, op. ct., págs. 127 a 129.

su comportamiento, ha causado que la convivencia societaria sea insoportable, será necesario articularlo estatutariamente⁵⁷⁴.

Como sucede con el derecho de separación, es necesario plantear la posibilidad de introducir, ya sea legal o estatutariamente, un derecho de exclusión por justa causa al igual que ocurre en otros ordenamientos europeos. Cabe recordar, que históricamente, nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a esta posibilidad, pues ya en Las Partidas existía una cláusula de exclusión como “*socio de mala índole, cuya conducta haga imposible su permanencia*”⁵⁷⁵.

Tomando como ejemplo la regulación alemana de esta causa de exclusión, la disolución por justa causa está prevista directamente en el artículo 34 de la GmbHG (“*Ausschluss aus wichtigen Grund*”⁵⁷⁶), bajo la premisa de que las relaciones jurídicas a largo plazo consistentes en sociedades que invaden considerablemente la vida cotidiana de sus miembros, deben disolverse en parte, si se demuestra la existencia de una justa causa⁵⁷⁷. Para poder introducir este presupuesto en el ordenamiento jurídico español, es necesario matizarlo. Una cláusula similar sí que se permite para las sociedades de personas, donde el artículo 218.7 del Código de Comercio, prevé como causa genérica de rescisión parcial el incumplimiento de las obligaciones que se impusieron en el contrato de compañía; aunque la posibilidad de introducirla para sociedades de responsabilidad limitada es más discutida.

Es doctrina pacífica que existe una prohibición absoluta de introducir estatutariamente cláusulas genéricas de exclusión debido al artículo 207 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual, siempre deberán estar claramente determinadas, de manera precisa y concreta. No obstante, esto no es óbice para introducir cláusulas que

⁵⁷⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Modelo de cláusula estatutaria reguladora de la exclusión de socios en una sociedad de responsabilidad limitada”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Derecho de Sociedades II. Praxis: Cuestiones y formularios*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 319 a 320.

⁵⁷⁵ Se trata de la Ley 4º, tít. 10 de la partida V; en RUBIO, J., *El principio de conservación de la empresa y disolución de Sociedades mercantiles en el Derecho español, op. ct.*, pág. 8; GARCÍA VILLAVARDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales, op. ct.*, pág. 195.

⁵⁷⁶ BAUMBACH, A. Y HUECK, A., *GmbHG*, C. H. Beck, Múnich, 2017, págs. 671.

⁵⁷⁷ BACHMANN, G., EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., FLEISCHER, H. y SCHÖN, W., *Regulating the closed corporation, op. ct.*, pág. 77.

permitan la rescisión parcial por motivos personales o relacionados con la persona, siempre y cuando estén correctamente concretadas⁵⁷⁸.

La duda sería entonces si la tradicional “justa causa” cumple los límites generales impuestos, así como la restricción del artículo 207 del Reglamento del Registro Mercantil. Aunque la cuestión sigue sin estar resuelta por la doctrina, autores como URÍA-MENÉNDEZ-IGLESIAS PRADA consideran que la justa causa es suficientemente precisa y concreta, haciendo referencia a la “*presencia de circunstancias concurrentes en la persona o conducta de un socio cuando la subsistencia de las mismas afecta sustancial y gravemente a la vida social o a la obtención del fin común, siempre que no sea susceptible de ser conjurada por otros medios menos rigurosos*”⁵⁷⁹. Mientras que otros como SEQUEIRA MARTÍN directamente declaran la incompatibilidad de los “justos motivos” con el precepto del artículo 351 de la Ley de Sociedades de Capital⁵⁸⁰; o EMPARANZA SOBEJANO que considera que, al no estar suficientemente concretado, se está dejando al arbitrio de la junta general la posibilidad de decidir sobre la exclusión sin hechos o circunstancias objetivas⁵⁸¹.

En la práctica, la posibilidad de la existencia de un derecho de exclusión “*ad nutum*” en un contexto de bloqueo societario, plantea la existencia de una alta posibilidad de ser ejercitado de manera abusiva o ilegítima con el fin de acrecentar el conflicto. Por ello, su posible admisibilidad siempre tendría que estar supeditada a la efectiva comprobación judicial de la justa causa invocada como sucede en el derecho italiano⁵⁸². Además de la posibilidad estatutaria, tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido mecanismos de exclusión por justa causa de manera indirecta a través de los pactos parasociales. Ejemplo de ello, es el establecimiento como prestación accesoria del

⁵⁷⁸ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Artículo 351. Causas estatutarias de exclusión de los socios” en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 2499 a 2500.

⁵⁷⁹ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J., “La sociedad de Responsabilidad Limitada: Exclusión y Separación de socios”, *op. ct.*, págs. 1146 a 1147.

⁵⁸⁰ SEQUEIRA MARTÍN, A., “Derecho de separación y la exclusión del socio”, *op. ct.*, pág. 13.

⁵⁸¹ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Artículo 351. Causas estatutarias de exclusión de los socios”, *op. ct.*, pág. 2501.

⁵⁸² GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, P., “Selezione ed operatività delle cause di esclusione del socio di s.r.l.”, en CAMPOBASSO, M., CARIELLO, V., DI CATALDO, V., GUERRERA, F. y SCIARRONE ALIBRANDI, A., *Società, banche e crisi d'impresa*. Utet Giuridica, Torino, 2014, págs. 1777 a 1779.

acatamiento del protocolo familiar, bajo la amenaza de exclusión en caso de incumplimiento del mismo por parte del socio⁵⁸³.

Por otro lado, la gran diferencia entre las instituciones jurídicas del derecho de separación y la acción de exclusión es la necesidad de adoptar un acuerdo en esta última. Mientras que el derecho de separación puede ser ejercitado individualmente por cada socio, la exclusión de un socio debe ser acordada en junta general, en la que no puede intervenir el socio al que se pretenda expulsar⁵⁸⁴. La eliminación del derecho de voto del socio en este tipo de asuntos se debe a la necesidad de evitar lo que en derecho procesal alemán llaman “*Richter in eigener Sache*”⁵⁸⁵, es decir, ser Juez en su propio asunto, o como diríamos en España, en términos más castizos, ser Juez y parte.

Esto aplicado a nuestra clásica sociedad formada por dos únicos socios, en la que uno de ellos pretenda la exclusión del otro, convocando junta y adoptando él solo la decisión, permitiría superar el problema de voluntades enfrentadas, aunque a su vez, generaría el injusto uso fraudulento del mismo. Se da así una de las situaciones en sociedades pequeñas y cerradas en las que se puede cuestionar la efectividad de la junta general⁵⁸⁶ como órgano soberano en el que se manifiesta la voluntad social, que pasa de manos de ambos socios a uno solo, y en la que, ni si quiera el socio objeto de exclusión tiene derecho a ser escuchado⁵⁸⁷ antes de proceder a la votación⁵⁸⁸.

⁵⁸³ STS, Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 120/2020 de 20 de febrero. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/555e1efa4ccd05a7/20200228>

⁵⁸⁴ STS, Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 776/2007, de 19 de julio de 2007. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c192e43c7bffd42a/20070927>

⁵⁸⁵ GILLES, P., “Contempt of Court- Ungebühr vor Gericht- Richter in eigener Sache” en LEIPOLD, D., WOLFGANG, L. y SHOZAVURO, Y., *Gedächtnisschrift für Peter Arens*. C. H. Beck, Múnich, 1993, págs. 143 a 168; WOLFRAM, J., *Us-amerikanischer Deadlock und Selbstblockade der GmbH-Organe, op. ct.*, págs. 32 a 33

⁵⁸⁶ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Algunas reflexiones sobre la crisis de la junta de las sociedades de capital”, en SÁENZ GARCÍA ALBIZU, J., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Estudios de derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 474 a 477.

⁵⁸⁷ GARCÍA VILLAVARDE, R., “El ejercicio del derecho de exclusión en las sociedades de responsabilidad limitada”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, págs. 253 a 254.

⁵⁸⁸ En la práctica, la eficacia de esta posibilidad es nula en sociedades con dos únicos socios. Esto se debe a que, aunque se permitiese, la voluntad de exclusión ya está formada por el único socio que va a proceder a adoptar el acuerdo, y en el que, es posible que además de motivos estrictamente societarios, también esté influenciado por motivos personales derivados del bloqueo.

Para prevenirlo, el legislador exige que dicho acuerdo de exclusión tenga que ser confirmado a través de resolución judicial firme, en los casos en los que se pretenda expulsar a un socio que ostente igual o más del 25% de las participaciones sociales totales de la sociedad, salvo que se base en la condena del socio administrador a indemnizar a la sociedad (Artículo 375.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Volviendo a nuestro ejemplo de sociedad cerrada con dos únicos socios, que a su vez son administradores, la posibilidad de exclusión de uno de ellos siempre llevará aparejado un procedimiento judicial, salvo que el socio que se pretende expulsar no se oponga a la misma.

1.2.1.- La infracapitalización como problema menor y la eficacia plena del acuerdo de exclusión.

La eficacia de la exclusión del socio como mecanismo de solución del bloqueo societario en pequeñas y medianas empresas es compleja, ya que su objetivo es expulsar al socio que con su actitud esté ocasionando un grave trastorno a la sociedad. Para que realmente sea eficaz es necesaria su articulación como mecanismo “*ex ante*”, siendo su objetivo prevenir el bloqueo antes de llegar a una situación grave para la sociedad. Por eso, la exclusión por condena al socio-administrador solo debe ser utilizada como último ratio, ya que se debería poder primero expulsar y después reclamar, para evitar que se continúe produciendo el daño societario.

En este tipo de situaciones, la infracapitalización producida, a diferencia de lo que ocurre en el derecho de separación, se convierte en un mal menor que es necesario afrontar ya que el problema principal es el socio desleal cuyo objetivo es perjudicar de cualquier manera posible, sin importarle el incumplimiento del deber de fidelidad a la sociedad. Sin embargo, la institución jurídica de la exclusión del socio, debe ser articulada con suma cautela. Debido a la situación de conflicto constante entre los socios que genera el bloqueo, es previsible que desemboque en un uso fraudulento de la misma, pudiendo incluso producir la absurda situación de que se solicite la exclusión por ambas partes, es decir, que, debido a la situación de enfrentamiento, los dos únicos socios formulen la acción uno frente al otro⁵⁸⁹. Por este motivo, su utilización debiera quedar limitada a aquellos casos, en los que, la paralización de los órganos societarios sea provocada por la

⁵⁸⁹ WOLFRAM, J., *Us-amerikanischer Deadlock und Selbstblockade der GmbH-Organe*, op. ct., págs. 32 a 35

actitud fraudulenta de uno de los socios que solo busque el mal ajeno tanto del otro socio como de la misma sociedad, sin importarle las consecuencias.

Además, como medio disuasorio del uso fraudulento, será necesaria la ratificación judicial posterior salvo falta de oposición del socio excluido. Por lo que, si se quieren evitar los efectos perjudiciales de las inevitables dilaciones derivadas del proceso, habrá que prever mecanismos correctores tales como que el socio objeto de exclusión no pueda participar en los asuntos de gestión y representación de la sociedad o incluso otorgar estas facultades a un tercero independiente mientras subsista el litigio. De esta forma, se podría prever una solución eficaz que diera satisfacción a la mayoría de intereses de los operadores implicados, permitiendo la supervivencia de la sociedad y superando el bloqueo.

Por otro lado, la principal ventaja respecto al derecho de separación radica en la misma eficacia de la medida. Mientras que en el primer caso es necesario que se finalice la liquidación de la posición del socio para entender que ya no forma parte de la sociedad, el acuerdo de exclusión adoptado en junta es válido con eficacia “*ex tunc*”. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia destacando que no es necesario que finalice el proceso judicial de impugnación de tal acuerdo, incluso en aquellos casos en los que sea preceptivo, para que lo adoptado produzca efectos⁵⁹⁰. De esta forma, se solventa el conflicto de una eficazmente, sin que el socio excluido tenga capacidad de intromisión inmediata.

2.- Cláusulas relativas a la compraventa de participaciones.

⁵⁹⁰ STS, Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 776/2007, de 19 de julio de 2007. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c192e43c7bffd42a/20070927>: “La LSRL establece con posterioridad al acuerdo de exclusión adoptado en junta general una serie de trámites, tendentes a la valoración de las participaciones del socio excluido, su reembolso y, finalmente, la escritura de reducción del capital social. Se trata de trámites de carácter complementario y cumulativos respecto del acuerdo de exclusión adoptado en junta que no impiden que éste sea válido y eficaz “*ex tunc*” y que no determinan la nulidad del acuerdo. No es exigible, como se pretende contrario, el cumplimiento simultáneo de todos esos trámites y mucho más en tanto no se sabe si el acuerdo va a ser o no impugnado, sino que se van sucediendo cronológicamente. Como el acuerdo de exclusión de dos de los socios demandantes se adoptó con respeto de la legalidad vigente y como dicho acuerdo es desde el momento de su adopción, válido y eficaz, fue ajustada a Derecho la decisión de no permitir el voto a los socios excluidos en las votaciones de los acuerdos segundo a cuarto”.

La transmisión de participaciones sociales ha sido objeto de los estudios tradicionales del derecho sociedades de capital. El ámbito científico que abarca es sumamente amplio y doctrinalmente rico, debido tanto a que está relacionada con los principios configuradores del tipo social⁵⁹¹, como por las distintas perspectivas desde la que puede ser estudiada (restricciones a la libre transmisibilidad, adquisición “*mortis causa*”, derecho de adquisición preferente, etc). A diferencia de lo que ocurre con el régimen de la transmisión de acciones de la sociedad anónima, en los que como norma general, no se toman en consideración las circunstancias personales de los socios para adquirir dicha condición, sino el desembolso efectivo realizado del capital necesario⁵⁹², en la sociedad de responsabilidad limitada, existe una protección “*intuitu personae*” con el fin de proteger el carácter cerrado de esta última, imponiendo requisitos a la libre circulación de la condición del socio⁵⁹³. Esto se debe a que, a través de su moldeado, se puede determinar el carácter cerrado o abierto de una sociedad, así como su naturaleza familiar⁵⁹⁴. Por este motivo suele ser objeto de interpretación restrictiva, en choque constante con la autonomía de la voluntad válidamente constituida⁵⁹⁵.

El cambio de titularidad de las participaciones es uno de los métodos alternativos idóneos a la disolución de la sociedad en caso de paralización de los órganos sociales ya que permite superar los distintos conflictos que se puedan producir en la sociedad, debido a la existencia de un socio cuya actitud la perjudica, con la transmisión de su condición. De esta forma, no se produce una reducción del capital social como ocurría con el derecho de separación o la acción de exclusión del socio, sino un cambio de titularidad⁵⁹⁶.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁵⁹¹ GARRIDO DE PALMA, V., “La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas”, *op. ct.*, págs. 1582 a 1583.

⁵⁹² BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, *op. ct.*, págs. 24 a 27.

⁵⁹³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 272 a 274; EMBID IRUJO, J. y MARTÍNEZ SANZ, F., “Libertad de configuración estatutaria en el derecho español de sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 23 a 24; DE LA CAMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, *op. ct.*, págs. 464 a 467.

⁵⁹⁴ O'NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, *op. ct.*, pág. 7.6 a 7.7.

⁵⁹⁵ LOJENDIO OSBORNE, I., “La determinación del precio en las cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión inter vivos de acciones”, en *Estudios de Derecho Mercantil, en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 1995 a 1996.

⁵⁹⁶ SÁEZ LACAVE, M. y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Inversiones específicas, oportunismos y contrato de sociedad. (A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.28/2007), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, págs. 14 a 16.

No obstante, su uso siempre estará supeditado a la necesidad de alcanzar un acuerdo, lo que en pocas ocasiones se conseguirá, debido a la existencia de posiciones paritarias enfrentadas, por motivos más pasionales que racionales, o por la escasa tradición española a la hora de plasmar una regulación completa, ya sea estatutaria o a través de acuerdos extraestatutarios, del funcionamiento de la sociedad en pequeñas y medianas empresas. De ahí que, para que la transmisión de participaciones sea realmente eficaz debe reunir dos características: (1) que sea forzosa, es decir, que obligue a ambas partes a someterse a la misma; y (2) que previamente se hayan consignado como mecanismos “*ex ante*”, puesto que, si se plantea la transmisión una vez haya surgido el conflicto, difícilmente va a ser aceptada⁵⁹⁷. De esta forma sí que se podría conseguir un instrumento capaz de proporcionar un resultado neutral y justo, pues habrá sido objeto de creación por la voluntad conjunta de las partes antes del surgimiento del conflicto⁵⁹⁸.

Es necesario matizar el concepto de transmisión forzosa. El artículo 109 de la Ley de Sociedades Capital, se refiere a ella, como la decretada por orden judicial y también nos encontramos con una referencia útil en el artículo 110 de la citada ley cuando se refiere a la transmisión “*mortis causa*” de la condición de socio⁵⁹⁹. Sin embargo, en nuestro contexto societario la alusión a la transmisión forzosa es más próxima a lo que el profesor DÍEZ-PICAZO definía como contrato forzoso⁶⁰⁰, ya que se suele utilizar para referirse a la compra y venta de participaciones obligatoria futura entre los socios, un tercero o la misma sociedad, y cuya fuerza vinculante reside en la autonomía de la voluntad formada libre y previamente por las partes a través de los estatutos o pactos parasociales⁶⁰¹. La única regla que puede ajustarse a esta definición se encuentra en el artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, en virtud de cual son inscribibles

⁵⁹⁷ ARMOUR, J., HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R., “Agency Problems and Legal Strategies” en KRAAKMAN, R., ARMOUR, J., DAVIES, P., ENRIQUES, L., HANSMANN, H. y otros, *The anatomy of corporate Law. A comparative und functional approach*, Oxford University Press, Oxford, 2017, págs. 37 a 38.

⁵⁹⁸ HYNES, D. y LOEWENSTEIN, M., *Agency, Partnership and the LLC. In a nutshell, op. ct.*, págs. 305 a 306.

⁵⁹⁹ OLIVENCIA, M., “Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones”, en *Estudios de Derecho Mercantil, en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2608 a 2610; YANES YANES, P., “Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones: supuestos especiales”, en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVARDE, R. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades Anónimas II. Capital y acciones*. Civitas, Madrid, 1994, págs. 1154 a 1175; MEJÍAS GÓMEZ, J., “La transmisión de las participaciones sociales”, *op. ct.*, págs. 19 a 21.

⁶⁰⁰ DÍEZ-PICAZO, L., “Los llamados contratos forzosos”, en *Anuarios de Derecho Civil (Vol. 56.1)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1956, págs. 85 a 117.

⁶⁰¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 311 a 312.

aquellas cláusulas por las que se establezca la obligación de transmitir las participaciones ante la concurrencia de una circunstancias específicas⁶⁰², que si bien puede fundamentar el acceso al registro, al ser una normativa reglamentaria su valor como justificación legal frente al acceso a nuestro ordenamiento jurídico es bastante menor.

Por tanto, es un campo que tradicionalmente no ha sido objeto de estudio por nuestro ordenamiento, en el que únicamente se plantea su uso, más allá del mencionado artículo 109, en sociedades abiertas para garantizar la salida del inversor ante la concurrencia de determinadas circunstancias, aunque en los últimos tiempos se haya comenzado a plantear en sociedades cerradas.

Este nuevo enfoque proviene principalmente del derecho anglosajón⁶⁰³ en el que, debido a la clásica existencia de una organización profesional alrededor de la figura de empresa familiar⁶⁰⁴, ha existido una predisposición al establecimiento de un auténtico marco legal que regule las relaciones en la sociedad⁶⁰⁵, y concretamente de creación de mecanismos que permitan la continuidad prolongada de la misma en caso de producirse un conflicto (“*deadlock*”), dejando la disolución como solución de “ultima ratio”. Los “*Buy-Sell Agreements*”⁶⁰⁶ se han utilizado en estos países como solución eficaz alternativa a la disolución, y cuyo objetivo es la concentración del capital ante la amenaza generada por la ruptura de la “*affectio societatis*”, para permitir su viabilidad.

Sin embargo, la compatibilidad de las cláusulas de compraventa forzosa de acciones o participaciones con nuestro ordenamiento jurídico plantea varias cuestiones. Mientras que la compatibilidad de estas figuras con los principios configuradores del tipo será analizada en su correspondiente apartado, en este punto se va a centrar en analizar su

⁶⁰² VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de transmisión de las participaciones sociales (artículos 26 a 34 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, *op. ct.*, pág. 111.

⁶⁰³ MORCK, R. y STEIER, L., “The global History of Corporate Governance. An Introduction” en MORCK, R., *A History of Corporate Governance around the World. Family Business Group to Professional Managers*, The University og Chicago Press, Chicago, 2005, págs. 1 a 4.

⁶⁰⁴ En 2013, en los Estados Unidos se estima que más del 80% de las empresas son empresas familiares, así como que dan trabajo a más del 50% de la población estadounidense. Ver en, DRAKE, D., *Business Planning: Closely Held enterprises*, West Academic Publishing, Saint Paul, 2013, pág. 14.

⁶⁰⁵ STEWARD, C., “Trust, Trustees and Family Businesses”, en KAPLAN, A. y HAUSER, B., *Trust in Primer Jurisdictions*, Globe Law and Business Ltd, Surrey, 2020, págs. 529 a 532.

⁶⁰⁶ FREER, R. y MOLL, D., *Principles of Business Organizations*, West-Thomson Reuters, Saint Paul, 2013, págs. 318 a 319; DOBKIN, J., BURT, J., KRUPSKY, K. y SPOONER, M., *International Joint Ventures*, Federal Publications Inc. A Longman company, Washington D. C., 1988, pág.4.11 a 4.13.

compatibilidad con la ley. Al estar hablando de un tipo de compraventa forzosa que no está prevista directamente por ley, algunos autores consideran que no son más que supuestos de expropiación forzosa en interés privado, lo que claramente es contrario al derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 33 de la Constitución de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁰⁷. No obstante, este razonamiento ha sido ampliamente superado al reconocer legalmente algunos supuestos, como la cláusula “*drag-along*” o el mecanismo “*squeeze-out*”.

Autores como Roncero basan este rechazo a la consideración como ejemplo de expropiación forzosa, así como su justificación legal, principalmente en la existencia de un grupo difuso de intereses a proteger, en el caso del “*squeeze-out*”, sería “*el libre desarrollo de la iniciativa empresarial en grupo, evitar costes injustificados en la gestión y funcionamiento de una sociedad y posibilitar por tanto estructuras empresariales eficientes, estimular la formulación de ofertas públicas de adquisición totales, fomentar la disputa por el control societario y contribuir así a su mayor eficiencia o, incluso, mantener la liquidez del mercado*”⁶⁰⁸. Por lo que es fácilmente justificable la admisibilidad, “*mutatis mutandis*”, en el ordenamiento jurídico español de otro tipo de cláusulas similares con el fin de superar el bloqueo societario, en base a principios análogos consistentes en permitir la continuidad de una empresa rentable desde el punto de vista económico, pero inoperante desde su perspectiva jurídica.

Junto al concepto de transmisión forzosa, estas provisiones presentan tres aspectos controvertidos⁶⁰⁹: (1) En qué circunstancias concretas se podrá utilizar estas cláusulas, (2) qué fondos se tienen que utilizar para proceder a la venta y (3) cuál es el método de fijación del precio.

Respecto a las circunstancias concretas, es evidente que en todas ellas debe darse la situación de “*deadlock*”⁶¹⁰, al ser nuestro objeto de estudio; mientras que en alguna de ellas deben darse circunstancias adicionales para su aplicación, que serán objeto de

⁶⁰⁷ STS, Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 691/2012, de 13 de noviembre de 2012. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/ddbe369367daa50c/20121204>

⁶⁰⁸ RONCERO SÁNCHEZ, A., “La compra y venta forzosa de acciones (sello ut y squeeze out)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 33/2009), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, págs. 13 a 15.

⁶⁰⁹ WOLF, R., *The law and Practice of Shareholders’ Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, pág. 295.

⁶¹⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma, op. ct.*, págs. 155 a 157.

estudio en su correspondiente apartado. No obstante, el problema no reside en cuáles son los presupuestos para poder utilizar las cláusulas de transmisión forzosa, sino si es necesario constatarlos y cuáles son los medios necesarios para ello.

Centrándonos en la legislación española, como ya hemos dicho anteriormente, para poder instar la disolución judicial de la sociedad no es necesaria la constatación concreta de la imposibilidad de tomar el propio acuerdo de disolución en la junta general, sino que esta se presupone por la mera inoperancia. No obstante, este criterio, utilizado para agilizar el proceso de disolución con el fin de reducir al mínimo las repercusiones negativas que lleva aparejada, no se puede tener en cuenta a la hora de articular la cláusula de transmisión forzosa siendo necesario la efectiva constatación de la paralización de los órganos societarios, sin que la misma se pueda presumir. De otra forma, se estaría otorgando una facultad de exclusión totalmente que podría ejecutar de manera desleal quien ostente una situación de poder en la sociedad, forzando de manera intencionada el propio bloqueo. Por este motivo, para mantener esta concepción genérica del bloqueo societario es necesario articular una serie de garantías alrededor de la propia cláusula que permitan constatar que efectivamente existe dicha situación, evitando así tanto su uso abusivo, como futuros pleitos que pudieran cuestionar su existencia, que podrían llevar a la anulación del proceso de transmisión forzosa.

En relación a los fondos susceptibles de imputación, existen dos posibilidades: los fondos propios de la sociedad o de los socios. El cargo a fondos propios de la sociedad constituye un medio de infracapitalización de la sociedad similar al utilizado en el derecho de exclusión o separación. Es la propia sociedad quien asume la salida del socio mediante el reembolso del valor de las participaciones y la correlativa disminución del capital social. De esta forma no nos encontraríamos ante un supuesto de transmisión forzosa, sino de la extinción de la condición del socio mediante un derecho de exclusión, como sucede en el caso de otros ordenamientos jurídicos, “*ad ex*” el alemán⁶¹¹.

Por otro lado, el cargo a fondos de los socios, constituye la auténtica transacción de participaciones. De esta forma, no se extingue la condición del socio, sino que se transmite a un tercero o a otro socio, manteniéndose la misma cantidad de capital social. Constituye el cauce habitual a través del cual se procederá a financiar la compra o venta

⁶¹¹ BECKER, B., *Die Zuässigkeit von Hinauskündigungsklauseln nach freiem Ermessen im Gesellschaftsvertrag. Zugleich eine Besprechung von Russian Roulette-, Texan Shoot Out- und Dragalong-Klauseln*, Peter Lang GmbH, Frankfurt, 2010, págs. 137 a 143.

de las participaciones de las cláusulas que van a ser objeto de estudio, por lo que su principal inconveniente es la necesidad de liquidez del comprador. A diferencia del anterior método, en el que la sociedad puede sufragar el coste de la operación, en este caso la solución al conflicto societario dependerá de si la persona interesada tiene realmente capacidad económica suficiente para afrontarlo⁶¹². Esto provoca que en las situaciones en las que se discute la compra o venta entre dos socios de las participaciones del otro, se pueda dar una situación de abuso cuando uno de ellos no ostente el capital suficiente y sea forzado a salir por falta de competitividad, por un precio irrisorio. Entiendo que, en cada mecanismo concreto, será necesario articular las garantías concretas para evitar este tipo de situaciones, que serán objeto de análisis posteriormente.

Cabe destacar que es posible establecer que la transmisión sea sufragada por la sociedad, pero en una situación de enfrentamiento entre socios probablemente no sea la solución más adecuada. Lo más predecible será que aquella parte que se vea perjudicada, decida judicializar el conflicto societario con el fin de dilatar el proceso el tiempo suficiente para que la sociedad inoperante pierda la liquidez necesaria para afrontar el pago de la compensación económica⁶¹³.

El último aspecto controvertido es la determinación del precio. Mientras que cuando se liquida la posición jurídica del socio, le corresponde, como regla general, una compensación equivalente al valor de las participaciones en el momento de producirse la separación, en el caso de las cláusulas mencionadas no necesariamente se cumplirá esta regla. Dependiendo de cada mecanismo de transmisión forzosa, el precio será determinado por su propio funcionamiento. Por este motivo, a algunas de ellas, se les suele conocer como cláusulas subasta, porque la cantidad a pagar final vendrá determinada en función de las pujas realizadas. Esto choca con la generalizada tendencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶¹⁴, la cual deniega sistemáticamente la inscripción de toda cláusula cuya determinación del precio no permita obtener al socio saliente como contraprestación el valor razonable de sus

⁶¹² O'NEAL, H. y THOMPSON, R., *Oppresion of Minority Shareholders and LLC Members*, Thomson Reuters/West, Eagan, 2012, pág. 10.43 a 10.45

⁶¹³ WOLF, R., *The law and Practice of Shareholders' Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses*, op. ct., pág. 298.

⁶¹⁴ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28 de julio de 2009: <https://boe.es/boe/dias/2009/09/19/pdfs/BOE-A-2009-14870.pdf>.

participaciones, por aplicación de lo dispuesto en artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil⁶¹⁵.

Esta remisión a una excesiva rigidez indeterminada, se planteaba en su origen siempre con la consideración de que este valor justo no podía exigirse con exactitud, ya que no existía proceso preestablecido para fijarlo u obtener indicios del mismo, y con el fin de proteger aquellas situaciones que fuesen más allá de las simples cláusulas que hacían prácticamente imposible la transmisibilidad de las participaciones⁶¹⁶. En la actualidad, de acuerdo con los artículos 355 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, existe un criterio canónico para determinar el precio basado en la valoración de un auditor externo. Sin embargo, no deja de ser un medio supletorio⁶¹⁷, siendo posible que las partes pueden establecer otros medios para obtener un precio razonable y superar a si el test de validez de la cláusula⁶¹⁸, por lo que resultará necesario el análisis concreto de cada una de ellas.

No obstante, todas las cláusulas que van a ser objeto de análisis, tienen como objetivo que el precio final obtenido sea razonable con valor de las participaciones, al contar con un procedimiento predeterminado. Debido a la genuina situación de mercado, en relación a la compra y venta de participaciones, en la que se encuentran los socios, se crea una situación de igualdad absoluta: El producto es homogéneo, por lo que todas las participaciones tienen el mismo valor; Los competidores son los miembros de la sociedad, quienes luchan por conseguir las participaciones del otro, con las mismas herramientas, de tal forma que el que realice la mejor puja será el vencedor; La situación de transparencia es absoluta, puesto que las personas que optan a adquirir las participaciones conocen plenamente la situación en la que se encuentra el producto, cuál es su valor de

⁶¹⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 315 a 317.

⁶¹⁶ LOJENDIO OSBORNE, I., “La determinación del precio en las cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión inter vivos de acciones” *op. ct.*, págs. 2000 a 2002 y 2018 a 2019.

⁶¹⁷ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de noviembre de 2010: <https://boe.es/boe/dias/2010/11/23/pdfs/BOE-A-2010-18045.pdf>, según la cual “El artículo 100 L. S. R. L. lo que establece son unas reglas de valoración supletorias aplicables en caso de falta de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales. Se deja a la disponibilidad de la sociedad y los socios tanto la determinación del valor de las participaciones como el procedimiento a seguir para su valoración”.

⁶¹⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 136 a 137.

mercado, y el límite de inversión que tienen. En función de esa puja, se determinará el precio, el cual estarán obligados a respetar el resto de socios competidores.

Con estas circunstancias, y siempre que sean utilizadas de manera racional, el precio de las participaciones siempre se ajustará en menor o mayor medida al valor del mercado. Únicamente se desviará en aquellos casos en los que se utilice la transmisión forzosa de manera fraudulenta. Sin embargo, el uso indebido de estos mecanismos con el fin de perjudicar al resto de socios solo provocaría su propio perjuicio económico, porque el resto de socios es plenamente consciente de todas las circunstancias que rodean a la sociedad, o puede acceder a la información de una manera relativamente sencilla. De esta forma, las consecuencias de un uso indebido probablemente serán siempre o tener que pagar un precio desorbitado, o tener que vender por un precio irrisorio⁶¹⁹.

En el tráfico jurídico internacional existe una gran variedad de métodos alternativos a la disolución en caso de bloqueo societario. En este trabajo se va a analizar la posibilidad de aplicar algunas cláusulas que ya tienen un cierto reconocimiento en nuestro país para otros fines, como son las cláusulas “*drag-along*”, “*tag-along*” y el “*squeeze out*”, así como otras cuyo uso en la práctica profesional es desconocido en nuestro ordenamiento, como son las cláusulas “*texas shoot out*”, “*mexican shoot out*”, el pacto andorrano o la ruleta rusa (oferta y contra oferta) y el recurso a un experto independiente.

El estudio de estas cláusulas no solo se debe centrar en su vertiente positiva, consistente en su funcionamiento y en evitar la judicialización del conflicto⁶²⁰, sino que es necesario abordar su vertiente negativa, analizando las consecuencias de su incumplimiento y el establecimiento de las cláusulas penales para prevenirlo⁶²¹. Esto significa, que además de la posible responsabilidad contractual en la que puedan incurrir derivada del artículo 1091 del Código Civil, si se quiere lograr el efecto disuasorio deseado, así como una eficacia plena, es necesario establecer, junto a las mismas, remedios específicos en función de la naturaleza de cada cláusula.

⁶¹⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 175 a 178.

⁶²⁰ WOLF, R., *The law and Practice of Shareholders' Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses*, op. ct., pág. 298.

⁶²¹ HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, op. ct., págs. 124 a 125.

2.1- “Tag-along” y “drag-along”.

Entre los principales problemas a los que se tiene que enfrentar un socio dentro de una sociedad de capital, se encuentra la posible intromisión, por parte del resto de miembros, en sus derechos y facultades derivadas de su propia condición. Como ya hemos puesto de relieve anteriormente, el estudio de esta situación siempre ha sido analizado desde la perspectiva de las relaciones verticales, es decir, posibles abusos entre los administradores y los socios o entre socios con distinto poder dentro de la sociedad.

Se tratan por tanto de supuestos en los que el legislador se ha dado cuenta de que se ha producido una fractura en la comunidad de intereses previamente existente de todos los socios, siendo necesaria la entrada de instrumentos de índole patrimonial, de diverso alcance y el establecimiento de un régimen jurídico para poder otorgar un tratamiento jurídico adecuado⁶²². Una de estas posibles intromisiones tiene que ver con el uso fraudulento de la transmisión de las acciones y participaciones por parte de los socios.

Nuestro ordenamiento ha articulado una serie de restricciones a la transmisibilidad, fortaleciendo el carácter “*intuitu personae*” de la sociedad, y protegiendo el interés social, haciendo frente a alguno de estos abusos que se pueden dar en la práctica profesional y permitiendo la continuidad empresarial⁶²³. Concretamente, se han introducido, desde el derecho estadounidense⁶²⁴, las figuras “*tag-along*” y “*drag-along*” (denominadas también como “pactos de salida” por parte del Tribunal Supremo⁶²⁵) con el fin de evitar posibles injerencias que puedan cometer tanto el socio minoritario como el mayoritario, frente al otro⁶²⁶. El cambio de la titularidad de las participaciones del socio mayoritario, en ocasiones dejaba al socio minoritario en una situación delicada. Esto suponía cambios de criterios en la dirección de la sociedad, una

⁶²² JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría en la sociedad Anónima*, Aranzadi, Cizur Menor, 1995, págs 60 a 63.

⁶²³ BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, *op. ct.*, págs. 52 a 54; EMBID IRUJO, J. y MARTÍNEZ SANZ, F., “Libertad de configuración estatutaria en el derecho español de sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 23 a 26.

⁶²⁴ HERNANDO CEBRIÁ, L., *El abuso de la posición jurídica del socio en las Sociedades de Capital*, *op. ct.*, págs 285 a 286.

⁶²⁵ ATS Sala de lo Civil, Secc.1º, de 10 de julio de 2012. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/509b0e803abe4361/20120730>.

⁶²⁶ SÁEZ LACAVE, M. y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Inversiones específicas, oportunismos y contrato de sociedad. (A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along)”, *op. ct.*, págs. 1 a 2.

menor toma en consideración del socio minoritario en la toma de decisiones etc. En definitiva, un cambio drástico de la situación inicial pactada con los anteriores socios.

Para prevenir este agravio se comenzó a utilizar la cláusula “*tag-along*”, con el fin de permitir una salida del socio minoritario, mediante el reconocimiento de la facultad de venta de su paquete de acciones o participaciones, en las mismas condiciones que las del socio mayoritario y como contrapartida, la prohibición de compra del paquete mayoritario si no adquiría a su vez el minoritario. Esto planteaba problemas en la práctica ya que esta subordinación provocaba, en ocasiones, la retirada del inversor ante un gasto adicional que no había previsto. No obstante, a su vez, se le otorgaba al socio que no podía ejercer el derecho de adquisición preferente debido a lo costoso que pudiese resultar, un mecanismo de defensa para evitar la entrada de un extraño en la sociedad, lo que justificaba ese aumento de riesgo de mercado.

Por este motivo, al tratarse de una facultad reconocida al socio, se le ha dado la condición de derecho de acompañamiento, ya que es el mismo titular de las participaciones quien decidía si hacer uso o no, siempre bajo la subordinación de que el socio que ha recibido la oferta, no la rechazase⁶²⁷. Cabe destacar que, en el ordenamiento jurídico de Reino Unido incluso se ha dado un paso más, a través del mecanismo “*piggy back*”, al permitir al socio minoritario que desde que tiene conocimiento de cualquier oferta de compra pública o privada, pueda participar en el proceso de negociación⁶²⁸.

Por otro lado, uno de los principales abusos del socio minoritario consiste en el bloqueo de la venta de la totalidad de las participaciones de una sociedad. Esta situación surge cuando el socio mayoritario recibe una oferta por sus participaciones, de un tercero que quiere hacerse con un número superior de las participaciones que ostenta aquel, generalmente para hacerse con el 100% de la sociedad. En estos casos, es frecuente que, con fines oportunistas, el socio minoritario ponga trabas a la operación, con la intención de obtener unos beneficios mayores que el resto de los socios. Esto suele derivar en una situación de bloqueo o “*deadlock*”⁶²⁹. Esto se debe a que, al ostentar un número

⁶²⁷ MALIMPENSA, E., “I nuovi tipi di circolazione forzata delle partecipazioni sociali: spunti di riflessione”, en ABBADESSA, P., ANGELICI, C. y MAZZONI, A., *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, pág. 237 a 238.

⁶²⁸ HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, *op. ct.*, págs 231.

⁶²⁹ SÁEZ LACAVE, M. y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Inversiones específicas, oportunismos y contrato de sociedad. (A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along)”, *op. ct.*, págs. 11 a 14.

participaciones ostensiblemente inferior que el resto socios, la pérdida de oportunidad a la que tendría que hacer frente ante la retirada de la oferta de compra, es un riesgo bastante asumible para él⁶³⁰.

Para solventarlo, se introdujo la cláusula de arrastre o “*drag-along*”, la cual permite obligar al socio minoritario a vender sus participaciones en caso de que el mayoritario reciba una oferta por todas las de la sociedad⁶³¹, facilitando así el proceso de venta⁶³². De esta forma, se establece un supuesto de compraventa forzosa de participaciones, más allá de los supuestos judiciales establecidos por la Ley de Sociedades de Capital, con el fin de otorgar una mayor seguridad al socio que tenga un interés mayor en la sociedad, frente aquel que ostente uno irrisorio. Por tanto, las diferencias conceptuales entre ambas sobre su funcionamiento pueden resumirse en que mientras que la cláusula “*tag-along*” es una estipulación a cargo de un tercero, la cláusula “*drag-along*” es una estipulación a favor de tercero⁶³³.

Ambas cláusulas están diseñadas principalmente para sociedades cerradas, pero que operan en sector del capital riesgo o en las habituales “*start-up*”, donde se invierte en una compañía con crecimientos potenciales elevados y con proyectos más o menos desarrollados⁶³⁴. Por este motivo, junto a la aparición de la figura del socio inversor, que toma especial relevancia en este tipo de situaciones, su uso ha sido habitual en aquellas sociedades en las que no existe una distribución al 50% de las participaciones, sino que existen dos grupos con un poder desequilibrado dentro de la sociedad o distintos grupos

⁶³⁰ MALIMPENSA, E., “I nuovi tipi di circolazione forzata delle partecipazioni sociali: spunti di riflessione”, *op. ct.*, págs. 239 a 240.

⁶³¹ HERNANDO CEBRIÁ, L., *El abuso de la posición jurídica del socio en las Sociedades de Capital*, *op. ct.*, Pág. 286

⁶³² BECKER, B., *Die Züssigkeit von Hinauskündigungsklauseln nach freiem Ermessen im Gesellschaftsvertrag. Zugleich eine Besprechung von Russian Roulette-, Texan Shoot Out- und Drag-along-Klauseln*, *op. ct.*, págs. 136 a 137; GARCÍA MARTÍNEZ, A., “Las cláusulas de arrastre en la doctrina de la dirección general de los registros y el notariado. (A propósito de la resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2017)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 53/2017), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 250 a 253.

⁶³³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 143 a 144; GARCÍA MARTÍNEZ, A., “Las cláusulas de arrastre en la doctrina de la dirección general de los registros y el notariado. (A propósito de la resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2017)”, *op. ct.*, 2017, págs. 251 a 257.

⁶³⁴ CAMPINS VARGAS, A., “Articulación contractual y régimen jurídico de los pactos de acompañamiento (cláusulas de “*tag-along*””, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.46/2016). Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, págs. 69 a 70.

con intereses contrapuestos⁶³⁵. No obstante, esto no es óbice para que también se incluya en “*Joint Ventures*” o en sociedades familiares, para asegurar la unión de los destinos de ambas partes en caso de que una de ellas decida vender sus participaciones.

En derecho español ambas figuras se encuentran recogidas en los artículos 114.2.d) y 175.2.d) del Reglamento del Registro Mercantil, preceptos que no obstante adolecen de una deficiente regulación que hace difícilmente subsumible los supuestos concretos en él⁶³⁶, y fueron incluidas en el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 en el artículo 232-11 bajo el título “Cláusulas de arrastre, acompañamiento y rescate”. Por otro lado, tienen un gran respaldo doctrinal administrativo por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que confirman la posibilidad de introducirlas a través de la autonomía de la voluntad⁶³⁷.

Respecto la aplicabilidad de estos instrumentos al conflicto que es objeto de estudio con el fin de remediar la parálisis de los órganos societarios, es necesario realizar una puntualización. Mientras que la fundamentación de las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de participaciones en las sociedades cerradas es proteger la entrada en la sociedad de miembros extraños con el fin de mantener la identidad inicial de los socios⁶³⁸, en nuestro caso, el objetivo es el contrario, es decir, permitir la salida de la sociedad de los socios que hacen imposible la continuidad de la misma. La posibilidad de establecer cláusulas estatutarias que restrinjan la transmisibilidad de las participaciones bajo el interés de proteger a la sociedad está plenamente aceptada⁶³⁹, pero en nuestro caso, a pesar de que también existe, el principal interés a proteger es el del socio afectado, lo cual plantea más dudas en la práctica.

⁶³⁵ SILDERBERGER, C., *Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft als Finanzintermediär*, Nomos, Baden-Baden, 2010, págs. 119 a 120.

⁶³⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.41/2003), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pág. 40.

⁶³⁷ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de diciembre de 2017: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/12/27/pdfs/BOE-A-2017-15582.pdf>; Resolución de 4 de julio de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/19/pdfs/BOE-A-2018 a 10160.pdf>

⁶³⁸ BACHMANN, G., EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., FLEISCHER, H. y SCHÖN, W., *Regulating the closed corporation*, op. ct., págs. 197 a 199.

⁶³⁹ BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, op. ct., págs. 57 a 59.

También hay que tener en cuenta que, mientras se garantice la protección de terceros, la autonomía de la voluntad válidamente constituida por la unanimidad de las partes en el momento de la constitución de la sociedad, no tiene que ser restringida, incluido respecto al “*intuitu personae*”⁶⁴⁰. Aunque no alcance la categoría de principio configurador, es el medio para crear derechos y obligaciones basado en el poder vinculante de los contratos, por lo que toda cláusula correctamente consignada en el momento de otorgamiento de la escritura pública debe presuponerse válida (con la precisión de los límites de los principios configuradores del tipo social y las leyes de derecho necesario). Como bien observaba Juste Mencía⁶⁴¹, los estatutos sociales son el principal medio de introducción de derechos especiales, con el fin de otorgar una mayor seguridad y defensa de los socios.

Como norma general, se trata de una cláusula cuya función es proteger al socio mayoritario o minoritario frente los abusos del otro, por lo que su aplicación estatutaria para solventar el abuso de la posición paritaria no ha tenido una respuesta legal todavía. A pesar de ello, haciendo uso del razonamiento de la doctrina administrativa que ha venido reconociendo la posibilidad de moldear, mediante la autonomía de la voluntad, la salida del socio a través de la transmisión de las participaciones, no debe existir problema en aplicarlo a un supuesto análogo, cuyos presupuestos son similares. En vez de proteger los intereses del socio mayoritario o minoritario frente a las injerencias del otro, se protege al socio con una posición paritaria frente al otro socio⁶⁴², con el fin de evitar que no se convierta en un “esclavo de sus participaciones”.

Llegados a este punto, en el ámbito del derecho societario se entiende que la cláusula “*tag-along*” no es más que una modificación del régimen legal de los mecanismos de limitación de la transmisibilidad de las acciones y participaciones establecidos por la Ley de Sociedades de Capital, por lo que su eficacia dependerá de su compatibilidad con el régimen de admisibilidad estatutaria⁶⁴³. Sin embargo, la cláusula “*drag-along*” necesita de un esfuerzo extra para poder permitir su aplicación en este tipo de casos.

⁶⁴⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 359 a 361.

⁶⁴¹ JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría en la sociedad Anónima*, *op. ct.*, págs 156 a 157.

⁶⁴² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 130 a 131.

⁶⁴³ CAMPINS VARGAS, A., “Articulación contractual y régimen jurídico de los pactos de acompañamiento (cláusulas de “*tag-along*”), *op. ct.*, págs. 74 a 75.

Su fundamento reside, principalmente en sobreponer el interés del socio mayoritario frente al minoritario con el fin de obligarle, incluso en contra de su voluntad a vender su paquete de participaciones, debido al escaso papel y perjuicio de este último⁶⁴⁴. Por tanto, la justificación de esta medida tan agresiva reside en la existencia de un interés reducido⁶⁴⁵. En nuestro caso, nos encontramos en una situación paritaria donde los dos grupos o distintos grupos ostentan el mismo número de participaciones, por lo que no existe un grupo inferior, cuyos intereses no resulten perjudicados en menor medida.

Bajo estas circunstancias, la justificación del uso de una medida de tal calibre residiría en la gravedad del hecho que supone el bloqueo societario, ya que no permite que la sociedad pueda avanzar, condenándola a su disolución. Por tanto, la aplicación del “*drag-along*” no supondría un perjuicio desmesurado para el socio que no quiere aceptar la venta, ya que la situación en la que se encuentra tiene la suficiente entidad. Además, en cualquier caso, se daría una protección desde dos perspectivas, ya que al socio se le daría una solución que le otorgaría una repercusión económica, y a la sociedad, al permitir su continuidad a través de un tercero.

Además, sería necesario aumentar el grado de garantías y restricciones, con el fin de evitar un uso indebido del mismo que puede derivar de la distribución paritaria de las participaciones, así como especificar las circunstancias concretas alrededor de la situación de parálisis de los órganos societarios en las que podrá ser utilizada⁶⁴⁶. Este tipo de medidas pueden consistir en: la necesaria constatación de la situación de bloqueo mediante hechos concretos, como sería la imposibilidad de tomar acuerdos en junta o en el órgano administración; la creación de unos límites temporales desde que se produce la denuncia de la cláusula hasta que la misma tiene efecto para evitar, dilaciones indebidas pretendiendo la retirada de la oferta⁶⁴⁷; el establecimiento de un precio mínimo de las participaciones con el fin de evitar una venta a pérdidas con el claro objetivo de agraviar a la otra parte⁶⁴⁸; el impedimento de su ejercicio por parte de quien manifiestamente esté

⁶⁴⁴ MALIMPENSA, E., “I nuovi tipi di circolazione forzata delle partecipazioni sociali: spunti di riflessione”, *op. ct.*, pág. 239.

⁶⁴⁵ SÁEZ LACAVE, M. y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Inversiones específicas, oportunismos y contrato de sociedad. (A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along)”, *op. ct.*, págs. 11 a 14.

⁶⁴⁶ MALIMPENSA, E., “I nuovi tipi di circolazione forzata delle partecipazioni sociali: spunti di riflessione”, *op. ct.*, pág. 243.

⁶⁴⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 132 a 133.

⁶⁴⁸ HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, *op. ct.*, págs 228

provocando la situación de bloqueo con tal fin; o recalcar que la cláusula solo podrá utilizarse en caso de que el socio restante no quiera ejercitar su derecho de adquisición preferente bajo las mismas condiciones o unas condiciones más beneficiosas.

Centrándonos en el aspecto de determinación del precio, es necesaria una especial mención, lo cual es común tanto en el “*tag-along*” como en el “*drag-along*”. La imposición de este tipo de límites plantea si su establecimiento provocaría que estas acciones dejaran de ser derechos de los socios para convertirse en cargas para ellos, lo que iría contra su propia naturaleza, impidiendo un uso eficaz⁶⁴⁹.

En esta situación es donde más se puede observar el conflicto de intereses⁶⁵⁰ entre el socio vendedor y el tercero adquirente con los socios restantes, lo que puede desembocar en un abuso de derecho con el único fin de perjudicar a uno de ellos. Por lo que siempre será necesario que junto a la cláusula de acompañamiento o de arrastre, se establezca los criterios de precio mínimo que debe cumplir, con el fin de evitar la entrada de terceros bajo unas condiciones extrañamente beneficiosas, o evitar la salida obligatoria del socio por un precio irrisorio.

Por lo que el establecimiento de este tipo de garantías es una carga necesaria, que debe asumir el socio que pretende la venta de sus participaciones sociales. Como contrapartida a ese impedimento, este precio mínimo nunca podrá sujetarse a reglas desorbitadas de tal forma que dificulte en exceso la transmisibilidad de las participaciones, haciéndola prácticamente intransmisible. Así será nula toda cláusula que establezca el precio mínimo que provoque que se tuviese que elegir entre “*ser prisionero de sus propios títulos o ser expoliado por ellos*”⁶⁵¹, vulnerando así este principio configurador del tipo social de las sociedades de responsabilidad limitada.

Dicho precio puede ser establecido a través de terceros, con la aprobación de un auditor externo que determine si el precio es adecuado, conforme el procedimiento legal subsidiario previsto para este tipo de situaciones, o mediante criterios puramente

⁶⁴⁹ MAFFEIS, D., “La vendita di partecipazioni social: natura, contenuto e tipi”, en ROPPO, V., *Trattato dei contratti I. Vendita e vendite*. Giuffrè Editore, Milán, 2014, pág. 856.

⁶⁵⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 315.

⁶⁵¹ LOJENDIO OSBORNE, I., “La determinación del precio en las cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión inter vivos de acciones”, *op. ct.*, págs. 2001 a 2003.

económicos preestablecidos, como la remisión al último balance para determinar el valor de las participaciones⁶⁵² o la inclusión de fórmulas que determinen el precio en la propia cláusula que aseguren un valor real de la participación⁶⁵³.

También es posible establecer como requisito previo a la transacción de las participaciones que el precio haya sido convenido antes de producirse la presentación de la oferta por las mismas⁶⁵⁴. Es la posibilidad de imponer el deber de comunicar al resto de socios la intención de venta de sus participaciones, incluso antes de buscar a un comprador. Una vez comunicada, deberán fijar un valor justo por las mismas de mutuo acuerdo, y en el caso de que sea imposible debido a las diferencias irreconciliables entre los mismos, mediante un auditor externo. Desde el momento en que es fijado, el socio vendedor tiene un plazo de 6 meses para encontrar una oferta adecuada a ese precio, la cual no podrá ser rechazada por el resto de los socios restantes, en caso de que se presente. De esta forma, además de prevenir futuros abusos de derecho en su ejercicio, se superará el requisito impuesto por el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil al permitir obtener al socio una contraprestación razonable por el paquete de participaciones.

Este mismo razonamiento es el que han seguido algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que la validez de la inclusión de las cláusulas “*drag-along*” y “*tag-along*” viene supeditada principalmente al cumplimiento de unos requisitos respecto la determinación del precio mínimo de las participaciones o las acciones. Un ejemplo lo encontramos en el sistema italiano⁶⁵⁵, donde se han admitido los llamados “*obbligo di rivendita*” o “*diritto di rivendita*”, siempre y cuando permitan la obtención de un precio justo conforme a las normas del Codice Civile.

Por otro lado, otros sistemas como el alemán, aunque admiten la posibilidad del “*tag-along*”, siempre y cuando exista una previsión estatutaria o un acuerdo entre los

⁶⁵² Técnica usada frecuentemente para la determinación del precio en cláusulas de tanteo. Ver en GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, op. ct., págs. 378 a 380.

⁶⁵³ O'NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, op. ct., pág. 7.23 a 7.24

⁶⁵⁴ NIGHTINGALE, C., *Joint Ventures*, Longman Law, Londres, 1990, págs. 56 a 57.

⁶⁵⁵ MAFFEIS, D., “La vendita di partecipazioni sociali: natura, contenuto e tipi”, op. ct., pág. 853 a 857.

socios sobre el mismo, todavía se muestran reacios a admitir la cláusula “*drag-along*”⁶⁵⁶. Esto se debe a los peligros que puede conllevar en la práctica profesional su uso indebido o abusivo, que desembocarían directamente en la obligación de vender del socio fundador en contra de su voluntad. Este razonamiento se fundamenta en la vulneración del principio básico de la decencia, consagrado artículo 138 de la Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), así como al derecho del socio a retirarse de la sociedad libremente, al tratarlo como un derecho al saqueo, que impide una compensación económicamente justa⁶⁵⁷.

Una vez discutida la aplicabilidad de estas cláusulas en nuestro caso de sociedad de responsabilidad limitada con una distribución paritaria de las participaciones, su funcionalidad práctica es dual. En un primer plano, tiene una función de prevención⁶⁵⁸. Esta posibilidad, aunque es atribuible a ambas cláusulas, su utilidad es mayor en relación a la cláusula de acompañamiento. Desde la perspectiva de los “*Preemptive rights*”, al igual que sucede con el derecho de adquisición preferente, que permite disuadir la venta de participaciones a un tercero a bajo coste, con el fin de evitar la entrada de terceros extraños⁶⁵⁹, mediante las cláusulas objeto de estudio, se pretende eludir el futuro bloqueo, ante el cambio de la titularidad de participaciones de la sociedad, otorgando un derecho preventivo de venta conjunta. Debido a la posibilidad de entrada de un nuevo miembro en la sociedad, y con el fin de evitar el excesivo y costoso ejercicio del derecho de adquisición preferente en las sociedades con distribución paritaria, se otorga la posibilidad de salida al socio restante que ve con incertidumbre el futuro de la sociedad⁶⁶⁰. De esta forma se unen los destinos de quienes decidieron juntarse, bajo una determinada filosofía y condiciones, que desaparecería con la entrada de un nuevo miembro.

⁶⁵⁶ SILDERBERGER, C., *Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft als Finanzintermediär*, op. ct., págs. 125 a 126.

⁶⁵⁷ BECKER, B., *Die Zuässigkeit von Hinauskündigungsklauseln nach freiem Ermessen im Gesellschaftsvertrag. Zugleich eine Besprechung von Russian Roulette-, Texan Shoot Out- und Drag-along-Klauseln*, op. ct., págs. 139 a 140.

⁶⁵⁸ BRÄTHEN, T., “Controlling changes in composition of shareholders of SMEs”, en NEVILLE, M. y EMGSIG SØRENSEN, K., *Company Law and SMEs*, Thomson Reuters Professional, Copenhagen, 2010, págs. 64 a 65.

⁶⁵⁹ ROCK, E., DAVIES, P., KANDA, H., KRAAKMAN, R. y RINGE, W., “Fundamental changes”, en KRAAKMAN, R., ARMOUR, J., DAVIES, P., ENRIQUES, L., HANSMANN, H., y otros, *The anatomy of corporate Law. A comparative und functional approach*. Oxford: Oxford University Press, 2017, págs. 181 a 182.

⁶⁶⁰ CAMPINS VARGAS, A., “Articulación contractual y régimen jurídico de los pactos de acompañamiento (cláusulas de “tag-along”)", op. ct., págs. 70 a 71.

Por otro lado, tiene una función resolutoria. A diferencia de la función de prevención, aunque esta naturaleza es más predicable a ambas cláusulas, respecto a la cláusula de arrastre adquiere una completa utilidad práctica para solventar el conflicto planteado. En caso de que se produzca el bloqueo, es habitual que cada parte explore distintas opciones para solucionar el conflicto. Entre las mismas, la más frecuente es plantear la venta de sus participaciones a un tercero inversor, que esté dispuesto a entrar en la sociedad. Sin embargo, este posible nuevo socio solo se decidirá a entrar en la sociedad si obtiene la totalidad de las participaciones (salvo en el improbable caso de que conozca previamente a la otra parte y exista buena sintonía), debido al conocimiento previo de la situación de bloqueo a la que se enfrenta la sociedad, con el fin de evitar que el conflicto se mantenga o se acentúe,⁶⁶¹. Bajo este escenario, la utilización de mecanismos “*ex ante*”, y concretamente la cláusula “*drag-along*”, permite establecer la obligación de venta conjunta, lo que conllevará a la superación de la situación de bloqueo mediante la venta del negocio en su totalidad, obligando a la transmisión de las participaciones de ambas partes, independientemente de su voluntad de transmitir.

Por último, respecto a las cláusulas penales que se pueden incluir, existe una gran variedad para este tipo de caso, desde el otorgamiento de un derecho de separación bajo las mismas circunstancias económicas que la oferta por el paquete mayoritario; el establecimiento del principio de que el nuevo socio mayoritario no podrá intervenir, obstruir o votar en contra de cualquier tipo de reclamación contra un anterior socio⁶⁶²; la posibilidad de oponer a la sociedad que el acuerdo de transmisión no tenga eficacia alguna y por tanto, no adquiera la condición de socio el nuevo adquirente⁶⁶³; o incluso el castigo del socio oportunista mediante la obligación de venta de sus participaciones por un precio inferior⁶⁶⁴.

2.2- “*Squeeze-out*” y “*sell-out*”.

En el tráfico económico del mercado de valores, uno de los problemas habituales que se plantea en la práctica profesional para las distintas sociedades que operan en él, es

⁶⁶¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 126 a 127.

⁶⁶² HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, op. ct., págs. 228.

⁶⁶³ BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, op. ct., págs. 52 a 54

⁶⁶⁴ SÁEZ LACAVE, M. y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Inversiones específicas, oportunismos y contrato de sociedad. (A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along)”, op. ct., pág. 13.

determinar cuándo resulta económicamente rentable la existencia de más de un socio que controle la sociedad, es decir, si es conveniente la existencia de más de un grupo de accionistas y cuáles son los costes para amortizarlo y para proceder a su expulsión de la sociedad⁶⁶⁵.

Esta cuestión se plantea cuando el coste derivado de la existencia de un grupo muy reducido de accionistas dificulta o hace más costoso el funcionamiento de la sociedad, tanto desde un punto de vista administrativo como de gestión, sin que realmente su presencia contribuya de manera significativa a la creación de un capital propio⁶⁶⁶. El mantenimiento de este grupo, obliga a la sociedad a sujetarse a determinadas reglas de derecho societario de funcionamiento y de protección de la minoría, tales como deberes formales en la convocatoria de junta, posibilidad de impugnación de acuerdos, acceso a la información o transparencia de la sociedad. A su vez, su existencia plantea riesgos derivados del posible ejercicio abusivo de derechos por parte de estos accionistas que deriven en situaciones de extorsión al mayoritario, que obstruyan la buena marcha de la sociedad debido a pretensiones poco razonables⁶⁶⁷.

Sin embargo, la postura de las personas, ya sean físicas o jurídicas, que ostenten este paquete accionarial minoritario realmente resulta irrelevante para la adopción de acuerdos y para la formación de la voluntad común, por lo que su mera existencia nada aporta a la sociedad, perjudicando más que contribuyendo. Conforme a este razonamiento se puede considerar un gasto que debe ser amortizado, y para ello es necesario obtener el control de la sociedad.

Con el objetivo de aumentar la eficiencia de las sociedades que se encontraban en esta situación, dentro del proceso de regularización continental de los procedimientos “takeover”, conocidos en España como oferta pública de adquisición (OPA), de la segunda mitad del siglo XX, los ordenamientos jurídicos europeos articularon sus propios procedimientos para concentrar el capital en un solo grupo, con el fin de asegurar la obtención de un precio justo de salida para aquellos miembros aceptasen o se hubieran

⁶⁶⁵ PAZ-ARES, C., “Aproximación al estudio de los squeeze-outs en el Derecho Español”, en *Themis-Revista de Derecho* (núm. 59/2011), 2011, pág. 90. Accesible a través de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110620>

⁶⁶⁶ RONCERO SÁNCHEZ, A., “La compra y venta forzosa de acciones (sell out y squeeze out)”, *op. cit.*, págs. 6 a 7.

⁶⁶⁷ PAZ-ARES, C., “Aproximación al estudio de los squeeze-outs en el Derecho Español”, *op. cit.*, pág. 91. Accesible a través de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110620>

visto obligados a aceptar la oferta⁶⁶⁸. Ejemplo de ello fue el Código de buena conducta sobre ofertas públicas de adquisición alemán de 1995 (“*Verhaltensregeln für Freiwillige öffentliche übernahmeangebote*”), mediante su artículo 16, el cual establecía un mecanismo para asegurar tal control en caso de haber obtenido más del 50% de la sociedad, mediante la compra del resto acciones, así como la posibilidad de evitar tener que realizar la oferta por el remanente, si el oferente hubiese sido exonerado de ello por acuerdo de la junta general en la que no hubiese intervenido ejerciendo su derecho de voto para adoptarlo⁶⁶⁹.

La mayoría de estas normas se basan en la regulación sobre “*corporate takeovers*” tradicional del derecho anglosajón, y concretamente en la figura de “*mandatory bid rule*”⁶⁷⁰. A pesar de que sus dos grandes exponentes, Estados Unidos y Reino Unido, tienen una configuración legal alrededor de los “*takeovers*” completamente opuesta⁶⁷¹, ambos países coinciden en su principal característica, el énfasis en la protección del accionista inversor. Por este motivo, incluían esta regla, ya fuese de manera directa o indirecta⁶⁷², la cual consistía en que, aquel socio (ya fuese originario u acabase de obtener tal condición) que adquiriese suficientes acciones para obtener el control de la sociedad, entendido como un mínimo del 30% de las mismas, estaba obligado a realizar una oferta con un precio justo por el resto de acciones.

Este regla tiene una doble finalidad⁶⁷³: por un lado intimidatoria, ya que pretende presionar al resto de socios con el fin de que acepten la oferta realizada bajo la amenaza de control de la sociedad por parte del oferente, y sabiendo que si quisiesen salir de la

⁶⁶⁸ GRANT, J., “Takeover regulation and the balancing of interests”, en GRANT, J., *European Takeovers. The Art of Acquisition*, Euromoney Books, Londres, 2005, págs. 35 a 37

⁶⁶⁹ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El código de conducta alemán sobre ofertas públicas de adquisición (“*Verhaltensregeln für Freiwillige öffentliche übernahmeangebote*”)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.9/1997), Thomson Reuters, Cizur Menor, 1997, págs. 419 a 423.

⁶⁷⁰ GRANT, J., “Takeover and the market for corporate control”, en GRANT, J., *European Takeovers. The Art of Acquisition*, Euromoney Books, Londres, págs. 3 a 4

⁶⁷¹ Mientras que Estados Unidos deja el control sobre los procedimientos “Takeover” en mano de los tribunales y una combinación de normas federales de derecho necesario, en Reino Unido optó por crear un régimen jurídico completo a través del UK’s City Code que regulaba la totalidad del procedimiento. Ver en RICKFORD, J., “Takeovers in Europe -shareholder decisions and open markets- a UK perspective” en GRANT, J., *European Takeovers. The Art of Acquisition*, Euromoney Books, Londres, 2005, págs. 66 a 68.

⁶⁷² ARMOUR, J. y SKEEL, D., “An ocean of difference on takeover regulation”, en GRANT, J., *European Takeovers. The Art of Acquisition*, Euromoney Books, Londres, 2005, págs. 353 a 355

⁶⁷³ DAVIES, P., HOPT, K. y RINGE, W., “Control transactions”, en KRAAKMAN, R., ARMOUR, J., DAVIES, P., ENRIQUES, L., HANSMANN, H., y otros, *The anatomy of corporate Law. A comparative and functional approach*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2017, págs. 227 a 229.

misma en el futuro, tendría que ser por un precio ostensiblemente inferior; por otro lado, de prevención, con el fin de otorgar al resto de accionistas no aceptantes la posibilidad de salida de la sociedad, ante la amenaza que puede suponer para ellos la existencia de un nuevo socio mayoritario o controlador de la misma.

Como excepción a la misma, cabe destacar el caso del ordenamiento jurídico español, donde el ya derogado Real Decreto 1197/1991 sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, establecía la obligatoriedad de formular una oferta pública de adquisición (OPA), por parte de quien, en un solo acto o varios sucesivos pretendía adquirir una participación significativa de las acciones de una sociedad, cifrada en aquella época entre el 25% y el 50% de las mismas, que estuviesen admitidas a cotización en Bolsa⁶⁷⁴. Sin embargo, una vez se hubiese terminado el proceso de la oferta pública de adquisición, la obtención del resto de paquetes de acciones minoritario no se realizaba mediante su compra, sino su amortización mediante un método indirecto consistente en la reducción de capital, el cual generaba el mismo resultado, pero a través de un sistema más complejo y costoso⁶⁷⁵.

Sin embargo, era habitual la dificultad de determinar el alcance del impacto de la oferta realizada, por lo que siempre quedaba algún grupo minoritario de accionistas (con un número muy reducido de acciones) que no aceptaba la misma, generando una situación compleja y desventajosa para ambas partes⁶⁷⁶. Con el fin de solucionar estos conflictos de manera “*ex post*”, es decir, una vez hubiese finalizado el proceso de oferta y se hubiese determinado la cantidad final de acciones adquiridas y sin adquirir, se empezó a emplear estas variantes de la “*mandatory bid rule*”, otorgando una salida satisfactoria a los socios minoritarios restantes y una situación de estabilidad para el nuevo socio mayoritario.

Debido al funcionamiento tan agresivo de esta regla, la cual podía generar una situación abusiva para el socio minoritario, el legislador europeo se centró principalmente en crear una normativa que asegurase la obtención de un precio justo por parte del accionista minoritario que se viese afectado, pero sin entrar en un reconocimiento explícito de este tipo de figuras, cuya regulación se deja al arbitrio de cada estado

⁶⁷⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., “Las sociedades cotizadas o bursátiles en el derecho español”, en POLO DÍEZ, A., *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells. Tomo III*, La Ley, Madrid, 1994, págs. 2384 a 2385.

⁶⁷⁵ RONCERO SÁNCHEZ, A., “La compra y venta forzosa de acciones (sell out y squeeze out)”, *op. ct.*, pág. 5.

⁶⁷⁶ DAVIES, P., HOPT, K. y RINGE, W., “Control transactions”, *op. ct.*, págs. 227 a 228

miembro⁶⁷⁷. En este contexto, y con el fin de superar el vacío legal existente y crear un derecho uniforme relativo a la “*mandatory bid rule*” en una Europa que adolecía de una normativa heterogénea sobre esta materia, se promulgó la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, donde se reconocía expresamente la validez del mecanismo “*squeeze-out*” y el derecho “*sell-out*” en el ámbito de sociedades anónimas cotizadas envueltas en proceso de oferta pública de adquisición de acciones (OPA)⁶⁷⁸.

La transposición de esta directiva se tradujo en una nueva regulación para las sociedades cotizadas. Primero con el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, la cual introducía el artículo 60 *quater* en la Ley de Mercado de Valores, que por primera vez preveía específicamente ambas figuras; y después con el actual artículo 136 sobre compraventa forzosas del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores.

De acuerdo con el citado artículo, y al igual que sucede en la mayoría de estados miembros, el mecanismo “*squeeze out*” o como también es conocido “*freeze-out*”, se activaría en sociedades anónimas cotizadas en el caso de que, tras la realización de una oferta pública de adquisición, el oferente haya obtenido 90% de la sociedad y la oferta haya sido aceptada por titulares de valores que representen al menos el 90% de los derechos de voto. De esta forma se le otorga a quien haya presentado la oferta la facultad de poder exigir al resto de socios que no hayan aceptado la oferta de adquisición, la transmisión forzosa de resto de acciones por un precio equitativo⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ BURKART, M. y PANUNZI, F., “Mandatory Bids, Squeeze-Out, Sell-Out and the Dynamics of the Tender Offer Process”, en FERRARINI, G., HOPT, K., WINTER, J. y WYMEERSCH, E., *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004, págs. 737 a 739.

⁶⁷⁸ A pesar de esta intención inicial, debido al amplio margen de actuación a los legisladores, la uniformidad pretendida solo se consiguió parcialmente, ya que al final las sí se quería asegurar la eficacia de dichas reglas era necesario que cada país articulase sus propios procedimientos sobre esta materia Ver en ENRIQUES, L., “The mandatory bid rule and the sell-out right in the Takeover Directive: Harmonisation for its own sake?”, en GRANT, J., *European Takeovers. The Art of Acquisition*, Euromoney Books, Londres, 2005, págs. 124 a 125

⁶⁷⁹ VARELA VARGAS, A., JUSTE MENCÍA, J. y ERLAIZ COTELO, I., “Las operaciones de Public to Private”, en ÁLVAREZ ARJONA, J. y ERLAIZ COTELO, I., *Capital Riesgo (Private Equity) Aspectos regulatorios, mercantiles, financieros, fiscales y laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 656 a 657.

Por otro lado, como si de una relación sinalagmática⁶⁸⁰ fuese la vinculación entre el socio mayoritario y minoritario, y por extensión de igualdad de trato y no de condición, se otorga el derecho “*sell-out*” a aquel que posea un paquete minoritario. Este consiste en que, tras la realización de la oferta de adquisición, si se dan las mismas circunstancias que activan el “*squeeze-out*”, se podrá exigir la compra de las acciones al nuevo socio mayoritario por un precio equitativo.

En síntesis, ambos mecanismos parten del mismo hecho detonador: la aparición de un nuevo socio que ha obtenido el control de la sociedad tras la formulación de una oferta pública de adquisición de acciones; pero difieren en cuanto su funcionamiento, ya que cada mecanismo otorga un derecho o facultad distintos a cada parte interviniente, *como si de dos caras de la misma moneda se tratase*. El caso prototipo donde se suele dar este tipo de situaciones es en la sociedad anónima cotizada que se ve envuelta en un proceso “*Public to private*” o “*Going private*”. Se trata de operaciones orientadas para adquirir el control de la sociedad con el fin de excluirla del mercado bursátil en las que, para obtener la totalidad accionarial, realizan una oferta pública de adquisición que culmina con la aplicación de las reglas de compra venta forzosa de acciones, para obtener los remanentes restantes⁶⁸¹. A su vez, también se plantea su aplicabilidad para solucionar conflictos intracorporativos en el resto de sociedades (independientemente de su tamaño) no cotizadas mediante la concentrar del capital en una sola mano⁶⁸².

Como hemos visto, ambos mecanismos están diseñados específicamente para sociedades anónimas cotizadas, por lo que este tipo de compra venta forzosa de acciones difícilmente será aplicable a nuestro caso. La motivación para admitir una medida de tal magnitud en el derecho español deriva de la existencia de una situación concreta y necesitada de protección consistente en los intereses difusos, tanto del nuevo accionista mayoritario como el del restante minoritario, en el tráfico bursátil. Por lo que, los intereses que se pretenden proteger son facilitar las operaciones de adquisición y fusión y proteger

⁶⁸⁰ Recordemos que la relación entre el socio y la sociedad en ningún caso se puede considerar una relación sinalagmática. Ver en GALLEGO SÁNCHEZ, E., “*Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*”, *op. ct.*, págs 196 a 197. Cuestión distinta es el principio de igualdad de trato que suele regir en el seno de las sociedades entre los socios, donde cuando se otorga un derecho hacia el socio mayoritario que le sitúa en una situación privilegia, se otorga su equivalente al minoritario para protegerle frente los posibles abusos.

⁶⁸¹ VARELA VARGAS, A., JUSTE MENCÍA, J. y ERLAIZ COTELO, I., “Las operaciones de Public to Private”, *op. ct.*, págs.587 a 595.

⁶⁸² PAZ-ARES, C., “Aproximación al estudio de los squeeze-outs en el Derecho Español”, *op. ct.*, pág. 90. Accesible a través de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110620>

la figura del socio inversor⁶⁸³, entendido como aquel cuya preocupación no se encuentra en la marcha de la sociedad en la que ha destinado sus recursos, sino en obtener unos rendimientos económicos de ella⁶⁸⁴.

Por otro lado, las circunstancias que razonan su aplicación, difieren en gran medida de las del bloqueo societario. La regulación de los mecanismos “*squeeze-out*” y “*sell-out*”, parte de la existencia de un socio o grupo de ellos que haya obtenido entre un mínimo del 90% y el 95% de las acciones totales de la sociedad⁶⁸⁵, por lo que el principal motivo que justifica su empleo es la existencia de socios con un número muy reducido de acciones. Como hemos dicho el interés que se pretende proteger es el del socio inversor, tanto mayoritario como minoritario, independientemente de la suerte de la sociedad. Como consecuencia del mismo, se plantea la extinción de la relación de aquellos miembros que ostenten un número muy reducido de acciones a cambio de un precio justo y salvaguardando sus derechos como accionista⁶⁸⁶. De esta manera, se persigue proteger la inversión realizada por ambas partes y obtener una mayor rentabilidad de la misma.

Sin embargo, plantear en una sociedad de responsabilidad limitada, con una distribución paritaria al 50%, la facultad, basada en principios puramente capitalistas, de que, en caso de que, una vez producida la entrada del nuevo socio, este último pueda exigir la venta de la otra mitad de las participaciones o incluso de que al mismo le pudiesen exigir la comprar del otro paquete restante, en contra de sus voluntades respectivamente, desdibuja completamente, de manera arbitraria y maliciosa, el tipo social. De esta forma, lo único que se consigue es hacer desaparecer el carácter “*intuitu personae*”, basado en la cualidad del socio no inversor y la defensa de sus derechos⁶⁸⁷, tan característico de la dimensión personalista de estas sociedades.

Por este motivo, cualquier aplicación analógica de esta regla para resolver nuestro caso de la paralización de los órganos societarios, es difícilmente subsumible ya que

⁶⁸³ GRANT, J., “Takeover regulation and the balancing of interests”, *op. ct.*, págs. 34 a 35.

⁶⁸⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La protección Jurídica del accionista inversor*, *op. ct.*, págs. 35 a 36.

⁶⁸⁵ ENRIQUES, L., “The Mandatory Bid Rule in the Proposed EC Takeover Directive: Harmonization as Rent-Seeking?”, en FERRARINI, G., HOPT, K., WINTER, J. y WYMEERSCH, E., *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004, págs. 772 a 773.

⁶⁸⁶ BURKART, M. y PANUNZI, F., “Mandatory Bids, Squeeze-Out, Sell-Out and the Dynamics of the Tender Offer Process”, *op. ct.*, págs. 743 a 746.

⁶⁸⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 24 a 28.

difiere en cuanto a presupuestos, fundamentos e intereses a proteger. Además, incluso si se admitiese, el resultado que se obtendría sería distinto del perseguido, ya que se crearía un instrumento que fomentaría el bloqueo más que solucionarlo. El socio entrante comúnmente lo podrá utilizar para deshacerse del resto de miembros bajo la amenaza de provocar la situación de bloqueo.

Diferente resultado se ha de llegar si lo comparamos con dos figuras próximas como son las cláusulas “*tag-along*” y “*drag-along*” estudiadas. En ambos casos, hemos visto que se trata de instrumentos cuyo procedimiento es muy similar, ya que pretenden otorgar tanto una facultad de venta total como un derecho de salida justo, pero con la diferencia de que las cláusulas analizadas en el apartado anterior se ejecutan para transmitir las participaciones a un tercero, y las ahora tratadas para transmitir las a quien acaba de obtener la condición de socio mayoritario. No obstante, el motivo reside principalmente en la normativa aplicable, mientras que el ejercicio del “*squeeze-out*” y el “*sell-out*”, se basa principalmente en la normativa bancaria y societaria, donde se establecen los casos concretos en los que se pueden ejecutar, las cláusulas “*drag-along*” y “*tag-along*” se articulan a través del derecho de sociedades y de libertad de pacto de los contratos, en los que existe una mayor autonomía.

Esto hace que los intereses a proteger también difieran, ya que estas cláusulas buscan proteger al socio no inversor y el interés social, mientras que las del derecho bancario tienen como objetivo criterios más capitalistas basados en los intereses egoístas e individuales de cada socio que no pretenden participar de manera efectiva en la gestión de la sociedad, sino únicamente velar por su propia rentabilidad⁶⁸⁸. Por este motivo, esta materia se centrará en velar por ese beneficio, mediante mecanismos consistentes en la reducción de costes derivados de la existencia de esa minoría, o que faciliten las labores de dirección y gestión de la sociedad⁶⁸⁹.

No obstante, en el derecho comparado, algunos ordenamientos sí que han previsto la regla del “*squeeze-out*” para que sea de aplicación en supuestos muy específicos más allá de las sociedades anónimas cotizadas, pero con el condicionante de existir accionistas que ostenten un número de acciones muy reducido. Uno de los casos más frecuentes es el otorgamiento de una facultad de exclusión del resto de socios a cambio de una

⁶⁸⁸ FERNÁNDEZ PÉREZ, N. *La protección Jurídica del accionista inversor*, op. ct., págs. 41 a 43.

⁶⁸⁹ RONCERO SÁNCHEZ, A., “La compra y venta forzosa de acciones (sell out y squeeze out)”, op. ct., págs. 3 a 4.

compensación justa, al socio mayoritario tras un proceso de fusión, en la que una de las partes era titular como mínimo del 90% de las acciones o participaciones de la otra, así como su contrapartida a los socios minoritarios de exigir una salida justa⁶⁹⁰. Esta fórmula es usada principalmente en la mayoría de los estados federales de Estados Unidos, cuya configuración libre permite al socio mayoritario fijar un precio relativamente bajo en perjuicio de los socios excluidos y así como en Europa tras la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2017/1132, pero con una regulación (Artículo 110 y siguientes de la directiva) que permite la obtención de un precio acorde para salir de la sociedad⁶⁹¹. Esta medida ya estaba introducida en España a través del artículo 50 de la Ley de Modificaciones Estructurales de 2009, la cual permitía al socio afectado por este tipo de operaciones y que se hubiera opuesto a la misma, obtener una compensación económica por sus acciones en vez de las resultantes que le corresponderían tras la fructificación de la fusión y la aparición de la nueva sociedad⁶⁹².

Mención aparte merece el derecho alemán cuyo artículo 327.a) de la Ley de Sociedades Anónimas (Aktiengesetz) otorga, tanto para las sociedades anónimas como de responsabilidad limitada por acciones, al socio mayoritario que ostente al menos el 95% de las acciones, la facultad de exclusión del resto de socios a cambio de una compensación económica justa⁶⁹³.

A pesar de su inaplicabilidad para nuestro caso, la importancia de la introducción del “squeeze-out” y del “sell-out” a través de la directiva de 2004 así como su estudio, reside en el gran avance que supuso respecto a la posibilidad de solucionar conflictos societarios en pequeñas y medianas empresas, a través de la concentración accionarial. Desde ese momento, los distintos sistemas jurídicos europeos empezaron a distinguir dos regímenes diferenciados donde fuese posible aplicar mecanismos similares: La situación ya analizada de sociedad anónima cotizada envuelta en un proceso de oferta pública de

⁶⁹⁰ ROCK, E., DAVIES, P., KANDA, H., KRAAKMAN, R. y RINGE, W. “Fundamental changes”, *op. ct.*, págs. 188 a 190.

⁶⁹¹ ENGSIG SØRENSEN, K., “Duty of loyalty for shareholders -a posible remedy for conflicts in SMEs?” en NEVILLE, M. y ENGSIG SØRENSEN, K., *Company Law and SMEs*, Thomson Reuters Professional, Copenhagen, 2010, págs. 159.

⁶⁹² RONCERO SÁNCHEZ, A., “La compra y venta forzosa de acciones (sell out y squeeze out)”, *op. ct.*, pág. 5.

⁶⁹³ BECKER, B., *Die Züssigkeit von Hinauskündigungsklauseln nach freiem Ermessen im Gesellschaftsvertrag. Zugleich eine Besprechung von Russian Roulette-, Texan Shoot Out- und Drag-along-Klauseln*, *op. ct.*, págs. 112.

adquisición y un régimen general para el resto de sociedades anónimas⁶⁹⁴. Esta dualidad de campos, provocó el aumento de la preocupación, tanto por la doctrina especializada como por el legislador europeo, en el estudio de mecanismos que otorgasen una solución a la injusta situación de ser esclavo de tus propias acciones, no solo en grandes sociedades anónimas, sino también en las pequeñas y medianas empresas constituidas a través del tipo social de responsabilidad limitada.

2.3.- Cláusulas “shoot-out”.

El artículo 404 del Código Civil establece que cuando los dueños de un bien esencialmente indivisible no llegaran a un acuerdo en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás, se venderá y se repartirá su precio. Esta regla permite dar solución a una de las disputas tradicionales del derecho sobre quién se queda con el objeto del condominio una vez haya desaparecido la voluntad de poseerlo conjuntamente. Sin embargo, no siempre la transformación en dinero de la propiedad es la solución más adecuada, sobre todo cuando es necesario velar por el propio bien a liquidar. No es tarea fácil, sino más bien excesivamente complicado y oneroso, encontrar a un tercero comprador que satisfaga todos los intereses en juego, que van más allá del de los propios dueños. Por este motivo, en muchas ocasiones la solución ideal es que uno de ellos obtenga la propiedad total y exclusiva del bien mediante la compra del condominio de la parte restante.

Esta situación es fácilmente extrapolable a nuestro caso de bloqueo societario⁶⁹⁵, en el que la solución más recomendable para salvar a una empresa solvente puede estar en la adquisición de todas las participaciones de la sociedad por parte de uno de sus miembros⁶⁹⁶. La entrada de un extraño en una sociedad siempre genera incertidumbre por el posible cambio de rumbo que puede sufrir, mientras que, si la parálisis de los órganos societarios se supera mediante la salida de alguno de los socios, además de tranquilidad, se obtendrá una tendencia continuista empresarial por parte de quien ya conoce su

⁶⁹⁴ RONCERO SÁNCHEZ, A., “La compra y venta forzosa de acciones (sell out y squeeze out)”, *op. ct.*, págs. 3 a 4

⁶⁹⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 153 a 154.

⁶⁹⁶ BECKER, B., *Die Züssigkeit von Hinauskündigungsklauseln nach freiem Ermessen im Gesellschaftsvertrag. Zugleich eine Besprechung von Russian Roulette-, Texan Shoot Out- und Drag-along-Klauseln*, *op. ct.*, pág. 135.

funcionamiento⁶⁹⁷. No obstante, aunque sea la solución que más puede interesar a todas las partes implicadas, no siempre se podrá lograr por la misma naturaleza del conflicto, es decir, la imposibilidad de llegar a algún tipo de acuerdo por la existencia de posiciones paritarias enfrentadas e irreconciliables, animadas por motivos más pasionales que racionales⁶⁹⁸. Cualquiera de los socios, puede ver su salida de la sociedad como una derrota, y probablemente rechazará esta posibilidad en cuanto le sea planteada. Para que realmente fructifique esta posibilidad será necesario articular “*ex ante*” la obligatoriedad de la transmisión de las participaciones, con carácter vinculante e independientemente de la voluntad de las partes sujetas a él, ante la concurrencia circunstancias concretas en beneficio del socio al que se le haya otorgado este derecho⁶⁹⁹.

En el derecho anglosajón estadounidense, con una consolidada tradición de empresa familiar⁷⁰⁰, la disolución siempre es el último remedio al que acudir ante las desavenencias de los socios, llegando incluso a instar judicialmente la compra de las participaciones del resto de socios antes de ver como desaparece la sociedad⁷⁰¹. Por este motivo, tradicionalmente se han articulado instrumentos a través de los estatutos o acuerdos extrasocietarios (“*shareholders agreement*”) que permitan superar el “*deadlock*” causado por el “*oppression*” de los socios mediante la compra o venta forzosa de las participaciones de uno de los socios⁷⁰².

⁶⁹⁷ ENRIQUES, L., HERTIG, G., KANDA, H. y PARGENDLER, M. “Related-Party Transactions” en KRAAKMAN, R., ARMOUR, J., DAVIES, P., ENRIQUES, L., HANSMANN, H., y otros, *The anatomy of corporate Law. A comparative und functional approach*, Oxford University Press, Oxford, 2017, págs. 146 a 147.

⁶⁹⁸BOCK, S., *Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2020, págs. 30 a 31.

⁶⁹⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 311 a 313.

⁷⁰⁰ BECHT, M. y BRADFORD DELONG, J., “Why has there been so Little block holding in America?” en MORCK, R., *A History of Corporate Governance around the World. Family Business Group to Professional Managers*, The University of Chicago Press, Chicago, 2005, págs. 613 a 622.

⁷⁰¹ O’NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, *op. ct.*, pág. 9.246 a 9.252; ENRIQUES, L., HERTIG, G., KANDA, H. y PARGENDLER, M., “Related-Party Transactions”, *op. ct.*, pág. 157.

⁷⁰² HOWE, L. “Corporate divorce: deadlocks in the close corporation”, en *The Business Lawyer* (Vol. 22, N. 2, January 1967), American Bar Association, Chicago, 1967, págs. 469 a 477; O’NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, *op. ct.*, pág. 9.3 a 9.4; DENT, G., “Lawyers and Trust in Business Alliances”, en *The Business Lawyer*, (Vol. 58, No. 1, November 2002), American Bar Association, Chicago, 2002, págs. 76 a 78; DE FRUTOS, M. y KITTSTEINER, T., “Efficient Partnership Dissolution under Buy-Sell Clauses”, en *RAND Journal of Economics* (Vol. 39, No. 1, Spring 2008), Rand corporation, Santa Monica, 2008, págs. 184 a 185; FIELD, H., “Resolving Shareholder Disputes and Breaking Deadlocks in the Close Corporation”, en *Minnesota Law Review*

Este tipo de cláusulas son conocidas en el derecho comparado como “*shoot-out*” o “*buy-sell clauses*” y consisten en la creación “*ad hoc*”, de una especie de obligación de compra o de venta⁷⁰³ ante la concurrencia determinadas circunstancias e independientemente de la voluntad de los socios. Una vez se produce la situación de bloqueo y se solicita su activación, funcionan mediante un sistema de pujas o de oferta y contra oferta, siendo este motivo por el que en la práctica profesional española son conocidas como cláusulas subasta, duelo o escopeta. A pesar de que existen distintas formas a través de las cuales se pueden articular, todas ellas poseen dos elementos comunes⁷⁰⁴: Un primer disparo consiste en el aviso de la existencia de un “*deadlock*” y un segundo, consistente en el inicio del procedimiento mediante la primera oferta. Las cláusulas más habituales son la “*texas shoot-out*”, la “*Mexican shoot-out*” o “*sale shoot-out*”, la ruleta rusa o “*russian roulette*” y experto independiente, aunque a su vez admiten distintas variables y dependiendo de cada ordenamiento jurídico se pueden encontrar con distintos nombres.

De esta forma, se constituyen como un medio ideal de solución de conflictos internos de cualquier tipo de sociedad cerrada⁷⁰⁵, aunque su eficacia se constata principalmente en aquellas en las que existe un número reducido de socios y en concreto en las sociedades al 50%, es decir, dos únicos socios con el mismo número de participaciones⁷⁰⁶. El estado de igualdad absoluta entre dos únicos grupos homogéneos es el principal motivo de que aparezca la paralización de los órganos sociales en este tipo de sociedades, pero a su vez crea las circunstancias óptimas para aplicar un remedio tan simple como radical, consistente en la concentración del capital mediante la salida de uno de los dos grupos enfrentados. Al haber dos únicos socios, o varios distribuidos en dos grupos homogéneos, y no una disparidad de ellos con distintas ideas o posiciones, provoca

(núm.58/1974), University of Minnesota, Mineápolis, 1974, págs. 985 a 1007. <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1427>; Incluso en la propia página web de la American Bar Association tiene un artículo colgado en ella en la que los recomienda incluir en los estatutos o acuerdos extrasocietarios: https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2017/03/03_conti/

⁷⁰³ WOLF, R., *The law and Practice of Shareholders' Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses*, op. ct., págs. 294 a 295.

⁷⁰⁴ FLEISCHER, H. y SCHNEIDER, S., “Shoot-Out Clauses in Partnerships and Close Corporations. An Approach from Comparative Law and Economic Theory”, en *Max Planck Private Law Research Paper* (Núm. 11/13). Hamburgo, 2011, págs. 37 a 38. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1963118>

⁷⁰⁵ BONVICINI, D., *Le Joint Ventures: Tecnica giuridica e prassi societaria*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1977, págs. 427 a 428.

⁷⁰⁶ BACHMANN, G., EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., FLEISCHER, H. y SCHÖN, W., *Regulating the closed corporation*, op. ct., págs. 77 a 78

que todos ellos tengan el mismo nivel de conocimiento de la sociedad para valorarla económicamente, lo que genera la competitividad idónea para obtener el valor más razonable como compensación para la salida del otro⁷⁰⁷.

Una de las principales diferencias entre las cláusulas “shoot-out” y las anteriormente estudiadas es que su aplicación no se sujeta a la existencia de circunstancias específicas, al margen del propio “deadlock”, tales como la necesidad de un tercero comprador o de un proceso de oferta pública de adquisición. Esta indeterminación supone tanto la principal ventaja como inconveniente de la misma, ya que se puede aplicar a prácticamente cualquier tipo de supuesto de parálisis de los órganos societarios, pero a su vez aumenta la posibilidad de utilizarse con la intención de defraudar al no poder delimitar de manera concreta el caso en el que se puede utilizar. Por este motivo es necesario articular las garantías suficientes alrededor del propio mecanismo.

En relación con la posibilidad de introducir estas cláusulas, en el derecho comparado, más allá del sistema anglosajón desde donde se pretenden importar, a pesar de que existe una mayoría de la doctrina especializada de los distintos países miembros que abogan por reconocer su legitimación, todavía no existe una respuesta legislativa o jurisprudencial clara sobre la admisibilidad de las cláusulas duelo⁷⁰⁸. En Alemania, la mayoría de autores la considera una cláusula válida siempre y cuando, ambos socios se encuentren en condiciones de proceder a la compra de las participaciones, ya que, en caso contrario, se transformaría en una “espada de Damocles” que permitiría la exclusión arbitraria del socio que no pueda optar a la compra⁷⁰⁹; mientras que en los países nórdicos se justifica su inclusión por la infracción del deber de lealtad que haya provocado la situación de bloqueo, destacando el caso de Noruega, donde se ha articulado específicamente un derecho de salida al socio mediante la compra de sus participaciones

⁷⁰⁷ ANDERSSON, J., “Minority shareholder protection in SMEs: a question of information ex post and bargaining power ex ante” en NEVILLE, M. y ENGSIG SØRENSEN, K., *Company Law and SMEs*, Thomson Reuters Professional, Copenhagen, 2010, págs. 205 a 206.

⁷⁰⁸ BACHMANN, G., EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., FLEISCHER, H. y SCHÖN, W., *Regulating the closed corporation, op. ct.*, págs. 78 a 80; FETT, T. y SPIERING, C., *Handbuch Joint Venture*, C. F. Müller, Múnich, 2010, pág. 422; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma, op. ct.*, págs. 154 a 155.

⁷⁰⁹ FLEISCHER, H. y SCHNEIDER, S., “Shoot-Out Clauses in Partnerships and Close Corporations. An Approach from Comparative Law and Economic Theory”, *op. ct.*, págs. 37 a 38. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1963118>; WOLFRAM, J., *Us-amerikanischer Deadlock und Selbstblockade der GmbH-Organen, op. ct.*, págs. 76 a 77.

en caso de desavenencias irreconciliables entre los miembros de la sociedad⁷¹⁰. Por otro lado, los supuestos en los que se ha tenido la oportunidad de enjuiciar su compatibilidad se reducen a unos escasos pronunciamientos en algunos de los estados miembros. Ejemplo de ello lo encontramos en Francia, donde se dictó una sentencia admitiéndolo como un mecanismo válido de salida al estar fundado en la autonomía de voluntad⁷¹¹

Como excepción a esta tendencia cabe citar el caso italiano, donde no solo existe una respuesta jurisprudencial reconociendo la validez de las cláusulas “*anti-stallo*” y concretamente la “*russian roulette*” en la reciente sentencia de 19 de octubre de 2017 del Tribunal de Roma⁷¹², y su posterior confirmación por el Tribunal de Apelación (aunque todavía falta la respuesta del alto tribunal), sino que también por parte de la doctrina administrativa con la “*massima 181*”⁷¹³ del “*Consiglio Notarile di Milano*” que admitía expresamente su inclusión en los estatutos sociales de las sociedades de responsabilidad limitada. Las principales incompatibilidades que suscitaba esta cláusula con la legislación italiana se centraban en la posición de desigualdad en la que se encontraba el socio receptor de la oferta respecto a la determinación del precio y el requisito de obtener un valor razonable como contraprestación de la parte saliente. La respuesta a la legitimidad de esta cláusula en relación con ambos conflictos se ha justificado con el mismo fundamento: el propio funcionamiento de la cláusula “*shoot-out*”.

Respecto al primero, se criticaba la situación “*al buio*” en la que se encontraba el socio receptor de la oferta al no poder influir en la fijación del precio, el cual quedaba a la voluntad arbitraria del socio oferente. Sin embargo, que la determinación quede en manos de una sola de las partes no significa que el precio sea determinado arbitrariamente.

⁷¹⁰ NEVILLE, M., “A statutory buy-out right in SMEs – an important corporate governance mechanism and minority protection”, en NEVILLE, M. y ENGSIG SØRENSEN, K., *Company Law and SMEs*, Thomson Reuters Professional, Copenhagen, 2010, págs. 265 a 293.

⁷¹¹ Sobre este aspecto se pronuncia la Corte de Apelaciones de París se pronuncia en sentencia de 15 de diciembre de 2006 sobre la validez de las cláusulas “*achetez ou vendez (buy or sell)*” como medio de salida de una sociedad constituida por tiempo indeterminado. Ver en LE CANNU, P., “Validation de la Clause Buy or sell, et durée des pactes d’actionnaires (CA Paris, 2e ch. B, 15 déc. 2006, CMP, STIM et CGTH c/ SNCM et CMN, D. 2007. AJ.162)”, en *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* (núm. 1/2007, Enero/marzo), Dalloz, Paris, 2007, págs. 169 a 174.

⁷¹² CALVOSA, L., “Anzioni e quote rescattabili: delimitazione dei confini di operatività dell’istituto”, *op. ct.*, pág. 1330; DIVIZIA, P., “Patto parasociale di russian roulette”, *op. ct.*, págs. 434 a 456: https://www.fdnorai.it/wp-content/uploads/2019/04/Divizia-SOCI_2018_04.pdf

⁷¹³ “181 Clausola «anti-stallo» di riscatto o di acquisto forzato di partecipazioni sociali (c.d. clausola della «roulette russa» o clausola del «cowboy») (Artt. 2437 a sexies, 2473 a bis c.c.)” del Consiglio Notarile di Milano: <https://www.consigionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societ%C3%A0/181.aspx>

A pesar de que el socio oferente es quien tiene la facultad de determinar el precio, es el receptor quien decide cual es el resultado, es decir, si compra o vende. Por este motivo nunca valorará las participaciones de manera arbitraria ya que es conocedora de que, si hace una oferta demasiado baja, se decantará por la compra causándole un perjuicio patrimonial, mientras que, si hace una oferta demasiado alta, la otra parte venderá, pagando un precio excesivamente alto y repercutiéndole negativamente. Tal y como despeja la sentencia no es ilegal la posibilidad de dejar la determinación del contenido del contrato a una de las partes, siempre que dicha determinación no esté sujeta a la mera voluntad de la parte facultada para hacerlo.

Por otro lado, en consideración con la obtención de un valor razonable del precio de la participación, a diferencia de lo que sucede con el auditor externo, la cláusula no consta de un procedimiento objetivo de valoración “*in natura*”. El precio es fijado a través de las propias normas económicas que rigen el mecanismo, y no sólo porque la lógica dicta que es altamente improbable que la persona que asume la iniciativa intente comprar a un precio injusto si la otra parte puede a su vez invertir la situación, comprándola, al mismo precio, sino también y sobre todo porque la decisión final depende de quien se compromete obligatoriamente, no de quien la asume. Esto provoca que un uso desleal en la fijación del precio, solo perjudique al que la utilice con tal fin, lo que impide situaciones de “saqueo” similares a las que pueden ocurrir con instituciones similares como el “*drag-along*”, que justifica la necesidad de un procedimiento objetivo de determinación de un precio justo.

Respecto al caso español, además de no existir una respuesta legislativa, jurisprudencial o por parte de la doctrina administrativa, tampoco existe una respuesta doctrinal consolidada sobre el estudio de las cláusulas de transmisión forzosa relativas al “*deadlock*”. Los escasos estudios se han centrado en el análisis de figuras afines como el “*drag-along*”, el “*tag-along*” y el “*squeeze-out*”. Sin embargo, y al igual que ha realizado la doctrina y jurisprudencia italiana, es posible discutir la admisibilidad de las “*shoot-out*” gracias a los criterios estudiados para estas cláusulas, y en concreto en lo relativo a la fijación del precio, el cual constituye su principal inconveniente para admitirlas⁷¹⁴.

Cuando se examina la legalidad de una cláusula societaria, su estudio debe realizarse desde una doble perspectiva: por un lado, las leyes societarias y por otro la ley

⁷¹⁴ BONVICINI, D., *Le Joint Ventures: Tecnica giuridica e prassi societaria*, op. ct., págs. 428 a 429.

en general y los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico⁷¹⁵. Durante el análisis general realizado de las transmisiones forzosa se abordó el principal inconveniente relativo a su consideración de expropiación por iniciativa privada y su compatibilidad con las leyes españolas. No obstante, debido a las particularidades de las cláusulas “*shoot-out*”, es necesario volver a este punto para examinarlo, ahora en relación a los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico.

La determinación del valor de las participaciones constituye un requisito de orden público⁷¹⁶ que toda transmisión forzosa debe cumplir, independientemente de que sea establecida a través de estatutos sociales o de pactos parasociales⁷¹⁷. El artículo 124 de la Ley de Sociedades de Capital establece como regla general para su fijación la valoración de un experto independiente, siendo este el único criterio que tradicionalmente ha entendido la Dirección General de los Registros y del Notariado que permite la obtención de un precio justo para aquel que se viese forzado a salir de la empresa⁷¹⁸. Sin entrar en el debate de en qué consiste un valor razonable y si realmente es un método adecuado para fijarlo⁷¹⁹, lo que excedería el objeto de este estudio, la justificación de este criterio se encuentra en la protección del socio minoritario ante pactos leoninos⁷²⁰, es decir, pactos que le fueren a retirarse de la sociedad por un precio irrisorio debido a los abusos por parte de aquel que ostente una posición dominante en la empresa. Por este motivo tradicionalmente solo se admitían cláusulas cuyo precio de salida se fijase mediante la valoración de un tercero independiente, debido a las garantías de credibilidad que ofrecía y las altas posibilidades de evitar injerencias en la independencia a la hora de su determinación⁷²¹.

⁷¹⁵ GALÁN LÓPEZ, C., “Cláusulas de autorización o consentimiento a la transmisión de las acciones”, *op. ct.*, págs. 1098 a 1103.

⁷¹⁶ STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 157/1986, de 10 de marzo de 1986. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/26114c6ce59e32cb/19960111>

⁷¹⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, pág. 316.

⁷¹⁸ YANES YANES, P., “Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones: supuestos especiales”, *op. ct.*, págs. 1120 a 1123; NIETO CAROL, U., “Régimen jurídico de las participaciones sociales. La transmisión”, *op. ct.*, págs. 399 a 400.

⁷¹⁹ Sobre este extremo, ver en WOLF, R., *The law and Practice of Shareholders’ Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses*, *op. ct.*, págs. 295 a 298.

⁷²⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La revisión judicial del valor real/razonable de las acciones fijado por el auditor con ocasión de su transmisión como consecuencia del ejercicio de derechos de adquisición preferente estatutarios” en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: Libro homenaje al profesor Javier García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 642 a 643.

⁷²¹ PAZ-ARES, C., *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 26 a 29.

Mediante este criterio se pretende evitar situaciones de opresión similares al uso de la figura del “*squeeze-out*” en las sociedades familiares de los Estados Unidos, donde a pesar de la existencia de códigos jurídicos propios en numerosos Estados Federales, los cuales exigen una mayoría cualificada para la adopción de acuerdos relativos a modificaciones estructurales tales como fusiones o escisiones, los socios minoritarios se ven necesitados de una protección jurídica adicional⁷²². Cuando el grupo mayoritario posee suficientes votos para poder aprobar dichas modificaciones, generalmente se utilizarán para dejar al socio minoritario en una situación de inferioridad todavía más acusada, con el objeto de reducir el valor de sus participaciones y forzarle a salir, si no quieren que disminuya todavía más.

No obstante, la exigencia de obtener un precio justo no significa que el único medio para obtenerlo en todo caso, sea a través de la valoración externa de un auditor, aunque pueda parecer en algunos casos el instrumento más adecuado para ello⁷²³. Cuando el supuesto de transmisión de participaciones, ya sea mediante la separación del socio o mediante la venta de su paquete de participaciones, tenga como objeto otorgar un derecho de salida para aquel que ya no desee continuar en la sociedad, y no la protección del socio minoritario ante los posibles abusos a los que se pueda enfrentar derivados de su situación de inferioridad, la obligatoriedad de que sea un tercero quien determine el precio carece de fundamento. Este impedimento se acrecienta todavía más cuando no existe una distribución heterogénea de las participaciones de la sociedad, puesto que ambos socios se encuentran en situación de igualdad de poder. Por este motivo la Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido aceptando sistemas de valoración del precio alternativos a la valoración externa, y que por tanto cumplían el requisito de orden público⁷²⁴, cuando se trata de casos de separación del socio distintos de los preestablecidos legalmente cuyo fundamento no reside en la incapacidad del socio de incidir en la fijación del precio. Ejemplo de ello fue la licitud de la cláusula de separación “*ad nutum*”, que otorgaba la posibilidad de salida de una sociedad constituida por tiempo indeterminado⁷²⁵.

⁷²² O'NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Oppression of minority shareholders and LLC members*, Thomson Reuters/West, Eagan, 2011, pág. 5.3 a 5.7.

⁷²³ LOJENDIO OSBORNE, I., “La determinación del precio en las cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión inter vivos de acciones”, *op. ct.*, pág. 2023.

⁷²⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 318 a 321

⁷²⁵ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de noviembre de 2010: https://www.boe.es/boe/dias/2010/11/23/pdfs/BOE-A-2010_a_18045.pdf; PERDICES HUETOS, A.,

Respecto a las cláusulas “*shoot-out*”, su fundamento difiere igualmente del tradicional fijado por la Dirección General de los Registros y del Notario para casos similares, ya que se pretende dar solución a la situación de abuso paritario entre los socios, mediante la articulación de un mecanismo de salida. En consecuencia, el sistema de valoración puede alejarse del tradicional prestablecido por la ley. Empero, a diferencia la separación “*ad nutum*”, las cláusulas estudiadas introducen un mecanismo o regla, no un derecho o un principio, por lo que, no se podrá determinar que el precio final a pagar sea razonable.

La cantidad a pagar no será prefijada previamente mediante una fórmula matemática, o mediante un tercero que asegure que sea justo, sino que serán los propios socios quienes valoren la sociedad, y hagan una oferta por ella. Este modelo se basa en la regla “*cake cutting rule*” (“*yo corto, ahora te toca a ti*”), la cual crea las circunstancias adecuadas para la obtención de un precio justo⁷²⁶ en relación a lo que en el ámbito económico se conoce como las exigencias del “*Mechanism Design*” y de la *teoría de juegos*⁷²⁷. Ese valor razonable se consigue, en cuanto ambas partes puján en consideración a él, y aunque hagan ofertas dispares por el mismo bien, esto no supondrá en ningún caso un perjuicio patrimonial para el socio saliente.

De esta forma se obtendrá “*prima facie*” un valor equitativo conforme a los expertos economistas y la doctrina jurídica comparada y que por tanto permita cumplir con el requisito de orden público, siendo a su vez el razonamiento que la jurisprudencia italiana ha seguido para confirmar su legalidad, aunque es discutible que sea suficiente para superar el criterio establecido por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁷²⁸.

“Comentario a la RDGRN de 15 de noviembre de 2016 sobre determinación estatutaria del valor de participaciones (RJ 2016, 6056)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.49/2017), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, págs. 227 a 238.

⁷²⁶ BACHMANN, G., EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., FLEISCHER, H. y SCHÖN, W., *Regulating the closed corporation*, *op. ct.*, págs. 77 a 78

⁷²⁷ Respecto al concreto funcionamiento de las cláusulas y como se utilizan estas reglas para obtener el precio razonable ver en: BROOKS, R., LANDEO, C. y SPIER, K., “Trigger happy or gun shy? Dissolving common-value partnerships with Texas shootouts”, en *RAND Journal of Economics*. (Vol. 41, núm. 4, Winter 2010), Rant corporation Santa Monica, 2010. DE FRUTOS, M. y KITTSTEINER, T., “Efficient Partnership Dissolution under Buy-Sell Clauses”, *op. ct.*

⁷²⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 168 a 169.

Cabe destacar que existe una variante aplicable a todas las cláusulas “*shoot-out*” consistente en incorporar el informe de un auditor externo que establezca el precio mínimo⁷²⁹ de la oferta con el fin de flexibilizar su admisión por parte del Registro Mercantil. De esta forma, las reglas de obtención del precio no solo se basarán en la libre competencia, sino que se compatibilizarán con criterios más objetivos mediante la tasación imparcial de la sociedad. Así, se podrá reducir la discrecionalidad a la hora de fijar la oferta al sujetarse ambas partes al mismo criterio para valorar el precio de las participaciones y asegurar la obtención de un precio mínimo cercano al valor razonable. Sin embargo, esta variante conlleva un alto coste, ya que se introducirá el factor de riesgo inherente a la valoración del auditor consistente en la posibilidad de impugnación judicial del mismo y sus inevitables retrasos en caso de llevarse a cabo⁷³⁰. Debemos recordar que la naturaleza del conflicto del bloqueo movida por motivos pasionales hace que el socio que solo busque perjudicar al otro, utilice todas las artimañas posibles para alargar la situación de inestabilidad, siendo bastante probable que decida acudir a la revisión judicial, en cualquier caso. Uno de los objetivos de los mecanismos alternativos a la disolución es la solución inmediata de la paralización de los órganos sociales sin tener que judicializar el proceso, por lo que es conveniente prescindir de todos aquellos aspectos o pasos accesorios que puedan servir como excusa para acudir a los tribunales.

La funcionalidad de estos mecanismos se dará principalmente en dos situaciones, a saber, cuando ambos socios quieran mantener el control de la sociedad o cuando solo uno de ellos tenga un interés mayor en obtenerlo, ya que en el caso de que ninguno de los socios quiera continuar en la empresa la solución pasará por disolverla. En ambas circunstancias, las reglas “*shoot-out*” constituyen un excelente medio de resolución del conflicto, pero esta función se manifiesta principalmente en la primera, ya que, cuando uno de los socios ya no desea continuar la colaboración creada a través del contrato de sociedad, pero ambas partes están interesadas en adquirir la totalidad de la sociedad⁷³¹, difícilmente se logrará un acuerdo al existir fuertes intereses contrapuestos sobre el mismo bien. De este modo, siempre será necesario establecer un mecanismo para resolver el empate.

⁷²⁹ SERRANO ACITORES, A., “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario en una sociedad de capital”, en *Revista Lex Mercatoria* (núm. 1/2015), Universidad Miguel Hernández, Elche, 2015, págs. 85 a 86

⁷³⁰ FARRANDO, I., *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, op. ct., págs. 168 a 170.

⁷³¹ NIGHTINGALE, C., *Joint Ventures*, op. ct., págs. 61 a 62

Respecto a la segunda situación, estas cláusulas además de eludir la necesidad de alcanzar una voluntad común, a su vez tienen como objetivo fomentarlo. Ante el divorcio producido entre las partes, su establecimiento no solo tiene una función resolutoria al otorgar un remedio para la situación de bloqueo, sino también como “*nuclear deterrent*”⁷³², es decir, como función disuasoria. Su inclusión en los estatutos debe fomentar el entendimiento para obtener una solución amistosa que beneficie a todas las partes enfrentadas, sabedoras de la amenaza constante de poder utilizar los mecanismos “*buy-sell*”, cuyo resultado siempre será incierto⁷³³. De esta forma se pretende fortalecer lo que los economistas conocen como “*rational expectations analysis*”, es decir, un comportamiento racional y previsible en las respuestas o posiciones de cada socio ante el conflicto societario como si de una partida de ajedrez se tratase⁷³⁴, con el fin de suavizar lo pasional en pos de la razón, a través de la inclusión de un factor de gran riesgo.

Hasta ahora nos hemos referido a todas las cláusulas estudiadas como derechos, principios, mecanismos o reglas, indistintamente, por lo que es necesario realizar una puntualización para continuar con el estudio de este apartado. A diferencia de lo que ocurre con las cláusulas relativas a la separación o exclusión del socio, así como las anteriormente analizadas de compraventa de participaciones, las cuales constituyen “*precepts of optimisations*”, es decir, derechos o principios otorgados a los socios cuyo ejercicio conlleva inmediatamente a la obligación de obtener un resultado concreto siempre y cuando sea posible, las cláusulas “*shoot-out*” son mecanismos o reglas “*all-or-nothing*” que desembocan en la salida de uno u otro en función de de la forma en la que se haya desarrollado el procedimiento de desbloqueo⁷³⁵. Por este motivo, cuando se decide utilizarlo, ninguno de los socios sabe cuál será el resultado y, por tanto, quién sale de la sociedad mediante la venta de sus participaciones y quién se queda en ella⁷³⁶.

⁷³² HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, op. ct., pág. 246.

⁷³³ GALEOTE MUÑOZ, M., “Los sindicatos de voto”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y CAMPUZANO LAGUILLO, A., *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán, Liber Amicorum*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 328 a 329.

⁷³⁴ STOUT, L., “Trust Behavior: The Essential Foundation of Securities Markets”, en KENT BAKER, H. y NOFSINGER, J., *Behavioral Finance. Investors, Corporations, and Markets*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2010, págs. 514 a 515.

⁷³⁵ BACHMANN, G., EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., FLEISCHER, H. y SCHÖN, W., *Regulating the closed corporation*, op. ct., págs. 21 a 23.

⁷³⁶ SILDERBERGER, C., *Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft als Finanzintermediär*, op. ct., págs. 132 a 133.

En la práctica jurídica generalizada, es frecuente que una de las partes tenga un interés mayor en la continuidad de la sociedad envuelta en la situación de bloqueo, mientras que la otra simplemente desee abandonar el negocio. Ambas tendencias son notorias por las dos posiciones enfrentadas⁷³⁷, por lo que el socio que simplemente quiera una compensación económica, se encontrará en una situación de superioridad, ya que el riesgo comercial al que se enfrenta es menor al ser la disolución un instrumento que sirve igualmente para obtener el resultado pretendido. Al estar condicionados por la existencia de motivos pasionales, la inclusión en la sociedad de los mecanismos estudiados, disminuye el riesgo de posibles abusos, así como de una negociación con mala fe, pues la incertidumbre del resultado que se puede obtener mediante su empleo, favorece que se pueda alcanzar una voluntad común. De esta forma, a pesar de que los socios se muestren reacios a su activación, la posibilidad de negociar una salida amistosa mediante una oferta de compra o venta común tendrá más posibilidades de fructificar en el caso de que se incorporen las cláusulas “shoot-out” a la sociedad, ya que las partes tratarán de evitar su empleo, conocedoras de sus riesgos⁷³⁸.

Además, si se quiere lograr esa eficacia resolutoria es necesario articular el procedimiento mediante el establecimiento de garantías y requisitos que eviten que las partes hagan o jueguen un papel en claro fraude de ley⁷³⁹. Las dos principales disfuncionalidades que se deben corregir o evitar que se produzcan son: El establecimiento de límites temporales para contestar o responder y evitar un uso abusivo o “en caliente” de la cláusula.

⁷³⁷ CAREY, S., “Buy/sell provisions in real estate joint venture agreements”, en *Real Property, Probate and Trust Journal* (Vol. 39, No. 4, Winter 2005), American Bar association, Chicago, 2005, pág. 658.

⁷³⁸ BROOKS, R., LANDEO, C. y SPIER, K., “Trigger happy or gun shy? Dissolving common-value partnerships with Texas shootouts”, *op. ct.*, págs. 650 a 651.

⁷³⁹ Sobre este aspecto cabe destacar la STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 209/1998 de 2 de marzo de 1998. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2baa9110cf27d835/20030704>, en la cual se anula una cláusula de compraventa de acciones ante la ruptura de la “*affectio societatis*”. Concretamente esta sentencia dice “*Respecto a la primera de las soluciones, la referida cláusula 11 no prevé mecanismo alguno acerca del caso de inexistencia de acuerdo sobre el ofrecimiento de la venta o compra de las acciones para el supuesto en ella descrito, o para el caso de que la oferente, si la contraparte rechaza la oferta, sea la que deba adquirir las acciones. Sin embargo, la carencia del mecanismo expresado no tiene relevancia en el caso que nos ocupa ya que las realidades fácticas que fueron relacionadas en el primer fundamento de la presente, han quedado incólumes en casación, mereciendo ser destacadas, entre ellas, las relativas a la existencia de la discrepancia entre los socios y a la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre la interpretación de la ya mencionada cláusula 11, con lo cual, la solución contemplada en la cláusula no tiene viabilidad alguna. Esto así, conduce a la otra solución, o sea, la disolución de la sociedad (...)*”.

En relación al establecimiento de límites temporales, al tratarse de cláusulas que funcionan a través de ofertas, su operatividad estará ligada a la efectiva contestación a las mismas. Al igual que sucede con otro tipo de cláusulas societarias como las de autorización de la transmisión de la acción o participación⁷⁴⁰, para evitar que la omisión de respuesta por parte del receptor de la oferta perturbe el correcto desarrollo del procedimiento “*shoot-out*”, es necesario establecer un periodo razonable durante el cual se deberá tomar la decisión, así como las consecuencias de su omisión en ese lapso temporal⁷⁴¹. En general, estas consistirán en la aceptación de la oferta o la vinculación del resultado a la decisión del oferente⁷⁴². Así se evitará que el retraso intencionado de las respuestas o su omisión sistemática provoque que el procedimiento de resolución del bloqueo societario se alargue en exceso aumentando las consecuencias negativas derivadas de su propia existencia.

Por otro lado, respecto al segundo, la existencia de motivos pasionales alrededor de la situación de bloqueo, será posible que la puesta en marcha del mecanismo se realice con el fin de perjudicar forzando la creación de “*breakdowns*” ineficaces⁷⁴³. Para evitarlo, se suele incorporar a estas cláusulas la necesidad de realizar un proceso de “mediación” o “negociación” previa⁷⁴⁴, cuya duración consista en un lapso temporal suficiente que haga recapacitar a las partes sobre las consecuencias de su ejercicio. Este tipo de conciliación previa es conocido en la práctica anglosajona como “*cooling off period*”⁷⁴⁵, es decir, periodo de enfriamiento. Consiste en la necesidad de realizar reuniones informales entre las partes directamente implicadas para intentar alcanzar algún acuerdo, aunque en la práctica su eficacia reside en hacerles reflexionar durante un periodo sobre los acontecimientos que han llevado a dicha situación con el fin de evitar un resultado perjudicial para todos debido al uso “en caliente” de la cláusula⁷⁴⁶.

⁷⁴⁰ GALÁN LÓPEZ, C., “Cláusulas de autorización o consentimiento a la transmisión de las acciones”, *op. ct.*, págs. 1120 a 1123.

⁷⁴¹ NIGHTINGALE, C., *Joint Ventures, op. ct.*, págs. 61 a 62

⁷⁴² FIRZGERALD, S. y CAULFIELD, G. *Shareholders' Agreement*, Sweet & Maxwell, Londres, 2017, págs. 270 a 273.

⁷⁴³ BROOKS, R., LANDEO, C. y SPIER, K., “Trigger happy or gun shy? Dissolving common-value partnerships with Texas shootouts”, *op. ct.*, pág. 650.

⁷⁴⁴ FLEISCHER, H. y SCHNEIDER, S., “Shoot-Out Clauses in Partnerships and Close Corporations. An Approach from Comparative Law and Economic Theory”, *op. ct.*, págs. 37 a 38. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1963118>.

⁷⁴⁵ STEDMAN, G., y JONES, J., *Shareholders' Agreement*, Sweet & Maxwell, Londres, 1998, pág. 244; DE FRUTOS, M. y KITTSTEINER, T., “Efficient Partnership Dissolution under Buy-Sell Clauses”, *op. ct.*, págs. 185 a 186.

⁷⁴⁶ HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures, op. ct.*, pág. 245.

Junto al establecimiento de este tipo de conciliación previa, también se puede requerir para poder comenzar el proceso “*shoot-out*”, la obligatoriedad de consignar una cantidad monetaria suficiente para poder afrontar la futura compra. De esta forma, no solo se podrá huir de un uso impulsivo del mecanismo, sino también que pueda ser puesto en marcha por aquel que no tenga la suficiente liquidez para afrontar la futura compra. Así se asegura que, una vez se haya finalizado el proceso, el adjudicatario del lote esté en condiciones de realizar la transacción⁷⁴⁷. Sin embargo, esta disposición plantea incertidumbres en la práctica que repercutirían en la obtención de un precio justo por las participaciones, tales como “la maldición del oferente” (*first-mover curse*)⁷⁴⁸ consistente en otorgar una ventaja a la hora de realizar la puja, ya que al establecer una cantidad monetaria el socio receptor de la oferta podrá conocer con más exactitud hasta dónde está dispuesto a llegar; que una vez haya finalizado el proceso resulte que aquel que no esté obligado a consignar cantidad alguna haya sido el adjudicatario del lote, y no pueda afrontar económicamente la operación; o si es necesario para rechazar la oferta que el socio receptor de la misma también consigne una cantidad monetaria y en este caso, si no puede afrontarlo, sí quedaría obligado a aceptar una oferta irrisoria por sus participaciones⁷⁴⁹. Por lo que si se decide incorporar esta cláusula será necesario establecer garantías que aseguren un proceso competitivo y un precio justo. Para esta función sería útil que la cantidad consignada fuera determinada por un tercero auditor, que estableciese también un precio mínimo que asegurase la obtención de una compensación adecuada.

En último término, las cláusulas penales que se deben introducir deben diferenciarse en dos tipos, en consideración a la situación a proteger: La primera es la tradicional respecto al caso de que, finalizado el procedimiento, una de las partes se niegue a realizar la transacción. Como ya hemos hablado, el principal medio de defensa ante tal injerencia consiste no solo en solicitar judicialmente el cumplimiento contractual

⁷⁴⁷ REECE THOMAS, K. y RYAN, C., *The Law and the practice of shareholders' agreements*, Londres: LexisNexis, 2009, pág. 293

⁷⁴⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 176 a 177.

⁷⁴⁹ Sobre este aspecto la doctrina alemana apoya la nulidad de aquellos casos alguna de las partes no se encuentre con la suficiente liquidez para afrontar la operación, ver en FETT, T. y SPIERING, C., *Handbuch Joint Venture*, op. ct., pág. 422; mientras que algunos autores americanos directamente abogan por que en estos casos no es posible aplicar la misma siendo necesario proceder a la disolución para evitar un uso abusivo del mismo, ver CAREY, S., “Buy/sell provisions in real estate joint venture agreements”, op. ct., págs 702 a 705.

sino también en la acción de daños y perjuicios⁷⁵⁰. No obstante, es posible articular un aumento de la responsabilidad de la parte incumplidora, siendo el más contundente hacerle responsable personalmente de todas las deudas que se generen como consecuencia de no proceder conforme el resultado obtenido⁷⁵¹. La segunda se daría en el caso de que, una vez finalizado el proceso, el adjudicatario del lote no tuviera suficiente liquidez para afrontar el pago. Conforme a la teoría general de los contratos (Artículos 1258 y 1450 del Código Civil), la obligación de compra o de venta existiría una vez se haya decidido quién va a ser el adjudicatario de las participaciones⁷⁵². Desde este momento es posible exigir el cumplimiento de lo pactado, cuyo fundamento reside en el consentimiento mutuo de las partes, formalizado a través de los estatutos sociales o de los pactos parasociales, de someterse a las cláusulas “*shoot-out*” en caso de producirse la situación de bloqueo. Sin embargo, el mismo no se entiende consumado hasta que se produzca el pago del precio de las participaciones. Aquí reside la gran preocupación de este tipo de cláusulas pues se puede dar la situación fraudulenta de dilatar el proceso mediante la adjudicación del lote y la posterior insolvencia o negativa a realizar el pago.

Este conflicto puede ser afrontado desde dos perspectivas en función de cuál sea el interés de la parte perjudicada por la actuación de deslealtad: la exclusión del socio incumplidor o el cargo a la sociedad de la operación. Si el único interés del socio que haya actuado de buena fe es salir de la sociedad, es posible articular que, ante el incumplimiento de pago, el mismo sea sufragado por la sociedad con un aumento proporcional de la cantidad final a satisfacer. El objetivo no es transferir la condición de deudor del socio a la sociedad, sino constituirlo como fiadora subsidiaria para que, en caso de que una vez haya finalizado el procedimiento y no se haya realizado el pago por el socio adjudicatario en el plazo fijado, se pueda exigir el cobro directamente a la sociedad con un incremento razonable como sanción por la actuación desleal del socio incumplidor.

⁷⁵⁰ REECE THOMAS, K. y RYAN, C., “*The Law and the practice of shareholders’ agreements*”, *op. ct.*, pág. 216.

⁷⁵¹ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 126 a 127.

⁷⁵² En relación al perfeccionamiento del contrato de transmisión de acciones como consecuencia del ejercicio del derecho de suscripción preferente por parte del resto de socios y la exigibilidad de su cumplimiento. Ver en GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La revisión judicial del valor real/razonable de las acciones fijado por el auditor con ocasión de su transmisión como consecuencia del ejercicio de derechos de adquisición preferente estatutarios”, *op. ct.*, págs. 639 a 646.

Por otro lado, si existe un interés en mantenerse en la sociedad, por parte de aquel que inicialmente hubiese adquirido la condición de vendedor, es posible introducir un mecanismo de exclusión por incumplimiento de la obligación⁷⁵³ de llevar a cabo la transmisión de las participaciones. En este caso, el carácter sancionador consistiría en castigar la actuación fraudulenta por alargar el procedimiento a sabiendas de que nunca iba a proceder a la realizar la transacción, mediante la exclusión del socio desleal y reducción del valor de la compensación por su salida. Tradicionalmente, se ha discutido la legalidad de este tipo de cláusulas penales, aunque en la actualidad se encuentran ampliamente aceptadas jurisprudencialmente⁷⁵⁴ en virtud del imperio de la autonomía de la voluntad a la hora de regular las relaciones societarias, y en concreto en relación a la fijación del precio de salida por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁷⁵⁵, permitiendo el descuento del valor justo siempre dentro de unos límites razonables⁷⁵⁶.

Respecto a cuál es el mecanismo para fijar ese valor justo o razonable, cabe cuestionarse si es posible introducir alguna medida para la fijación del precio y su correlativa reducción, más allá de la valoración por parte de un experto independiente. Esta cuestión se plantea de igual manera con otras instituciones del derecho societario con ocasión del ejercicio del derecho de adquisición preferente donde se sitúa al socio transmitente en una situación generalmente insatisfactoria respecto a sus intereses⁷⁵⁷. Se discutía si era posible evitar que el socio que fuese a obtener en un primer lugar una suma cuantiosa por la transmisión, viese como se reducía de forma considerable a consecuencia del ejercicio de este derecho. Bajo la premisa angular del derecho societario consistente en el imperio de la autonomía de la voluntad, con el fin de evitar estas situaciones, solo

⁷⁵³ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 128 a 132.

⁷⁵⁴ STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 216/1995, de 16 de marzo de 1995. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/a3fa7bd38753e0fa/20040403>; STS Sala de lo Civil, Secc. 1, núm. 635/2012, de 2 de noviembre de 2012. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/804c34560c466ab3/20121211>;

⁷⁵⁵ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de junio de 1992: <https://www.boe.es/boe/dias/1992/07/13/pdfs/A24070 a 24071.pdf>

⁷⁵⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *El protocolo Familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, *op. ct.*, págs. 122 a 123

⁷⁵⁷ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J., “La sociedad de Responsabilidad Limitada. Las participaciones sociales: II. Transmisión. Negocios sobre las propias participaciones. Derechos Reales”, en URÍA, R. Y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 1090 a 1092; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La revisión judicial del valor real/razonable de las acciones fijado por el auditor con ocasión de su transmisión como consecuencia del ejercicio de derechos de adquisición preferente estatutarios”, *op. ct.*, págs. 640 a 643; OLIVENCIA, M., “Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones”, *op. ct.*, págs. 2607 a 2616.

se acudirá a la valoración de un tercero en caso de que no exista una referencia al respecto, siendo posible articular en los propios estatutos o a través de pactos parasociales la solución menos perjudicial para todas las partes⁷⁵⁸ o siendo el establecido por el socio transmitente en la propia oferta recibida⁷⁵⁹.

Volviendo a nuestro caso, un perjuicio similar se genera cuando por la simple remisión a la valoración de un experto independiente para la fijación del precio justo de salida del socio excluido, se obtenga uno que sea superior al que hubiese resultado como consecuencia de un funcionamiento ordinario de la cláusula “*shoot-out*”. Esto supondría un enriquecimiento injusto por parte de aquel que hubiese actuado de mala fe, que vería como premio a su actuación indebida la obtención de un precio superior al que tendría que haber resultado, produciendo una merma de la naturaleza de la cláusula penal. Para no solo castigar al socio incumplidor, sino intentar remediar la situación creada, es necesario buscar un equilibrio entre los tres elementos relativos al precio que se tendrían que considerar si no se hubiese distorsionado el mismo: El precio de la puja del socio desleal, el valor razonable de las participaciones y el precio de la puja del socio perjudicado. Sin que exista un criterio establecido para ello, y teniendo en cuenta que solo se podrá reducir el precio respecto al valor real dentro de unos límites razonable, en mi opinión dos serían las posibles soluciones: (1) establecer como precio de salida la menor de estas tres opciones, tras las reducciones correspondientes de los dos primeras; (2) o establecer como precio de la salida la menor entre la puja ganadora y el valor razonable, tras sus correspondientes reducciones, con el límite del precio de la puja del socio perjudicado. De esta forma no solo se remediaría el perjuicio causado, sino que se permitía una contraprestación adecuada manteniendo la naturaleza punitiva de la medida estableciendo un triple criterio que otorgue la menor compensación permitida ante actuación fraudulenta.

2.3.1.- “Texas shoot-out”.

A la hora de abordar el estudio de esta cláusula, es necesario precisar que, tanto en la práctica profesional como en los estudios doctrinales especializados, nacionales o en el derecho comparado, existe una gran incertidumbre, con opiniones contradictorias, en relación al funcionamiento concreto de este mecanismo. No existe una opinión

⁷⁵⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “*Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*”, *op. ct.*, págs. 339 a 344

⁷⁵⁹ PERDICES HUETOS, A., “Comentario a la RDGRN de 15 de noviembre de 2016 sobre determinación estatutaria del valor de participaciones (RJ 2016, 6056)”, *op. ct.*, págs. 227 a 238.

doctrinal unánime, e incluso es frecuente que se les denomine indistintamente como “*texas shoot-out*”, “*mexican shoot-out*” o “*russian roulette*”, confundiéndola con figuras afines⁷⁶⁰. Tal y como hacen la mayoría de autores españoles⁷⁶¹, en este trabajo hemos optado por la articulación clásica de los autores anglosajones HEWITT-HOWLEY-PARKES consistente en oferta, contraoferta y puja siguiendo este esquema básico⁷⁶²:

(1) El socio A decide ejecutar la cláusula de compraventa forzosa y realiza una oferta por las participaciones del socio B.

(2) Dentro del plazo preestablecido, el socio B deberá comunicar o bien la aceptación de la oferta o bien su intención de realizar una oferta mayor que la recibida por las participaciones de A.

(3) Si el socio A opta por no aceptar la propuesta, ambos socios realizarán una oferta en sobre cerrado por las participaciones del otro. El postor que realice la puja más alta quedará obligado a comprar las participaciones del socio restante, al precio indicado en la oferta ganadora.

Con el fin de otorgar una mayor seguridad jurídica a la operación, es usual que se establezca que la última fase se lleve a cabo ante un fedatario público, con el fin de entregarle a él los sobres cerrados con las correspondientes ofertas y que sea él quien los abra y certifique el resultado obtenido⁷⁶³. La estructura base de la cláusula puede variar mediante el aumento del número de contraofertas permitidas, antes de llegar a la fase final consistente en la puja en sobre cerrado. Esto es conocido como “*multi-choice approach*”⁷⁶⁴ y consistiría en la posibilidad de repetir el punto 2 del esquema hasta el número de veces que se haya permitido y dentro de unos límites adecuados para no

⁷⁶⁰ Existe tal confusión, no solo al nivel doctrinal, sobre este aspecto que, cuando se realiza una simple búsqueda en internet de la palabra “*texas shoot-out*”, es habitual que en cada entrada se describa su funcionamiento de manera distinta, confundiéndola indistintamente con la cláusula “*ruleta rusa*” y “*mexican shoot-out*” entre otras.

⁷⁶¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., pág. 172; GALEOTE MUÑOZ, M., “Los sindicatos de voto”, op. ct., págs. 329 a 330.

⁷⁶² HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, op. ct., pág. 245.

⁷⁶³ Este punto es incluso un requisito indispensable para la validez de la transacción final en algunos países como Alemania. Ver en FETT, T. y SPIERING, C., *Handbuch Joint Venture*, op. ct., págs. 419 a 423.

⁷⁶⁴ HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, op. ct., pág. 245.

eternizar el procedimiento, lo que repercutiría negativamente en la sociedad por la situación de inoperancia e inestabilidad.

La mayor ventaja de la cláusula “*texas shoot-out*” o “tiro tejano”, consiste en que todos los participantes de la subasta tienen la posibilidad de incidir en la valoración del precio, ya que en caso de que el socio B no estuviera de acuerdo con el valor inicialmente fijado, podrá realizar una contra oferta para obtener las participaciones de A por un precio de compra superior. De esta forma, no solo se aumenta la competitividad para obtener el valor justo, sino que también la seguridad jurídica en relación con la fijación del precio ante conductas desleales.

Su principal desventaja consiste en el incremento de la duración del proceso de desbloqueo, respecto a otras cláusulas. Cuanto más plazo haya, más se tardará en finalizar la ejecución de la transacción, debido a la reconocida tendencia en la práctica jurídica profesional de alargar al máximo los plazos concedidos para la toma de decisiones, no solo por la dificultad y los riesgos que acaranean su adopción, sino por la propia naturaleza del “*deadlock*”. La parte que no tenga interés en obtener la totalidad de la sociedad, pero sí en perjudicar en la medida que le sea posible al otro socio, demorará su decisión con el fin de alargar el proceso y deteriorar la condición financiera de la sociedad.

La necesidad de adoptar una postura, no solo en relación a la aceptación o el rechazo, sino también a la contraoferta a realizar, provoca que el socio receptor tenga que realizar necesariamente una nueva tasación conforme a sus propios criterios. Por este motivo, el tiempo otorgado para contestar, necesariamente será superior al habitual de las cláusulas “*shoot-out*”, o incluso dividido en dos plazos, uno para aceptar o rechazar y otro para realizar la contra oferta. Además, si se añaden a la estructura básica las posibles “rondas” de oferta y contra oferta, puede provocar un excesivo número de dilaciones en el proceso, que difícilmente superará a la provocada por la judicialización de la disolución de la sociedad, pero que igualmente repercutirá negativamente en ella. Por este motivo, se tiene que tener en cuenta que debe existir una correcta correlación entre la duración del procedimiento y el número de rondas establecidas, si no se quiere provocar que la eternización del proceso vacíe de eficacia y contenido la cláusula⁷⁶⁵.

⁷⁶⁵ En relación a las cláusulas estatutarias del derecho de asunción preferente y de autorización de la transmisión, en cuyos procesos de aplicación también se establecen plazos que deben ser contestados por la sociedad o el resto de socios. Ver en GARCÍA LUENGO, B., “Limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones”, en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN

2.3.2.- “Mexican shoot-out”.

El funcionamiento de la cláusula “*mexican shoot-out*”, también conocida como tiro mexicano o “*sale shoot-out*” es similar al “*texas shoot-out*” pero a la inversa⁷⁶⁶. Mientras que la ya estudiada contiene un sistema de pujas ascendente en relación al precio de compra, esta consiste en una modalidad de subasta descendente sobre el precio de venta:

(1) El socio A realiza una oferta de venta de sus participaciones al socio B.

(2) El socio B deberá contestar en el plazo preestablecido aceptando la oferta o rechazándola y haciendo una oferta de venta de sus propias participaciones al socio A por un precio inferior a la recibida.

(3) Si el socio A declina la oferta recibida, comenzará la última fase de subasta mediante la realización de una última puja de venta de sus participaciones por parte de ambos socios. El postor que realice la puja más baja quedará obligado a vender sus participaciones al otro socio al precio por el precio indicado en la puja ganadora.

Este tipo de procedimiento tiene su origen en el sistema holandés o “*dutch auction*” de subastas, consistente en un sistema de pujas a la inversa donde el subastador marca el precio de salida más alto posible, y los pujadores hacen ofertas a la baja con el fin de que sea aceptadas⁷⁶⁷. En este punto, es posible extrapolar todas las garantías,

VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, R. y SÁNCHEZ CALERO, F, *Derecho de Sociedades I. La fundación*, Civitas, Madrid, 1991.

⁷⁶⁶ FLEISCHER, H. y SCHNEIDER, S., “Shoot-Out Clauses in Partnerships and Close Corporations. An Approach from Comparative Law and Economic Theory”, *op. ct.*, pág. 39. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1963118>.; LUCEÑO OLIVA, J. y GUERRERO MACHADO, E., “Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de posibles cláusulas-tipo”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (núm. 4/2015), Wolters Kluwer, Madrid, 2015, pág. 976 a 977.

⁷⁶⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 169 a 173.

ventajas e inconvenientes ya analizadas de la cláusula “*texas shoot-out*” a la cláusula “*mexican shoot-out*”, por lo que a estas nos remitimos.

2.3.3.- Ruleta rusa o “*russian roulette*”.

En la práctica anglosajona se puede encontrar esta cláusula bajo distintos nombres como “*putt/call*”, “*chinese or phoenician option*”, “*chinese wall clause*”, “*cut throat provisions*” o “*dynamite or candy bar method*”⁷⁶⁸. En este trabajo hemos optado por el nombre que más se ha extendido entre la doctrina y la práctica profesional europea: La “*russian roulette*” o ruleta rusa, aunque cabe destacar que también es conocida por algunos autores españoles como pacto andorrano⁷⁶⁹. De todas las cláusulas “*shoot-out*” es la más relevante en el tráfico jurídico y sobre la que la jurisprudencia y doctrina administrativa italiana (único ordenamiento europeo que se ha pronunciado), han construido un reconocimiento expreso de la misma y sus variantes. A diferencia de las anteriores, su funcionamiento no se basa en un sistema de pujas o subastas, sino en una única oferta:

(1) El socio A fija el precio de las participaciones.

(2) El socio B, en el plazo establecido, puede vender sus participaciones al socio A o bien comprárselas, por el precio que se había fijado previamente.

Se trata del sistema más peligroso debido a la mayor incertidumbre que ofrece el resultado, ya que, aunque ambos socios tienen la posibilidad de iniciarlo, las facultades otorgadas como consecuencia de su promoción son totalmente dispares, lo que quizás sea el origen del nombre de esta cláusula tan cínica⁷⁷⁰. Mientras que el socio A tiene la facultad exclusiva de fijar el precio, el socio B tiene el poder de decidir quién se queda o quien sale de la sociedad, sin que ninguno de ellos pueda intervenir en las facultades del otro. Esta independencia entre ambas facultades hace que el socio A tenga que tomar la

⁷⁶⁸ CAREY, S., “Buy/sell provisions in real estate joint Venture agreements”, *op. ct.*, págs 707 a 708

⁷⁶⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, pág. 156; SERRANO ACITORES, A., “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario en una sociedad de capital”, *op. ct.*, págs. 85 a 86.

⁷⁷⁰ FETT, T. y SPIERING, C., *Handbuch Joint Venture*, *op. ct.*, págs. 419 a 422.

máxima precaución a la hora de fijar el precio, asegurando que sea razonable⁷⁷¹. Si establece uno demasiado bajo, el socio B comprará sus participaciones por un valor inferior al real, provocándole una pérdida patrimonial; y si establece un precio demasiado alto o incluso por encima de su capacidad adquisitiva, el socio B las venderá por ese precio superior al real, volviéndose la situación en contra del socio ofertante⁷⁷². Si no se quiere incurrir en riesgos innecesarios, el socio A realizará una oferta ajustada al valor real de las participaciones, siendo el socio B quien decidirá el destino de la sociedad.

Esto provoca que el resultado sea difícilmente previsible, aumentando el riesgo asumido por cada socio. A diferencia de lo que ocurre con las cláusulas anteriores, en este mecanismo solo existe un “tiro”. Haciendo honor a su pintoresco nombre, no existen contra ofertas, pujas finales o segundas oportunidades para o bien tantear cual es la valoración que realiza el otro socio haciendo una primera oferta a la baja o al alza, o para saber si la tasación que ha realizado es correcta, por lo que los socios se verán todavía más reacios a su accionamiento. De esta forma aumenta la función reconciliadora del mecanismo para que alcancen un acuerdo sobre el “*deadlock*”, añadiendo un instrumento de presión superior consistente en la radicalidad de la ruleta rusa⁷⁷³.

Por otro lado, su principal ventaja respecto al resto de cláusulas es que se trata de una medida tan drástica como eficaz. Al solo existir un plazo para contestar, cuya omisión es entendida como la aceptación de la compra de las participaciones de la parte receptora, no es posible que se produzcan dilaciones indebidas, ni que se produzca un intento de inflación del coste, por lo que el bloqueo societario encontrará una respuesta en la mayor brevedad posible reduciendo al mínimo las repercusiones negativas inherentes al conflicto⁷⁷⁴.

Como consecuencia de esta estructura, no es posible añadir nuevas rondas al proceso, ya que no solo se asimilaría peligrosamente a los mecanismos de oferta y contra oferta ya estudiados, sino que se desvirtuaría su principal característica, el medio a la total

⁷⁷¹ STEDMAN, G., y JONES, J., *Shareholders' Agreement*, op. ct., pág. 295

⁷⁷² LUCEÑO OLIVA, J. y GUERRERO MACHADO, E., “Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de posibles cláusulas-tipo”, op. ct., pág. 977.

⁷⁷³ FETT, T. y SPIERING, C., *Handbuch Joint Venture*, op. ct., págs. 419 a 421.

⁷⁷⁴ AIBEL, H., “Structures of world order”, en *Proceedings of Annual Meeting (American Society of International Law)* (Voll. 89, April 5 a 8, 1995), Cambridge University Press, Cambridge, 1995, págs. 566 a 567.

incertidumbre que genera el único “disparo”. Al añadir nuevas rondas antes de la “final”, disminuye la eficacia de la misma y, por tanto, la probabilidad de obtener un precio primigenio, porque se les permitirá a las partes tantear antes de ofertar.

Aunque la ya mencionada gran incertidumbre que existe alrededor del resultado hace que este mecanismo sea ideal para aquellas situaciones en la que ambos socios estén dispuestos a comprar o vender⁷⁷⁵, esto no es óbice para establecer cuál debería ser el rol de cada parte en función de los intereses particulares alrededor del bloqueo⁷⁷⁶, ya que siempre habrá uno que tenga mayor interés en quedarse y esté dispuesto a pagar una cantidad superior al otro. Para obtener el resultado más óptimo, primero hay que partir del prototipo que sucede con más frecuencia en la práctica y para el que está diseñada la cláusula consistente en un socio que desea mantenerse en la sociedad y otro que desea salir a cambio de una contraprestación; y posteriormente que ambos pujadores actúan racionalmente, con la misma información y no de manera desleal, lo que les perjudicaría en gran medida como ya hemos visto⁷⁷⁷: El socio que desee salir, conocedor del objetivo de su homólogo, deberá hacer el primer movimiento fijando un precio que guarde equilibrio entre la cantidad máxima que está dispuesto a asumir la contraparte y la cantidad razonable que espera obtener. Si el socio que desea mantenerse, quiere obtener tal resultado, racionalmente optará por aceptar la oferta que haya recibido ya que se encuentra dentro de los límites que estaba dispuesto a llegar. Así no solo se permitirá resolver el bloqueo, sino una solución que satisfaga a todos los implicados y genere un auténtico valor real para la contraparte en consideración al juego de oferta y demanda.

2.3.4.- Experto independiente.

La última cláusula “*shoot-out*” más habitual se denomina *el experto independiente* o “*fairest sealed bid*”⁷⁷⁸. Su funcionamiento consiste en una mezcla del resto de cláusulas con la delegación en un tercero independiente de la decisión de quien permanece en la sociedad y quien se ve forzado a salir:

⁷⁷⁵ NIGHTINGALE, C., *Joint Ventures*, op. ct., págs. 60 a 61.

⁷⁷⁶ FETT, T. y SPIERING, C., “*Handbuch Joint Venture*”, op. ct., págs. 419 a 421.

⁷⁷⁷ LANDEO, C. y SPIER, K., “Irreconcilable Difference: Judicial Resolution of Business Deadlock” en *The University of Chicago Law Review* (Vol. 81, No. 1. Winter 2014), The University of Chicago Law Review, Chicago, 2014, págs. 206 a 208.

⁷⁷⁸ HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, op. ct., pág. 245; BOCK, S., *Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung*, op. ct., págs. 142 a 143.

(1) El socio A y el socio B, designan a un tercero independiente para que realice una valoración de la sociedad.

(2) Ambos socios realizan una puja en sobre cerrado por las participaciones del otro y se la entregan al experto independiente.

(3) El experto abre los sobres y decide cuál de las dos ofertas se ajusta al valor real o justo de la sociedad. El socio “vencedor” quedará obligado a comprar las participaciones del “perdedor” por el precio designado en la puja ganadora.

Este mecanismo tiene dos grandes ventajas respecto al resto. Por un lado, el precio a pagar se ajustará en mayor medida a la concepción tradicional del “valor real o justo” de la sociedad al incluir la figura del experto independiente que vela por él⁷⁷⁹ y al fijar como ganador de la subasta aquel que más se acerque; por otro, supone mayor igualdad a la hora de afrontar las ofertas, ya que la puja ganadora no será aquella que sea financieramente más potente, sino que más se ajuste a la realidad de la sociedad.

Sin embargo, las grandes desventajas que ofrece, al igual que sucede con la ruleta rusa, residen en la gran inseguridad respecto al resultado que ofrece. Tanto en la “*Texas shoot-out*” como la “*Mexican shoot-out*”, aunque la incertidumbre inherente a cualquier tipo de subasta exista, si se quiere obtener el control de la sociedad basta con hacer una oferta que suponga un esfuerzo económico cuya cuantía sea relativamente superior o inferior al valor razonable, con el fin de incurrir en la mínima pérdida patrimonial y a su vez asegurar el triunfo en la subasta; mientras que a través de la figura del experto independiente, las pocas premisas básicas para poder intentar asegurar un resultado conforme a los intereses del socio desaparecen. Este sujeto realizará una valoración de la sociedad que “*prima facie*” será desconocida por los socios, quienes tendrán que valorarla y hacer una oferta consecuente. La principal dificultad reside en que dichas valoraciones no necesariamente coincidirán, por lo que, es posible que los pujadores realicen ofertas bastante dispares, aunque se encuentren en las mismas condiciones competitivas, con el

⁷⁷⁹ SERRANO ACITORES, A., “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario en una sociedad de capital”, *op. ct.*, págs. 85 a 86.

fin de aproximarse lo máximo posible a lo que creen que haya podido ser el valor otorgado por dicho experto.

La situación se complica todavía más respecto aquel que desee abandonar la sociedad. Como ya hemos comentado en el apartado anterior, en la cláusula ruleta rusa es posible asignar cuáles serán los roles más convenientes para cada posición. Sin embargo, respecto al mecanismo ahora analizado, difícilmente se podrá optar por una estrategia dirigida a salir de la sociedad debido al desconocimiento concreto de cuál puede ser la oferta ganadora, por lo que deberá pujar con el fin de adquirir, aunque este no sea su deseo para evitar tener que vender por precio irrisorio o comprar por un precio exorbitado.

Junto a la incapacidad de no poder optar por una estrategia que no fuese la de adquirir la sociedad, existe otro gran inconveniente que reside en la incorporación de nuevos factores de riesgo. Como ya hemos dicho, para que los mecanismos alternativos a la disolución judicial sean realmente eficaces es necesario que regulen por completo el procedimiento, bajo la premisa de que ningún tipo de acuerdo es posible, incluyéndose en él, aquellas cuestiones que pueden considerarse sencillamente formales, como la forma de designación del tercero independiente. Por ello, es recomendable y necesario incluir no solo la forma en la que se designará al tercero, sino también las cualidades que debe reunir o no para emitir una valoración objetiva⁷⁸⁰, así como el método científico que deberá seguir para obtenerlo⁷⁸¹, todo ello para garantizar su imparcialidad y su no posterior impugnación.

El mayor peligro que ofrece esta cláusula reside en la posibilidad de impugnación judicial tanto de la decisión que haya tomado el experto independiente como de su propia valoración. Debemos recordar que, si se quiere asegurar la eficacia de la cláusula, se debe mantener que la decisión tomada sea indisputable ya que, de otro modo, será objeto de impugnación judicial con el único objetivo de dilatar la solución del bloqueo societario. La propia naturaleza del conflicto hará que, ante la mínima oportunidad de alargar el proceso, alguna de las partes aproveche dicha situación. Por lo tanto, es necesario dotarlo

⁷⁸⁰ LOJENDIO OSBORNE, I., “La determinación del precio en las cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión inter vivos de acciones”, *op. ct.*, págs. 2025 a 2027.

⁷⁸¹ HAMANN, H. y SIGLE, A., *Vertragsbuch Gesellschaftsrecht*, C.H. Beck, Múnich, 2008, págs. 557 a 558.

de las garantías necesarias que aseguren la eficacia de la medida, similares a las medidas “anti-behavior”⁷⁸².

Para poder profundizar en su estudio es necesario reavivar el viejo debate doctrinal consistente en si la función del auditor que fija el precio razonable de salida del socio es la de un árbitro, y por tanto su decisión es indisputable. Cabe precisar en este punto, que en este trabajo de investigación se utiliza indistintamente la terminología de experto independiente, tercero imparcial o auditor, ya que, en el contexto societario analizado, estos tres sujetos son capaces de asumir la función de emisión de un informe de valoración de las participaciones o acciones como perito, no como auditor de cuentas⁷⁸³. Acertadamente, en mi opinión, el profesor PERDICES HUETOS denomina al auditor que debe valorar el precio justo o razonable de las participaciones como “perito dictaminador”⁷⁸⁴. Este calificativo permite distinguir sin ánimo de dudas, las figuras del auditor en sentido estricto o arbitro, de la del experto independiente.

Tanto la jurisprudencia⁷⁸⁵ como la doctrina mayoritaria⁷⁸⁶, zanjaron el debate sobre la base del incumplimiento de los presupuestos objetivo y subjetivo por parte del

⁷⁸² Esta consideración se refiere al objetivo de las medidas correctoras del “trust game”, que de manera muy simple se pueden resumir en evitar que una de las partes se aproveche de las desventajas de la otra, conocedoras de las mismas con el fin de desembocar en una destrucción de la empresa. Ver en SELDEN HARVEY, R., *Rights of the Minority Stockholder and of the Railway Security Holder*, Baker, Voorhis & Co, Nueva York, 1929, págs. 205 a 212; BLAIR, M. y STOUT, L., “Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law”, en *University of Pennsylvania Law Review* (vol. 149), University of Pennsylvania, Filadelfia, 2001, págs. 1737 a 1810; STOUT, L., “Trust Behavior: The Essential Foundation of Securities Markets”, *op. ct.*, págs. 513 a 521; Ejemplo de ello sería la clásica situación en la que la voluntad de una de las partes de mantenerse en la sociedad y por tanto solucionar rápidamente el conflicto y la otra la de salir. Esta segunda, conocedora de que puede presionar a la otra parte o incluso simplemente por un afán de perjudicar, podrá e intentará dilatar el bloqueo lo máximo posible ya que esta incapacidad solo perjudicará a la parte interesada en mantenerse.

⁷⁸³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La revisión judicial del valor real/razonable de las acciones fijado por el auditor con ocasión de su transmisión como consecuencia del ejercicio de derechos de adquisición preferente estatutarios”, *op. ct.*, págs. 649 a 651.

⁷⁸⁴ PERDICES HUETOS, A., “Comentario a la RDGRN de 15 de noviembre de 2016 sobre determinación estatutaria del valor de participaciones (RJ 2016, 6056)”, *op. ct.*, págs. 227 a 238.

⁷⁸⁵ STS, Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 635/2012 de 2 de noviembre. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/804c34560c466ab3/20121211>

⁷⁸⁶ PULGAR EZQUERRA, J., “Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (num.129/2013), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 21; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.32/2009), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, págs. 2 a 9; BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, *op. ct.*, págs. 108 a 110.

auditor para que tuviese tal consideración. Estos pueden ser resumidos en que el experto no trata de resolver una controversia o sustituir la figura del juez, sino que su función es la de integrar o completar una relación jurídica no definida mediante la fijación del valor razonable.

Volviendo a nuestro caso, es necesario analizar si esta concepción del experto independiente o auditor es subsumible en este tipo de cláusula “*shoot-out*”. El objetivo de la valoración no consiste en determinar el precio de salida, sino en establecer un criterio decisorio para averiguar quién va a comprar las participaciones del otro (aquel que realice una puja más ajustada al valor real, será el “ganador” de la subasta). Mediante su intervención, en vez de establecer la puja más alta o la más baja como método para dictaminar del resultado, se fija en aquella más próxima al valor real o razonable de la sociedad que un tercero haya dictaminado previamente. De esta forma, aunque el experto sea la persona que reciba las ofertas, las examine y dicte el resultado, esto no le convertiría en árbitro sino más bien en una figura que cumple las funciones de moderador de la subasta y “perito dictaminador”. Él no decide o arbitra conforme la equidad, sino que el resultado está prefijado desde el momento en que las ofertas son realizadas. No es más que un instrumento del conjunto del proceso, por lo que se podría responder afirmativamente a la pregunta planteada en el párrafo anterior y optar por su no consideración de árbitro.

Cuestión distinta es si es posible incluir la indisputabilidad de la valoración del auditor, salvo error material manifiesto o aritmético, en la redacción de la propia cláusula. Debemos recordar que el mayor riesgo al que se enfrenta este mecanismo es la posibilidad de que el experto haya procedido a un cálculo erróneo o desafortunado del valor de las participaciones⁷⁸⁷, por lo que su revisión no consiste en ir contra la cláusula que la incorpora sino contra la actuación del auditor. Sobre esta base, tradicionalmente se ha considerado que no es posible esta imposición ya que la misma supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva incluido en el artículo 24 de la constitución y una merma en las garantías de este límite de orden público ante la equivocación del experto valorador generando un precio de salida inferior al real⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures, op. ct.*, pág. 250.

⁷⁸⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La revisión judicial del valor real/razonable de las acciones fijado por el auditor con ocasión de su transmisión como consecuencia del ejercicio de derechos de adquisición preferente estatutarios”, *op. ct.*, págs. 646 a 667.

Empero, el análisis de esta cuestión debe partir de la base de que la función de la valoración del auditor en esta cláusula “*shoot-out*” no es fijar un precio de salida que permita obtener un valor razonable para evitar saqueos por parte del resto de socios o pactos leoninos (esto ya se obtiene a través del propio funcionamiento del mecanismo), sino establecer el criterio decisorio a través del valor real. Esto significa que la contraprestación que va a obtener el socio saliente no consiste en ese valor “puro” real, sino uno próximo a él. Por este motivo, cuando se acude al auditor para fijar dicho criterio, estableciendo no solo el método de designación sino las cualidades concretas que debe reunir para ser capaz de emitir un dictamen adecuado conforme a sus conocimientos técnicos, no se hace para asegurar una compensación justa sino para desempatar y otorgar una solución a la situación de “*deadlock*”.

Sobre esta base, y no sin ciertas dudas, ya que para dar respuesta a esta cuestión es necesario un análisis todavía más profundo que se escapa de las competencias de este trabajo de investigación, debería ser posible admitir “*prima facie*” la indisputabilidad de la decisión y de la valoración del experto, ya que su función no es velar por el límite de orden público indisponible consistente en obtener un valor razonable. Cuestión diferente sería que, como consecuencia del funcionamiento anormal de la cláusula, se determinase un precio de salida manifiestamente inferior al precio real de las participaciones, imputable al propio auditor, a causa a un error aritmético o material, en cuyo caso siempre será posible su revisión para cumplir con el límite de orden público.

2.4.- Opción de compra y opción de venta (“*Put and call options*”).

La opción es un derecho real en virtud del cual se otorga la facultad de adquirir o enajenar un bien a un precio determinado o determinable⁷⁸⁹. A diferencia de lo que ocurre con figuras afines como el derecho de tanteo o retracto, no es necesario que exista un tercero comprador sobre el que proyectar el derecho, sino que, de acuerdo con su concepción en su estado natural, opera en cualquier circunstancia y sin ningún límite, salvo que, como ocurre generalmente en la práctica, se opte finalmente por imponerlo.

En el derecho mercantil es habitual la utilización de esta figura para situaciones tan dispares tales como el contrato de “*leasing*”, en el que se reconoce la opción de

⁷⁸⁹ ALBADALEJO, M., *Compendio de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 423

compra al término del contrato por el valor residual del mismo⁷⁹⁰, o en la compraventa de empresas, donde en ocasiones se incluye una opción de compra en exclusiva sobre la sociedad objeto, durante un periodo de tiempo determinado⁷⁹¹ o incluso como instrumentos financieros en el propio mercado de valores mediante el establecimiento de derechos de opción sobre acciones de sociedades cotizadas, también conocidos como “warrants”⁷⁹².

Respecto a su aplicabilidad en los conflictos societarios, en la doctrina clásica, MENGUAL y MENGUAL definía el contrato de opción como un *poder concedido a la voluntad*⁷⁹³ mientras que OSSORIO ponía el acento en la pérdida de la libertad derivada de la subordinación al mismo contrato⁷⁹⁴. Lo cierto es que ambas características ejemplifican la eficacia de la opción, cuya garantía de éxito reside en la unilateralidad de la misma, evadiendo la necesidad de la adopción de cualquier acuerdo “*ex post*” para solucionar el bloqueo.

Tradicionalmente en el sistema anglosajón, confiando y haciendo uso de este poder para resolver los conflictos societarios, la legalidad de una cláusula por la que se otorga un derecho de opción de manera amplia y sin restricción alguna sobre las participaciones del otro socio, a pesar de la naturaleza del tipo social, no admite dudas⁷⁹⁵. Este derecho primitivo ha evolucionado hasta la hoy conocida como cláusula “*put and*

⁷⁹⁰ DE LA CUESTA RUTE, J., “Reflexiones en torno al «leasing»”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 118/1970), Civitas, Madrid, 1970, págs. 1 a 67; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., “Contratos Bancarios (1)”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil II*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 545 a 549; EMBID IRUJO, J., “Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990”, en *Diario La ley* (núm. 4/1990), Wolters Kluwer, Madrid España, 1990, pág. 710 a 715.

⁷⁹¹ GIMENO BEVIÁ, V., *Las condiciones en el Contrato de Compraventa de Empresa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 212 a 217; HAMANN, H. y SIGLE, A., *Vertragsbuch Gesellschaftsrecht*, *op. ct.*, págs. 559 a 561.

⁷⁹² GALLEGRO SÁNCHEZ, E., “Mercados y contratos de futuro y opciones” en CALVO CARAVACA, A. y FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L., *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1108 a 1109; BAÑEGIL ESPINOSA, A., “Los contratos de opción sobre acciones”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (núm. 69/1998), Trotta, Madrid, 1998, págs. 45 a 79; MAFFEIS, D., “La vendita di partecipazioni social: natura, contenuto e tipi”, *op. ct.*, págs. 850 a 852.

⁷⁹³ MENGUAL y MENGUAL, J., *La opción como derecho y como contrato*, Reus, Madrid, 1936, págs. 9 a 10.

⁷⁹⁴ OSSORIO, A., *El contrato de opción*, Madrid, 1915, págs. 51 a 57.

⁷⁹⁵ GOWER, L., “Some contracts between british and american corporation Law”, en *Harvard Law Review* (Vol. 69, Núm. 8, 1956), Harvard Law Review association, Havard, 1956, págs. 1377 a 1378.

call option”, la cual consiste en un instrumento de resolución del “*deadlock*”⁷⁹⁶ en los casos en los que efectivamente se haya constatado su existencia, siendo una figura intermedia entre los mecanismos “*shoot-out*” y las instituciones de exclusión y separación del socio. Su objetivo es similar al de las cláusulas duelo ya que resuelve el conflicto una vez se haya producido, a través de la concentración de capital en uno de los socios mediante la compra de las participaciones del resto de miembros, aunque difiere en cuanto su procedimiento ya que la persona que va a salir de la sociedad se encuentra preestablecida a falta de determinar el precio⁷⁹⁷. Se trata pues de una especie de suerte de exclusión a cargo del socio cuando hablemos de opción de compra o de una facultad de separación a cargo del socio cuando se otorgue un derecho de opción de venta.

En nuestro derecho societario y concretamente respecto la transmisión de acciones y participaciones, la posibilidad de articular un derecho de opción de compra similar tiene su reconocimiento de manera reglamentaria a través del artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual es una cláusula inscribible aquella por la que se otorgue una opción de compra o rescate de las participaciones de un socio en favor del resto, alguno de ellos, uno o varios terceros o incluso la propia sociedad, ante el advenimiento de circunstancias determinadas de manera clara y precisa⁷⁹⁸. Aunque tradicionalmente se ha aplicado esta figura para regular situaciones idénticas a las de la figura de la exclusión, tales como resultar penalmente sancionado, la pérdida de la condición de trabajador de la sociedad o cumplir la edad de jubilación⁷⁹⁹, al tratarse de una cláusula abierta, no existe inconveniente para articular este derecho alrededor de la situación de bloqueo societario. Por otro lado, en relación a la admisión de la cláusula contraria, es decir, del otorgamiento de un derecho de opción de venta, no de compra, basta con decir que el no pronunciamiento en contrario de la misma disposición, hace ya

⁷⁹⁶ HERZFELD, E. y WILSON, A., *Joint Ventures*, Jordans, Bristol, 1996, pág. 63; O'NEAL, H. y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, *op. ct.*, pág. 9.236 a 9.265; HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, *op. ct.*, págs. 305 a 307; DE LY, F., “Divorce clauses in international joint venture contracts”, en *International Business Law Journal* (núm. 3/1995), Sweet & Maxwell, Londres, 1995, págs. 11 a 12.

⁷⁹⁷ DOBKIN, J., BURT, J., KRUPSKY, K. y SPOONER, M., *International Joint Ventures*, *op. ct.*, págs.4.11 a 4.13.

⁷⁹⁸ PERDICES HUETOS, A., “Restricciones a las transmisiones de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 490 a 491.

⁷⁹⁹ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J., “La sociedad de Responsabilidad Limitada. Las participaciones sociales: II. Transmisión. Negocios sobre las propias participaciones. Derechos Reales”, *op. ct.*, págs. 1092 a 1094; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, *op. ct.*, pág. 452.

entrever su admisibilidad, ya que la misma tampoco es contraria a los principios configuradores del tipo de la Sociedad de Responsabilidad Limitada⁸⁰⁰.

Cabe destacar que, a través de esta cláusula abierta, ya se han admitido la articulación de figuras similares como el “*drag-along*” o el “*tag-along*”, cuyo funcionamiento gira alrededor de la posibilidad de articular un derecho de opción de compra o de venta ante la existencia de un tercero comprador de la sociedad⁸⁰¹.

Su articulación puede ser diversa⁸⁰² y debe ser estudiada desde dos perspectivas⁸⁰³: Que derechos y a quienes se les otorga y las condiciones para su ejercicio.

Respecto al primero, se puede optar por otorgar a ambos socios una opción sobre el otro, ambas o solo una de ellas, así como someterla a una condición específica o a ninguna. Debido a la gran inseguridad jurídica que supondría cualquiera de las opciones anteriores, en este trabajo de investigación se ha optado por su estudio alrededor del otorgamiento del derecho de opción de compra a uno y correlativamente el de opción de venta a otro⁸⁰⁴. De esta forma, no solo no se deja la decisión a aquel que “dispare” más rápido como sucede en las cláusulas duelo, ya que se daría una ventaja injusta a aquel que tuviese una información más privilegiada, sino que se evita la creación intencionada de situaciones “*deadlock*” con el único ánimo de, inmediatamente después de provocarlo, ejercer su derecho. Además, aunque la configuración tradicional del régimen del derecho de opción no establezca la necesidad de una dualidad de derechos a cada parte implicada⁸⁰⁵, en este caso es necesario otorgar la posibilidad de solucionar el conflicto a ambos mediante los instrumentos opuestos para el caso de que, si uno deliberadamente

⁸⁰⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 301 a 302.

⁸⁰¹ SÁEZ LACAVE, M. y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Inversiones específicas, oportunismos y contrato de sociedad. (A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along)”, *op. ct.*, págs. 19 a 23; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 120 a 123.

⁸⁰² HERZFELD, E. y WILSON, A., *Joint Ventures*, *op. ct.*, pág. 63.

⁸⁰³ LUCEÑO OLIVA, J. y GUERRERO MACHADO, E., “Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de posibles cláusulas-tipo”, *op. ct.*, pág. 975 a 976.

⁸⁰⁴ SERRANO ACITORES, A., “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario en una sociedad de capital”, *op. ct.*, pág. 85.

⁸⁰⁵ SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El Derecho de suscripción preferente del accionista*, *op. ct.*, págs. 172 a 174.

decida no ejecutar la opción de compra para mantener la situación de bloqueo, el socio perjudicado pueda remediarlo mediante la opción de venta⁸⁰⁶.

En relación a las condiciones para su ejercicio, debemos partir de la idea de que, desde que se admite el derecho de separación “*ad nutum*”, nada impide establecer una opción de compra o de venta sin sujeción a limitación temporal o circunstancias concretas en base a los mismos argumentos⁸⁰⁷. No obstante, una configuración en tales condiciones ha sido rechazada por parte de la doctrina alemana⁸⁰⁸ o por algunos ordenamientos jurídicos como el italiano donde se han declarado nulas y contrarias al orden público cláusulas similares debido a la gran inseguridad jurídica que genera la no sujeción a término alguno⁸⁰⁹. En este sentido, en nuestro ordenamiento, cabe destacar la Sentencia núm. 630/2014, del Tribunal Supremo, Secc. 1, de 18 de noviembre de 2014⁸¹⁰, según la cual se precisa la necesidad de una limitación temporal de un derecho opción relativo a la compraventa de acciones dispuesto de manera extrasocietaria.

Siguiendo este último criterio y en aras de evitar un uso desleal, así como un aumento de la inseguridad jurídica que supone una cláusula en tales términos, cuyas consecuencias negativas pueden agravarse por la naturaleza del conflicto societario y de la empresa cerrada familiar, es necesario condicionar su uso a la existencia de la situación de bloqueo, consecuentemente con el objetivo de la regla a introducir⁸¹¹. Además, a pesar de no ser necesaria una constatación objetiva en la junta general de la situación de parálisis de los órganos societarios para instar la disolución judicial, para la admisión de esta cláusula, será imprescindible establecer en su redacción, bajo qué circunstancias concretas se entiende que se ha producido el conflicto, tales como la no aprobación de cuentas anuales, la no renovación de los cargos de administración, la no convocatoria de junta ordinaria o extraordinaria cuando sea necesario, etc⁸¹². Esto se debe no solo al

⁸⁰⁶ DE LY, F., “Divorce clauses in international joint venture contracts”, *op. ct.*, págs. 12 a 13.

⁸⁰⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 311 a 315.

⁸⁰⁸ FETT, T. y SPIERING, C., *Handbuch Joint Venture*, *op. ct.*, págs. 414 a 419; BOCK, S., *Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung*, *op. ct.*, págs. 130 a 131.

⁸⁰⁹ MAFFEIS, D., “La vendita di partecipazioni social: natura, contenuto e tipi”, *op. ct.*, págs. 849 a 851.

⁸¹⁰ STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 630/2014, de 18 de noviembre de 2014. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f8f7d9c4b833768e/20150220>.

⁸¹¹ BOCK, S., *Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung*, *op. ct.*, págs. 130 a 131.

⁸¹² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 129 a 130.

intento de adecuar la redacción de la cláusula a las exigencias del artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil para evitar posibles objeciones para su acceso al registro, sino evitar fisuras en su redacción para disuadir de un posible intento de impugnación judicial de la otra parte en base a la inexistencia del bloqueo societario. Durante este trabajo de investigación se ha insistido siempre en la misma idea relativa la naturaleza obstructiva de la paralización de los órganos sociales, por lo que todas esas premisas son extrapolables a esta cláusula, siendo necesario fijar claramente y sin posibilidad de inducir a confusión o de formular argumentación contradictoria respecto a su contenido para evitar que el proceso se judicialice y, por extensión, se demore la desaparición de la causa del bloqueo hasta que sea demasiado tarde para permitir la continuidad de la sociedad.

Por otro lado, para admitir la validez de la cláusula, junto la determinación precisa de la situación de bloqueo, es necesario establecer el procedimiento de fijación del precio en aras del cumplimiento del requisito de orden público y no dejar su fijación a un posterior acuerdo entre los socios que nunca podrá alcanzarse. Su estudio es una tarea doblemente complicada en consideración a las cláusulas anteriores de compraventa, ya que no existe un tercero comprador (Cláusulas “*drag-along*” y “*tag-along*”), ni tampoco el precio se fijará mediante las leyes económicas de comportamiento (Cláusulas “*shoot-out*”), sino que, además, tiene que ser fijado en consideración a los posibles cambios que sufrirá el valor de las participaciones sociales hasta que el derecho pueda ejercitarse⁸¹³. Existen distintos instrumentos aceptados para fijarlo y que permitan obtener una contraprestación adecuada, siendo el más tradicional, aunque no necesariamente más justo, la valoración por un tercero auditor⁸¹⁴. Al ser una materia que ya ha sido objeto de análisis en los apartados anteriores, se remite a ellos, salvo en relación a la matización que se hará más adelante cuando se expongan los inconvenientes de esta cláusula.

Su principal ventaja es el respeto a la indemnidad de la integridad del capital social y el patrimonio vinculado⁸¹⁵. A diferencia de las instituciones de la exclusión o la separación, mediante su ejercicio no se produce infracapitalización alguna, ya que se trata

⁸¹³ GÓMEZ MENDOZA, M., “Cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales en la sociedad cerrada estadounidense”, en IGLESIAS PRADA, J., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 1891 a 1892.

⁸¹⁴ LUCEÑO OLIVA, J. y GUERRERO MACHADO, E., “Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de posibles cláusulas-tipo”, *op. ct.*, pág. 975 a 976.

⁸¹⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 311 a 315.

de una transacción entre los socios, donde la sociedad no interviene y no ve afectado su patrimonio. Cabe matizar que esto no significa que su contenido no sea oponible a la sociedad, siempre y cuando el derecho de opción sea incluido en los estatutos y estén inscritos en el Registro Mercantil, tal y como prevé el artículo 188.3 de su reglamento.

También es necesario destacar la operatividad automática de la cláusula. No es necesaria la existencia de un tercero que vaya a comprar las participaciones, sino que basta con que se haya producido la situación de bloqueo y este sea constatado para que sea ejercitado, a falta de la determinación del precio. Respecto a esto último, hay que recordar que, si se pretende su inclusión en los estatutos, es necesario que la propia cláusula establezca la forma en la que se obtiene, ya sea a través de la valoración del experto independiente, formulación matemática o cualquier otro tipo, debido al límite de orden público de obtención de un valor razonable.

Por otro lado, su principal inconveniente reside en la decisión en torno al momento de su articulación. Como hemos dicho, la posibilidad de ejercer estos derechos comienza desde la constatación del bloqueo societario, pero ¿Quién debe tener cada derecho y por qué?⁸¹⁶ Como hemos afirmado, la fundación es el único momento en el que se puede decidir, a pesar de que se trate de una cuestión que quizás sobrepase la esfera de la constitución de la sociedad. Si la principal causa de la no inclusión de las cláusulas de resolución de conflictos societarios deriva en el paradigma de que al inicio de la vida de la misma los socios no se plantean el surgimiento de posibles desavenencias entre ellos debido a la confianza que los ha llevado a crear la “*joint venture*”, mucho menos serán capaces de decidir, en caso de incluirse, quién de ellos debería quedarse la sociedad⁸¹⁷. Se trata de una situación en la que difícilmente es posible argumentar de forma razonada por qué un socio debe tener el derecho de opción de compra y no al revés debido a la situación paritaria, tanto de poder como de distribución de las participaciones, en el seno de la sociedad. Además, debido al momento temporal en el que se la plantea es imposible invocar un interés más ligado a lo emocional derivado de una implicación más directa en la empresa, ya que esta todavía no se ha producido. Incluso en caso de que se planteara, el origen de la sociedad puede constituir el fin de la confianza que ha llevado a su creación, ya que el mero hecho de plantear que pueden surgir problemas, puede ser entendido como falta de fe en el devenir de la misma. Por otro lado, si se espera a fijarla una vez haya surgido el bloqueo, ningún tipo de acuerdo será posible; y si simplemente

⁸¹⁶ BOCK, S., *Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung*, op. ct., págs. 130 a 131

⁸¹⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 81 a 85.

se pospone a un momento posterior en el que la sociedad esté plenamente asentada, o será demasiado tarde o bien será objeto de grandes disputas⁸¹⁸, ya que, si la sociedad funciona, ambas partes querrán obtener el derecho de opción de compra, llegando a provocar tal malestar que incluso desemboque en la misma situación de “*deadlock*”.

La solución ideal sería otorgar tal decisión al socio que se haya visto perjudicado por la actitud de aquel que haya provocado la situación de “*deadlock*”. Empero, tampoco es posible mantener esta creación de un derecho de opción “*ad hoc*” como consecuencia de la actitud negligente del otro, ya que sería necesario que el mismo fuese constatado, lo que implica necesariamente la judicialización del conflicto y que su solución llegase demasiado tarde, como suele ocurrir con el derecho de exclusión por condena judicial.

En definitiva, independientemente del momento en que se plantee su creación, esta decisión, siempre conllevará consigo un conflicto entre los socios, por lo que, si este debe surgir, siempre será mejor que sea en el inicio de su vida, que es cuando la “*affectio societatis*” se encuentra en una situación primigenia. Todo ello, a pesar de que los roles de cada socio no estén todavía definidos a causa de la incertidumbre existente en todo nuevo proyecto. También hay que ser consciente de que es una decisión difícil, lo que llevará a que en muchas ocasiones no sea posible alcanzar un acuerdo sobre el mismo y por tanto que no se incluya en los estatutos sociales o en los pactos parasociales.

Junto a su articulación, el segundo inconveniente reside en el precio de la opción. El problema no deviene tanto de la fijación de un precio justo sino de la decisión de utilizar la opción, ya que es posible no ejecutarla en consideración al precio a pagar y en particular, al de vender⁸¹⁹. Se está haciendo referencia a la posibilidad de que la fórmula designada para la determinación del precio de salida justo, en ese momento histórico concreto, se fije en uno inferior respecto la opción de venta o superior respecto la opción de compra, del que estarían dispuestos a asumir las partes⁸²⁰. Al ser una facultad otorgada a las partes, esto provocaría que en el caso de que se produjese el conflicto societario, ninguna de las partes decidiese ejercer su derecho al no convenirles económicamente o incluso porque su voluntad es justamente la contraria a la del derecho obtenido ya que

⁸¹⁸ BLAIR, M. y STOUT, L., “Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law”, *op. ct.*, págs. 1799 a 1807.

⁸¹⁹ REECE THOMAS, K. y RYAN, C., “*The Law and the practice of shareholders’ agreements*”, *op. ct.*, pág. 292.

⁸²⁰ GÓMEZ MENDOZA, M., “Clausulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales en la sociedad cerrada estadounidense”, *op. ct.*, págs. 1892 a 1893.

puede no tener la capacidad económica suficiente para ejercerlo⁸²¹ (A tiene la opción de venta y B la opción de compra, pero A quiere comprar y B quiere vender).

Con el fin de superar este tipo de inconvenientes, en el derecho anglosajón se ha recurrido a una variante de la opción de compra o de venta tradicional, similar a la cláusula ruleta rusa, consistente en determinar “*ex post*” únicamente a quien le corresponde cada derecho, pero no el precio a pagar. este consistiría en:⁸²²

(1) A notifica su intención de finalizar la compañía a B y le requiere para que le compre sus participaciones a un precio determinado, negociable o por determinar (siendo en última instancia la valoración razonable hecha por un experto independiente en caso de no llegar a ningún tipo de acuerdo).

(2) B, en el plazo otorgado, debe contestar con su decisión de o bien comprar o bien rechazar el ofrecimiento, en cuyo caso quedará obligado a vender al precio del valor razonable determinado por el auditor, con un resultado equivalente en caso de omisión de respuesta.

La eficacia de esta variante reside en el establecimiento de un plazo máximo para responder. Aunque se trate de decidir a quién se otorgará cada derecho, se trata de un mecanismo de presión ya que obliga a las partes a negociar en un espacio reducido de tiempo para evitar tener que acudir a la valoración externa (solución subsidiaria en caso de no alcanzar un acuerdo), lo que supondrá más costes y principalmente el sometimiento a la decisión de un tercero respecto el precio final a pagar, lo que puede resultar comercialmente indeseable⁸²³.

Para obtener el resultado más provechoso, partiendo de la base de que una de las partes quiere mantenerse y la otra salir, A deberá ser el sujeto que esté interesado en mantenerse en la sociedad y B quien quiera salir. Al recibir la oferta B, si no quiere quedarse atrapado en la sociedad, deberá negociar un acuerdo que satisfaga a ambas partes, ya que en otro caso se verá obligado a acudir a la valoración para fijar el precio de

⁸²¹ FETT, T. y SPIERING, C., *Handbuch Joint Venture, op. ct.*, pág. 419.

⁸²² HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures, op. ct.*, págs. 305 a 307.

⁸²³ REECE THOMAS, K. y RYAN, C., *The Law and the practice of shareholders' agreements, op. ct.*, pág. 292.

su salida, el cual podrá ser inferior al que podría esperar. Por otro lado, A deberá ser flexible a la hora de alcanzar dicho acuerdo sino quiere que finalmente B acepte comprar sus participaciones, con el fin de evitar recibir un precio inferior por ellas o por la propia naturaleza del bloqueo societario, aunque ello signifique ir en contra de sus propios intereses. De esta forma se generarían las condiciones óptimas para que todas las partes obtuviesen un resultado conforme a sus intereses.

2.4.1.- Opción de compra a favor de los trabajadores.

No será poco común aquella situación en la que ninguna de las partes quiera mantenerse en la sociedad, debido al desgaste, en muchos casos emocional, que han sufrido como consecuencia de la ruptura de la “*affectio societatis*”. En ocasiones, esto provoca que ninguno de los mecanismos estudiados sea utilizado dado que ya no existe preocupación alguna en la sociedad creada. El interés social⁸²⁴ queda apartado, siendo en ese momento, las preocupaciones de ambos socios únicamente continuar pleiteando contra el otro, convirtiendo a la sociedad en el campo de batalla ideal para ello. Entremedio de estas guerras pasionales, siempre están los trabajadores, acreedores, proveedores y clientes, los cuales se quedan en la calle, sin poder cobrar sus deudas o insatisfechos por no poder seguir contando con sus servicios.

La solución que pasa por que uno de los socios concentre en su poder la totalidad de las participaciones es prácticamente imposible en estas situaciones, así como las dificultades para la entrada de un tercero debido a la imposibilidad de alcanzar ningún tipo de acuerdo, incluido uno que beneficiaría a todas las partes implicadas como podría ser el de vender la sociedad, hacen necesaria la búsqueda de alternativas que salvaguarden la mayoría de los intereses de los sujetos afectados. El otorgamiento de una opción de compra supone un remedio eficaz que permite la continuidad societaria⁸²⁵, pero en caso de que se encuentre únicamente en manos de los socios, no será utilizado por los motivos ya descritos. No obstante, existe un segundo grupo de personas implicadas, que se podría decir, que son los segundos más interesados en la solución del conflicto mediante la

⁸²⁴ Este concepto no solo abarca el interés de la propia empresa o de los socios, sino tanto el de trabajadores, proveedores, consumidores como resto de sujetos implicados o relacionados con la sociedad. Ver en GALGANO, F., “La società per azioni”, *op. ct.*, págs. 57 a 61.

⁸²⁵ WOLFRAM, J., *Us-amerikanischer Deadlock und Selbstblockade der GmbH-Organe*, *op. ct.*, pág. 75.

reestructuración societaria⁸²⁶. Se está haciendo referencia a los trabajadores, que, con el ánimo de mantener su puesto de trabajo, podrían estar dispuestos a hacer un esfuerzo económico para solucionar el conflicto societario. Por este motivo, es necesario plantear la solución que pasaría por el acuerdo de adquisición de las participaciones por parte de los trabajadores⁸²⁷, mediante el otorgamiento un derecho de opción de compra en caso de que se produzca el “*deadlock*” y ninguno de los socios manifestase su intención de continuar en la sociedad.

Aunque en el derecho societario se considere persona extraña a aquella que no reúna la condición de socio⁸²⁸, la eficacia de su establecimiento no solo reside en la solución de la paralización de los órganos societarios mediante la transmisión forzosa de la totalidad de las participaciones a los propios trabajadores, sino que estos últimos sujetos, a pesar de su condición estricta de extraño, son conocedores del funcionamiento ordinario de la sociedad al haber prestado sus servicios en ella. Así, se huiría de las posibles perturbaciones o incertidumbres que puede ocasionar la entrada de aquel que sea un auténtico desconocido para la sociedad.

La admisibilidad de dicha cláusula no debería ofrecer dudas en virtud del mencionado artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que admite la inscripción cuando la obligación de transmitir se realice a terceras personas y estas se encuentren determinadas. El tratamiento de la misma sería similar al otorgamiento de un derecho de suscripción preferente⁸²⁹ en favor de los trabajadores, el cual ya ha sido reconocido por nuestros tribunales⁸³⁰ así como los programas de opciones de las sociedades cotizadas. Partiendo de este punto, y antes de examinar el funcionamiento concreto de la cláusula, es necesario enfocar su estudio alrededor de tres cuestiones previas: (1) las condiciones para su ejercicio, (2) la determinación de las terceras personas y (3) el momento de la fijación del precio.

⁸²⁶ PÚLGAR EZQUERRA, J. “Holdout accionarial, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio (1)”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* (Núm.27/2017), Wolters Kluwer España, Madrid, 2017, pág. 4.

⁸²⁷ O’NEAL, H., “Restrictions on Transfer of Stock in Closely Held Corporations: Planning and Drafting”, en *Harvard Law Review* (Vol. 65, núm.5), Harvard Law Review association, Harvard, 1952, págs. 776 a 778.

⁸²⁸ GARRIDO DE PALMA, V., “La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas”, *op. ct.*, pág. 1588 a 1589.

⁸²⁹ SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El Derecho de suscripción preferente del accionista*, *op. ct.*, págs. 172 a 179.

⁸³⁰ GARCÍA LUENGO, B., “Limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones”, *op. ct.*, págs. 182 a 183.

Comenzando con la primera de ellas, la configuración realizada de esta opción parte de un derecho en abstracto que se concreta ante el advenimiento de determinadas circunstancias⁸³¹. En concreto dos son los presupuestos: La situación de bloqueo y la voluntad de disolver la sociedad. Sobre la situación de bloqueo, aunque se haya defendido la obligatoriedad de constatación efectiva de la misma en el estudio general de la cláusula de opción, cuando la misma sea en favor de los trabajadores habría que optar por la postura contraria. La necesidad de constatación deriva de la posibilidad del uso desleal de este derecho por cualquiera de socios, como sujetos activos; pero en este caso los trabajadores se enfrentarían a una prueba demasiado costosa para ellos, ya que ni participan en las negociaciones sobre el conflicto, ni tienen derecho a la asistencia a la junta general para su efectiva constatación, convirtiéndose la eventual pasividad de los socios en un perjuicio para la eficacia del mecanismo. Por este motivo, es suficiente con que la misma se presuma, siendo reforzada esta posición con las consideraciones que se van a realizar a continuación relativas a la voluntad de disolver.

Cuando hablamos de voluntad de disolver, se hace referencia a la intención de ambos socios de no permanecer en la sociedad y por tanto de extinguir la relación societaria. Esto hace que su ejercicio sea subsidiario a la intención de los socios de otorgar una solución al conflicto societario a corto plazo. Por este motivo el problema reside en la cuestión de si efectivamente existe dicha voluntad y si la misma puede presumirse. El problema de optar por una articulación similar a la de la constatación del bloqueo, reside en la gran inseguridad jurídica que puede generar su uso y que conduciría presumiblemente a su impugnación judicial⁸³². Se plantearía entonces un pleito en el que se discutiría si efectivamente el actor (socio que haya demandado) tenía voluntad de disolver o de solucionar el bloqueo, lo que no solo provocaría una dilatación del conflicto sino la ardua tarea de combatir el argumento de que sí que existía voluntad de solucionar el conflicto.

Por este motivo, es necesaria la constatación de tal voluntad, siendo distintos los instrumentos que se podrían utilizar, tales como establecer un periodo de tiempo suficiente desde la aparición de la causa de disolución hasta que se pueda considerar que no existe voluntad de solucionar el problema, o que la misma sea constatada a través de

⁸³¹ En aplicación analógica en cuanto derecho subjetivo y abstracto en relación con el derecho de suscripción preferente, ver en VELASCO SAN PEDRO, L., “El derecho de suscripción preferente”, *op. ct.*, págs. 531 a 532.

⁸³² OSSORIO, A., *El contrato de opción, op. ct.*, págs. 61 a 66.

la junta general. Desde mi punto de vista, y sin que existan pronunciamientos por parte de los órganos judiciales o de la Dirección General de los Registros y del Notariado que establezcan el cauce correcto, un instrumento adecuado sería el sometimiento a una mediación para su constatación objetiva, en el que puedan participar tanto los socios como los trabajadores que estén interesados en el ejercicio de este derecho. De esta forma, la finalización de la mediación sin un acuerdo, podría ser considerado prueba suficiente para poder ejercer este derecho. En relación a este último, es necesario destacar que la presunción del bloqueo se vería a su vez reforzada y probada por el mero sometimiento a la mediación con el fin de solucionar el conflicto societario.

En segundo lugar, respecto la determinación del sujeto al que se va otorgar el derecho de opción, cabe decir que no es necesario realizar una individualización personalizada⁸³³. Sería suficiente con que la persona sea determinable, sin que sea necesario incluir los trabajadores concretos a los que se va a otorgar este derecho, lo que en la mayoría de los casos sería imposible, ya que probablemente no tengan a ninguno contratado en ese preciso e inicial momento.

El siguiente paso sería la configuración del concepto de trabajador y qué personas se integrarían en el mismo. La decisión principal consiste en decidir si se otorga el derecho a un trabajador en concreto o a la pluralidad de ellos. Además, habría que incluir el establecimiento de una prohibición de ser beneficiario del derecho de opción al socio que ostente simultáneamente la condición de trabajador⁸³⁴. Su fundamento reside en la propia articulación del derecho y la naturaleza del conflicto, ya que este derecho se otorga de manera subsidiaria a la posibilidad de adquisición de la empresa por parte de alguno de los socios. Por lo tanto, su ejercicio a través de la vía de considerarse trabajador solo podría ser empleado de manera desleal.

En relación a la posibilidad de otorgarlo a uno o varios trabajadores específicos, está pensado para aquellas situaciones en las que se pretenda beneficiar a alguna persona concreta, debido a circunstancias específicas que reúna, tales como su puesto o categoría profesional. De esta forma se pretende favorecer que aquellas personas que tengan una relación más directa con las funciones de dirección y control de la sociedad como sería

⁸³³ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. (8/1997), Thomson Reuters, Cizur Menor, 1997, págs. 87 a 89.

⁸³⁴ MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M., *Las opciones sobre acciones como sistema de retribución de administradores de sociedades anónimas cotizadas*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 22.

un administrador, así como a aquellas que tengan una capacidad económica que les permita adquirir la totalidad de las participaciones.

Respecto a la segunda opción, es necesario aclarar que no se trata de otorgar la cotitularidad de las participaciones a todos los trabajadores, sino el otorgamiento de un número determinado en proporción a los trabajadores que lo ejerzan⁸³⁵. Por este motivo, aunque en una primera instancia hablemos de derecho otorgado a la pluralidad de trabajadores, se trata de un derecho individual otorgado a cada uno de los trabajadores desde el momento que adquieren tal condición⁸³⁶, sobre la totalidad de las participaciones, por lo que no es necesario que todos ellos deban acudir a esta institución para que la misma adquiera eficacia, ya que en otro caso en pocas situaciones podría ser utilizada. Así, aunque se otorgue a todos los trabajadores, solo adquirirán la obligación de adquisición aquellos que decidan ejercitarlo⁸³⁷, prorrateándose entre todos los que hayan acudido al ejercicio de la opción, la totalidad de las participaciones que adquirirán⁸³⁸.

Por último, y en íntima relación con la determinación de los trabajadores, es necesario establecer el momento concreto en el que se va a establecer el precio. Partiendo de la base de que el mecanismo ideal para estos casos es la fijación del precio de salida por parte de un experto independiente, el principal problema que presenta esta cláusula y al que se deben enfrentar los trabajadores, es la toma de la decisión de ejercitar el derecho de opción sin saber cuál será el precio final que tendrán que pagar, lo que en muchas ocasiones disuadirá su ejercicio. Por este motivo, para asegurar su eficacia y que realmente los trabajadores opten a él, dos son los momentos ideales para su fijación y divulgación: (1) cuando alguno de ellos manifieste que está interesado en su ejercicio; o (2) después de que un trabajador efectivamente lo ejerza y antes de iniciar el periodo en el que el resto de trabajadores puedan decidir si también lo ejercen.

⁸³⁵ A pesar de la no necesidad de individualización específica de los sujetos a los que se otorga el derecho, la configuración del contrato de opción en términos generales conducirá en la práctica a una interpretación ambigua de la misma, siendo por ello necesaria cierta concreción. Ver en OSSORIO, A., *El contrato de opción*, *op. ct.*, págs. 61 a 64.

⁸³⁶ En aplicación análoga de la naturaleza del derecho de suscripción preferente, ver en VELASCO SAN PEDRO, L., “El derecho de suscripción preferente”, *op. ct.*, págs. 530 a 531.

⁸³⁷ ESPÍN CÁNOVAS, D., “Los contratos de promesa y de opción en el Código Civil español”, en IGLESIAS PRADA, J., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, 1996, Civitas, Madrid, págs. 4882 a 4883.

⁸³⁸ GARCÍA LUENGO, B., “Limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones”, *op. ct.*, págs. 182 a 183.

Con el fin de incentivar que alguno de los trabajadores efectivamente decida ejercerlo, sería recomendable que se fijase cuando alguno de ellos manifestase estar interesado. No obstante, en caso de que después de su fijación, finalmente ningún trabajador ejercite el derecho de opción, plantea la problemática de quién debe asumir el coste de la valoración. Por este motivo, para evitar el surgimiento de este conflicto, así como que los propios socios vean con recelo su inclusión al existir la posibilidad de tener que afrontar un gasto que para ellos podría resultar innecesario, el segundo momento sería el ideal, ya que se aseguraría que al menos uno de los trabajadores efectivamente adquiriera la obligación de compra.

Una vez despejadas estas tres cuestiones preliminares en cuanto a la articulación de esta cláusula, el funcionamiento partiría de un mecanismo similar a la apertura del concurso de acreedores: Su accionamiento se realizaría a través de un escrito dirigido al órgano de administración en el que se comunicase la intención de ejercer el derecho de opción. Tras la publicación del ya mencionado informe del auditor sobre la valoración de la sociedad, el órgano de administración, como moderador del procedimiento, abrirá un plazo suficiente en el que el resto de trabajadores podrán solicitar también su intención de ejercer dicho derecho. Este periodo debe abarcar el tiempo suficiente, no solo para la toma de la decisión de adquirir, sino también para poder buscar la financiación suficiente para poder afrontar la operación. Una vez finalizado, se prorratearán las participaciones totales entre los trabajadores optantes, estableciendo la cantidad final que deberá pagar cada uno de ellos, así como el plazo máximo para realizar la transacción.

Es necesario matizar que la obligación de compra derivada del ejercicio de opción es solidaria. Esto se debe al principio de seguridad jurídica, ya que el derecho se otorga sobre la totalidad de las participaciones, no de unas específicas, siendo necesario para que adquiera firmeza la operación, que se produzca la salida de los socios en su totalidad. Por ello, para evitar que el negocio jurídico no se perfeccione ante el eventual incumplimiento de la obligación de pago de alguno de los trabajadores, es necesario que el resto de ellos asuma dicha cantidad. Hay que recordar que esto no es óbice para una posterior reclamación o para el establecimiento de medidas correctoras ante tal incumplimiento que serán objeto de análisis más adelante junto al estudio de las cláusulas penales de este derecho de opción.

La principal ventaja del establecimiento de un mecanismo de tales características reside en la obtención de la continuidad societaria a través de sujetos que ya la conocen. Si bien es cierto que los posibles nuevos socios no necesariamente habrán estado

asociados a labores de gestión y dirección, se trata de trabajadores de la sociedad que conocen el día a día de la misma. Además, para su articulación efectiva es indiferente el tamaño de la sociedad, es decir, que tenga 500 trabajadores o simplemente uno, ya que en ambas situaciones generan ventajas dispares para lograr el perfeccionamiento de la medida.

Por otro lado, sus principales inconvenientes radican en la usual necesidad de financiación para poder llevar a cabo tal operación, así como su inclusión efectiva en los estatutos sociales o los pactos parasociales. Comenzando con la primera, será bastante común que los trabajadores no tengan la suficiente capacidad económica para hacer frente a este gasto⁸³⁹, por lo que se verán abocados a la búsqueda de financiación externa para poder afrontar el mismo. Esto provoca que la articulación de la cláusula deba establecer un periodo de tiempo suficiente para poder adquirir el capital necesario para la operación, lo que conllevará irremediamente que el proceso de opción se dilate más tiempo del deseable. Además, esa misma necesidad de capital, hará que muchos trabajadores ni se planteen el ejercicio de este derecho, lo que en ocasiones derivará en que su posible convocatoria quede desierta.

En cuanto a la inclusión efectiva de la cláusula, es cuestionable que la misma se produzca si no es través de disposición legal imperativa. Cuando se estudie la posibilidad de su inclusión, raro será que algún socio esté dispuesto abiertamente a ella puesto que supone una concesión pura y simple a los trabajadores. Como siempre se ha insistido en este trabajo de investigación, la posibilidad del fracaso de la sociedad no se contempla de entrada por lo socios, y mucho menos que este se produzca como consecuencia de los conflictos que puedan surgir entre ellos, por lo que generalmente la consideran una cláusula innecesaria o incluso peligrosa ya que puede diluir su posición en la sociedad, y que por tanto no deben incluir⁸⁴⁰ a pesar de la insistencia que pueda realizar el asesor jurídico correspondiente sobre la conveniencia de la misma. Ante las innovadoras transformaciones producidas en el seno de la forma de organización y dirección empresarial de los tiempos en los que nos encontramos, una opción para favorecer su

⁸³⁹ Como explica el maestro GARRIGUES, la empresa está dividida en capital y trabajo perteneciendo a este último grupo los trabajadores en numerosos casos por esa falta de capital. Ver en GARRIGUES, J. *Temas de derecho vivo*, *op. ct.*, págs. 267 a 269.

⁸⁴⁰ PULGAR EZQUERRA, J., “Holdout accionarial, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio (1)”, *op. ct.*, págs. 4 a 5.

inclusión, ante razonamientos más capitalistas⁸⁴¹, sería incidir en la idea de reforzar la responsabilidad social corporativa de la empresa, no solo frente a sus propios trabajadores en búsqueda de su integración en la sociedad⁸⁴² sino con el resto de sujetos que tengan un interés en ella, otorgando un derecho a estos primeros y una previsión de continuidad a los otros.

Respecto a las cláusulas penales que pueden introducirse, antes de su análisis es necesario realizar una puntualización. A diferencia de lo que ocurre con el resto de las cláusulas estudiadas, el derecho de opción vincula tanto a los socios como a los terceros optantes, es decir, sujetos que se ven limitados por el bloqueo societario y terceros que no, por lo que es necesario articular el establecimiento de las consecuencias legales ante un eventual incumplimiento, así como las medidas que aseguren el ejercicio efectivo del derecho por parte de los trabajadores, en consideración a esta dualidad de sujetos⁸⁴³.

La principal obligación de los socios como sujetos concedentes del derecho consiste en el respeto y acatamiento del pacto realizado, cuyo incumplimiento acarrea la posibilidad de resolución del contrato y el ejercicio de la acción de daños y perjuicios⁸⁴⁴. Sin embargo, debido a la naturaleza del conflicto, es necesario aumentar el grado de garantías y represalias para asegurar que el socio no perturbe el normal funcionamiento de la cláusula. Al igual que sucede con otro tipo de cláusulas, en virtud de la protección del interés social⁸⁴⁵ y en concreto de la virtualidad de la cláusula de opción impuesta por los mismos socios a través del consentimiento prestado para inclusión⁸⁴⁶, es posible articular tales garantías, y en concreto la introducción de una imputación de responsabilidad personal al socio o miembro del órgano de administración, por todas las deudas originadas como consecuencia de una actitud desleal o maliciosa del mismo que

⁸⁴¹ ESTEBAN VELASCO, G., “Responsabilidad Social Corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y el Gobierno Corporativo”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 303 a 312.

⁸⁴² GARRIGUES, J., *Temas de derecho vivo*, op. ct., págs. 266 a 268.

⁸⁴³ MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M., *Las opciones sobre acciones como sistema de retribución de administradores de sociedades anónimas cotizadas*, op. ct., pág. 1.

⁸⁴⁴ BAÑEGIL ESPINOSA, A., “Los contratos de opción sobre acciones”, op. ct., págs. 51 a 53; SERRANO ACITORES, A., “Mecanismos formales para la generación de la confianza interempresarial en las operaciones corporativas”, en *La Ley mercantil* (núm. 4 a 5/2014), Wolters Kluwer España, Madrid, 2014, págs. 12 a 13.

⁸⁴⁵ ESTEBAN VELASCO, G., “Responsabilidad Social Corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y el Gobierno Corporativo”, op. ct., págs. 309 a 312.

⁸⁴⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., “El interés social y el sistema de Gobierno Corporativo”, op. ct., págs. 157 a 167.

haya influido negativamente en el correcto desarrollo de la cláusula de opción, incluyendo en este concepto todas las repercusiones negativas que se hayan producido por la dilación indebida del mismo, así como las derivadas de la no fructificación de la transacción como consecuencia de dicha actitud.

En relación a las posibles penalizaciones atribuibles a los mismos optantes, es suficiente con observar dos: (1) La no adquisición de la condición de socio en caso de incumplimiento de la obligación de pago con el prorrateo de las participaciones entre el resto de nuevos socios; y (2) la posibilidad de resolución de la compraventa de participaciones ante el incumplimiento de la obligación de pago por parte de la mayoría de los trabajadores que habían comunicado su condición de optantes, debido al aumento no previsto de la cantidad total a pagar.

Ambas disposiciones derivan del mismo presupuesto de hecho (el incumplimiento de la obligación de pago) pero pretenden hacer frente a situaciones injustas diferentes. La primera procura proteger el perfeccionamiento y eficacia del contrato ante incumplimientos residuales. Como hemos dicho, la obligación de pago es solidaria por lo que en caso de que uno de los trabajadores no cumpla contractualmente, el resto deberá sufragar el importe restante con el fin de asegurar la eficacia de la opción. Debemos recordar que se otorga para comprar la totalidad de las participaciones, y solo se divide cuando más de un trabajador acude a su ejercicio, pero esto no significa que su consecuencia jurídica deba cambiar, por lo que sigue siendo necesaria la transmisión de la totalidad de las participaciones. Frente a esta situación, los socios que se hayan hecho cargo de la parte que no les correspondía, no han adquirido la propiedad de sus correspondientes participaciones, sino una acción frente al trabajador incumplidor. Para poder solucionar este problema es necesario incluir una cláusula penal por la cual, el trabajador que incumpla su obligación principal, no adquiera la condición de socio ni pueda adquirirla con el pago posterior a la fecha límite, evitando así situaciones tan absurdas como la que acabamos de plantear.

Por otro lado, se puede plantear el supuesto contrario, es decir la posibilidad de que, una vez establecida la obligación de pago, la mayoría de los optantes no cumplan con la misma, dejando al trabajador que efectivamente lo haya realizado en la complicada situación de tener que sufragar la totalidad de la operación. En este supuesto, y con el fin de proteger al que sí cumplió, es necesario incluir un derecho de resolución con restitución de la cantidad efectivamente entregada, como consecuencia del incumplimiento del resto o gran parte de los optantes. De esta forma se protege a aquel trabajador que, inducido

por la cantidad inicial a pagar, ve como esta se incrementa de manera desorbitada sin que pueda hacer frente de manera individual al cumplimiento de la obligación solidaria.

Para acabar, es necesario plantear cuáles serían las consecuencias jurídicas en torno al régimen jurídico de la sociedad como resultado de la concentración de la totalidad del capital en manos de los trabajadores. De manera sucinta, y sin entrar en profundidad en lo que sería una materia que no es objeto de este trabajo, es necesario considerar en un primer momento si la sociedad inicialmente de responsabilidad limitada, se habría convertido en una sociedad laboral tras la adquisición de la condición de socio de los nuevos partícipes trabajadores; y después si sería recomendable el cambio de tipo social al de una sociedad cooperativa.

Anticipando una respuesta afirmativa para la primera cuestión, este tipo de modificaciones estructurales se han planteado con suma frecuencia en la práctica profesional en relación con las mutaciones sociales sufridas por las empresas como consecuencia de las crisis económicas⁸⁴⁷. Con el ánimo de reinventarse y evitar la desaparición de la sociedad y con la consecuente pérdida de los puestos de trabajo, muchas empresas optaron por una modificación del régimen legal de la sociedad permitiendo en ella la entrada de sus trabajadores⁸⁴⁸. Esto provocó que, en aquellas en las que la mayoría accionarial o de participaciones se concentrase en manos de socios/trabajadores, se produjese una transformación sobrevenida en sociedades laborales (Artículo 1 de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas). En otras ocasiones, directamente se planteó la modificación del tipo social con el fin de convertirse en una sociedad cooperativa para regirse por el principio de solidaridad típico de esta figura social. Lo cierto es que, en cualquier caso, nos encontramos ante la aparición de una economía social, por lo que serán los nuevos socios quienes deberán decidir si quieren mantener parcialmente el carácter capitalista con la sociedad laboral⁸⁴⁹ o si por el contrario se decantan por regirse por las normas de puesta en común de la sociedad cooperativa⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ MERCADER, J. y PORTELLANO DÍEZ, P., “La sociedad laboral: sencillamente una sociedad especial (a propósito de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales)”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* (núm. 1/1997), Wolters Kluwer España, Madrid, 1997, págs. 1 a 4.

⁸⁴⁸ CELAYA, A., “Sociedad Cooperativa de Trabajo y de Sociedad Anónima Laboral. Configuración societaria comparada”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 191/1989), Civitas, Madrid, 1989, págs. 115 a 117.

⁸⁴⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “La sociedad anónima como problema”, *op. ct.*, págs. 18 a 19.

⁸⁵⁰ MERCADER, J. y PORTELLANO DÍEZ, P., “La sociedad laboral: sencillamente una sociedad especial (a propósito de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales)”, *op. ct.*, págs. 1 a 2.

CAPÍTULO TERCERO.- INSTRUMENTOS SOCIETARIOS DE INTRODUCCIÓN DE LAS CLÁUSULAS ANTIBLOQUEO.

I.- Descripción.

Si algo destacaba en torno a la capacidad de actuación del accionista primigenio del siglo XIX, era la libertad de decisión anárquica que gozaba y la imposibilidad de entrometerse en ella. Como caricaturizaba OSSORIO⁸⁵¹ “*¿No son más las acciones? - Suele exclamar el accionista. – ¡Pues yo hago con ellas lo que quiero! ¡Mi libertad es invulnerable! Y se arruina tan contento. Lo malo es que de paso arruina también a sus consocios*”.

Como si del estado de la naturaleza que Hobbes describía en su obra “Leviatán” se tratase, debido a la necesidad de escapar de esta inseguridad, aparecen los estatutos sociales (el contrato social) y demás instituciones jurídicas y normas del derecho societario, con el fin de crear un marco legal frente a las actitudes egoístas del resto de socios. Lo que se podría considerar como un antecedente histórico de la defensa del socio frente las injerencias de sus iguales, ejemplifica a la perfección el conflicto societario, ya que de nada sirve conocer las cláusulas “*shoot-out*” o la existencia de un derecho de separación *ad nutum*, si no se otorga la posibilidad de acudir a ellos, antes de que sea demasiado tarde⁸⁵². Precisamente, por este motivo hay que recordar, que a diferencia de lo que ocurre en el *Common Law*, el juez español no puede ordenar, con el fin de evitar la desaparición de la empresa, la enajenación forzosa de las participaciones de una de las partes para solventar el bloqueo societario en base al mero interés social, sin existir previsión estatutaria o legal específica⁸⁵³.

Por otro lado, esta no es la única diferencia entre ambos sistemas. Resulta curioso que, cuando uno estudia la creación de una empresa desde el ámbito del derecho mercantil anglosajón, en la mayoría de sus manuales, artículos, publicaciones o incluso disposiciones normativas, siempre aparezca alguna referencia al “*deadlock*” y cómo proceder para remediarlo. Esta inclusión deriva de la situación genuina de la fundación

⁸⁵¹ OSSORIO, A., *El contrato de opción, op. ct.*, pág. 53.

⁸⁵² HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 132 a 133.

⁸⁵³ O’NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, *op. ct.*, pág. 9.246 a 9.252

de la sociedad, alejada de posibles toxicidades o de intereses personales que afluyen durante el transcurso de la vida empresarial, motivo por el cual, hace que sea el momento ideal para su previsión. Sin embargo, nuestro legislador, dentro del régimen flexible de la sociedad de responsabilidad limitada encerrada en el marco de imperativos mínimos⁸⁵⁴, parece que no considera necesaria una referencia explícita a esta materia en virtud de la todopoderosa autonomía de la voluntad, consagrada en el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que “*prima facie*” no se consideran los costes de negociación un obstáculo insalvable, debido a que los propios socios, quizás desconocedores de la importancia de los mismos, han decidido no prestarles atención⁸⁵⁵.

Desde la existencia de ese socio primigenio, el derecho societario ha dado un gran salto cualitativo y, como ya hemos tenido ocasión de manifestar anteriormente, se ha preocupado, en cuanto a la protección de los socios, principalmente por los denominados como conflictos verticales, es decir, disputas entre los socios con distinto poder en la sociedad o entre los socios y los administradores, regulando instrumentos articulables no solo a través de la autonomía de la voluntad, sino estableciendo de manera imperativa e indisponible sus derechos.

En una primera instancia, tanto la doctrina como el legislador se preocuparon principalmente por la posición de debilidad del socio minoritario en la sociedad, dejando a un lado el resto de conflictos. Sin embargo, como mantuvo el profesor POLO SÁNCHEZ a finales del siglo XX⁸⁵⁶, a pesar de que los abusos del socio mayoritario frente al minoritario constituían una de las problemáticas más habituales en la práctica jurídica profesional, así como una cuestión de política y técnica legislativa habitual, era necesaria una reglamentación (que en aquella época era prácticamente inexistente) de la posición contraria, es decir, de la tutela del socio mayoritario frente a la tiranía del minoritario.

En la actualidad, nadie duda de la existencia de una necesidad de protección del socio mayoritario frente al minoritario. No obstante, esta vez es imperioso realizar un nuevo llamamiento, tal y como algunos autores ya han manifestado (FERNÁNDEZ DEL

⁸⁵⁴ MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12963 a 12968.

⁸⁵⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 143 a 144.

⁸⁵⁶ POLO SÁNCHEZ, E., “Abuso o Tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima”, *op. ct.*, págs. 52 a 57.

POZO o HERNANDO CEBRIÁ)⁸⁵⁷ en pos de una reglamentación de la protección del socio frente a un nuevo tipo de abuso, la tiranía de la posición paritaria en los conflictos horizontales, principal causa del bloqueo societario.

En palabras del profesor VELASCO SAN PEDRO, en relación a la eterna disputa entre las tesis institucionalistas y contractualistas sobre la imperatividad de las normas de derecho societario, “*solo cuando no es posible la negociación es cuando la Ley debería asignar los derechos de manera imperativa, pero tratando de reproducir las soluciones a las que se habría llegado en una negociación racional*”⁸⁵⁸. Hasta que llegue el reconocimiento expreso del llamado abuso del socio paritario por parte del legislador y nuestra doctrina mayoritaria, es necesario acudir a la teoría de los contratos y a la voluntad de las partes como fuente de las obligaciones, como medio para establecer normas que vinculen las relaciones societarias; y más concretamente a los estatutos sociales y a los pactos parasociales o protocolos familiares. No obstante, antes de examinar en profundidad los medios concretos para su introducción, hay que hacer énfasis en aquello en lo que está de acuerdo la mayoría de la doctrina en el derecho comparado en general y, en particular, la escasa doctrina española que se ha pronunciado sobre esta materia, es decir, la necesidad de articulación “*ex ante*” de los mecanismos de resolución de conflictos entre los socios en el momento de la fundación de la sociedad.

No es casualidad que aquellos a los que se puede considerar pioneros a la hora de examinar el “*deadlock*”, siempre hagan referencia al punto muerto entre los socios en el momento de plantear la fundación de la sociedad. Los autores anglosajones asumen que cuando se crea una sociedad cerrada es previsible que los socios, en algún momento de la vida de la empresa, tengan discrepancias ajenas a la sociedad o en materia de política societaria y que, si como consecuencia de las disputas que surjan de ese conflicto no son capaces de llegar a una voluntad común, se producirán fricciones que repercutan negativamente en la estructura corporativa y en su régimen jurídico⁸⁵⁹. Por este motivo,

⁸⁵⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 11 a 17; HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, op. ct., págs. 87 a 132

⁸⁵⁸ VELASCO SAN PEDRO, L., “¿Institución o contrato? Reflexionando (una vez más) sobre el carácter imperativo o dispositivo que debiera tener el derecho de sociedades de capital”, op. ct., pág. 333.

⁸⁵⁹ PAINTER, W., *Corporate and tax aspects of closely held corporations*, Little, Brown and Company, Toronto, 1981, pág. 337; THOMPSON, R., “Corporate dissolution and shareholders’ reasonable expectations”, en *Washington University Law Quarterly* (núm. 66/1988), Washington University, Washington, 1988, págs. 194 a 200; HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, op. ct., pág. 201; ALLIS, J., “Solutions to deadlock in U.K. companies”, en *International Company and*

con el fin de prevenir la aparición de este problema, plantean la necesidad de articular mecanismos de resolución en el momento mismo de creación de la sociedad, que sean alternativos al costoso y eterno proceso judicial.

Centrándonos ya en nuestro ordenamiento, a pesar de que el legislador no lo entienda de esta forma, la doctrina española, siguiendo a la italiana⁸⁶⁰, siempre ha mantenido la creencia en la peligrosidad del momento constitutivo de la sociedad y las consecuencias negativas de una incorrecta regulación de la misma⁸⁶¹. No obstante, más allá de la necesidad de dotar de un régimen jurídico que permita una estabilidad societaria, existe otro motivo, estrictamente jurídico. Como bien se sabe, la fundación requiere para su validez el consentimiento unánime de los que van a ser los futuros socios, expresado a través del acto constitutivo y en concreto a través de los estatutos sociales. Pero para todo aquello que no se incluya en ese momento, será necesario sujetarlo a los requisitos generales del título VIII sobre modificaciones estatutarias de la Ley de Sociedades de Capital (Artículos 285 y siguientes)⁸⁶², es decir, en materia de competencia orgánica, propuesta de modificación, convocatoria y derecho de los socios en relación a la junta convocada, mayorías reforzadas, quórum y en particular las reglas de consentimiento de los afectados por la modificación (Artículos 291 y siguientes)⁸⁶³. Lo cierto es que, dependiendo de lo que se pretenda modificar o introducir en los estatutos, puede tratarse de una tarea altamente compleja y costosa debido a la rigidez jurídica a la que se encuentran sometidos⁸⁶⁴, la cual podría haber sido salvada fácilmente si en el momento de su fundación se hubiese incluido en ella una previsión.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Commercial Law Review (núm. 9/1998), Sweet & Maxwell, Londres, 1998, págs. 78 a 81; FIELD, H., “Resolving Shareholder Disputes and Breaking Deadlocks in the Close Corporation”, *op. ct.*, págs. 985 a 988.

⁸⁶⁰ VIVANTE, C., *Trattato de Diritto Commerciale. Vol. 2 Le società commerciali*, Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1928, págs. 148 a 150; GALGANO, F., “La società per azioni”, *op. ct.*, págs. 77 a 81

⁸⁶¹ GARRIGUES, J., “La fundación de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 1 a 5; OTERO LASTRES, J., “Las ventajas particulares en la fundación de la sociedad anónima”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 147/1977), Civitas, Madrid, 1977, págs. 1 a 4; PALÁ LAGUNA, R., “La Fundación de la Sociedad. Escritura Fundacional y Estatutos Sociales”, *op. ct.*, págs. 259 a 264

⁸⁶² GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La configuración estatutaria del derecho de separación por insuficiente reparto de dividendos”, *op. ct.*, pág. 21.

⁸⁶³ CACHÓN BLANCO, J., “Modificación de estatutos sociales. Aumento y reducción de capital”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994 págs. 640 a 651.

⁸⁶⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 71 a 83.

Tanto en el caso de las cláusulas de compraventa forzosa como en el de las cláusulas relativas a la extinción y liquidación de la posición jurídica del socio, al tratarse de supuestos de restricción de la transmisión de participaciones, debe sujetarse a estas reglas y en particular a la del consentimiento de todos los afectados, por lo que se requerirá la unanimidad de todos los socios para permitir su inclusión⁸⁶⁵, lo que dificultará en exceso tal tarea tras la desaparición del éxtasis inicial de confianza y optimismos exagerados inherentes a la fundación⁸⁶⁶.

II.- Instrumentos de introducción de derechos, obligaciones y facultades societarias.

En el derecho societario, dos son los instrumentos utilizados para poder introducir las cláusulas de resolución del bloqueo societario: los estatutos sociales y los pactos parasociales o protocolos familiares. Con el ánimo de no ser repetitivo, al ya haber analizado estas instituciones en términos generales en los capítulos anteriores, se va a proceder a continuación, a realizar un análisis concreto sobre las ventajas e inconvenientes de cada instrumento, en función de la naturaleza de las cláusulas.

Para ello seguiremos el siguiente esquema, su estudio como instrumento generador de obligaciones, como introducirlos en los estatutos o los pactos para sociales y cuáles son los límites a su contenido y por último las garantías que ofrecen. Cabe anticipar que, una vez finalizado el estudio separado del tipo, se procederá a su análisis conjunto desde la perspectiva de las prestaciones accesorias como forma de evadir las dificultades o inconvenientes de cada instrumento por separado.

1.- Estatutos sociales.

1.1.- Instrumento generador de obligaciones.

⁸⁶⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La configuración estatutaria del derecho de separación por insuficiente reparto de dividendos”, *op. ct.*, pág. 18 a 20.

⁸⁶⁶ GARRIGUES, J., “La fundación de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 2 a 3.

La regulación de toda sociedad de capital tiene dos naturalezas: La contractual y la institucional⁸⁶⁷. El motivo se debe a que, aunque su nacimiento tenga como origen el propio contrato de sociedad celebrado, esto no impide el surgimiento de un nuevo ente con personalidad jurídica propia. Esto último es de suma importancia ya que, al adquirir tal condición, se está convirtiendo a la corporación en un comerciante individual en el tráfico jurídico, y por tanto susceptible de adquirir y generar derechos y obligaciones⁸⁶⁸. Sin embargo, esta equiparación en ningún caso puede entenderse en términos absolutos, sino que más bien se trata de una ficción, pues no se puede olvidar que la sociedad no es un simple ente aislado, sino que está formada por la pluralidad de personas que la han constituido.

La adquisición de la personalidad jurídica por parte de la sociedad implica la separación patrimonial y subjetiva respecto de los socios que la han constituido, convirtiéndole en un ente de imputación jurídica de responsabilidad⁸⁶⁹. Es aquí donde más se manifiesta la dualidad de la naturaleza comentada, ya que la corporación no solo mantiene relaciones contractuales con terceros, sino que cuenta con un gran entramado institucional que ordena las relaciones que existen dentro de ella, tanto entre sus distintos miembros como entre ellos mismos y la sociedad.

La sociedad de capital, necesitada de una fuente jurídica propia y autónoma del resto, crea los estatutos sociales con el ánimo de regular la vida de societaria. Nace así un contrato de organización, que establece no solo el conjunto de normas por el que debe regirse el funcionamiento de la vida social de la corporación, sino también las relaciones entre las personas vinculadas por ese contrato societario -es decir la sociedad con los socios y los socios entre sí-, y distribuye los derechos y obligaciones que ostentan cada una de las partes que forman parte de la sociedad⁸⁷⁰.

De esta forma, las normas creadas en virtud de los estatutos vinculan por igual a todos los integrantes de la empresa, es decir, sociedad como ente individual y personalidad jurídica propia y los propios socios. Esto quiere decir que su contenido puede ser invocado por cualquiera de estos sujetos y por tanto oponible a la sociedad o incluso frente a terceros. Si un sujeto procede a la venta de sus participaciones sin respetar

⁸⁶⁷ MARTÍ, J., “El contrato de Sociedad en el Derecho Codificado español con especial referencia al Código Civil”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 194/1989), Civitas, Madrid, 1989, págs. 679 a 681.

⁸⁶⁸ GARRIGUES, J., “Teoría general de las sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 4 a 6.

⁸⁶⁹ ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, *op. ct.*, 2015, págs. 47 a 49.

⁸⁷⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, *op. ct.*, págs. 134 a 136.

el derecho de suscripción preferente es posible, por parte del socio perjudicado, invocar su vulneración frente a la sociedad con fin de que esta no le reconozca la condición de socio y no forme parte de la misma o si la mayoría adopta un acuerdo en junta general para modificar una disposición declarada inalterable, es posible invocar frente a la sociedad la nulidad del mismo al no haberse adoptado por unanimidad.

Mas allá de la sociedad como ente con personalidad jurídica, estos derechos y obligaciones se otorgan por la mera condición de socio, por lo que no son importante las circunstancias particulares de cada persona (salvo previsión expresa en los estatutos). Da igual que el socio sea originario o la haya adquirido derivativamente, todas las normas incluidas en los estatutos les vinculan por igual. Aunque el socio no originario no haya manifestado su consentimiento expreso al contenido de los estatutos o incluso si lo hubiera hecho oponiéndose a él, por la mera adquisición de su nueva condición se encuentra sometido a su regulación. Lo que se debe a que el negocio jurídico perfeccionado supone una subrogación en la posición del transmitente, asumiendo el nuevo socio con ella el contenido de todos los derechos y obligaciones que el cedente tuviese en el momento de transmitir⁸⁷¹.

Respecto a cómo se crea el contenido de los estatutos sociales existen dos fuentes integradoras, las cuales están estrechamente relacionadas: la ley y la autonomía de la voluntad; relación inescindible en tanto que la ley actúa como fuente y límite de la autonomía de la voluntad. En relación a la ley, aunque en la actualidad, el Estado haya abandonado la posición activa a la hora de controlar, o más bien, autorizar, la fundación de un sociedad de capital, tan característica de sus orígenes históricos, con el fin de asegurar la seguridad jurídica en el mercado, ha sometido su validez al cumplimiento de unos requisitos mínimos que toda sociedad de responsabilidad limitada ha de cumplir con el fin de proteger los intereses generales y particulares de los socios y de los acreedores⁸⁷². De esta forma, la ley actuará no solo como fuente sino como límite a la voluntad de los socios.

Centrándonos ya en la segunda fuente, esta puede ser definida como la facultad otorgada legislativamente a las partes de la sociedad para que sean capaces de crear reglas

⁸⁷¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 271 a 272.

⁸⁷² DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 39 a 44.

que rijan la vida societaria⁸⁷³. Su reconocimiento legal se encuentra en el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, y junto al principio de libertad de pacto, permite incorporar en los estatutos sociales un amplio clausulado que permitirá integrar el todo lo que exceda del contenido obligatorio mínimo e incluso introducir menciones sustitutorias de la propia ley, con el fin de establecer cuál será la naturaleza concreta de la sociedad y ajustarla a las necesidades específicas de la misma⁸⁷⁴.

No obstante, para entender este poder y saber cuál es el alcance de los estatutos a la hora de poder generar derechos y obligaciones es necesario hablar de la flexibilidad y de la hibridación societaria como características fundamentales de la autonomía de la voluntad⁸⁷⁵. Mientras que flexibilidad permite a los socios poder disponer con libertad las normas concretas que decidan introducir, el carácter híbrido hace referencia a la técnica para introducirlos alrededor de disposiciones que la acerquen más a una sociedad de capital o a una sociedad de personas.

A través de la combinación de ambos aspectos es posible adaptar el contenido de los estatutos sociales a las necesidades específicas y conveniencias, personalizándola para adaptar su régimen al de una pequeña o gran empresa, al sector al que se dirige y principalmente a su carácter más o menos cerrado⁸⁷⁶. Así se podrá moldear el tipo para ajustarla a fin de obtener el prototipo cerrado que inspira el espíritu de la misma ley, hacerla mucho más restrictiva acercándola al ámbito de la sociedad familiar o incluso constituir la con el objetivo de incidir más en el aspecto capitalista de la sociedad, aunque esta capacidad no sea absoluta⁸⁷⁷. Se debe recordar que no se están articulando reglas contractuales sino estatutarias, lo que significa que la ley y los principios configuradores del tipo aparecen como límites a la autonomía de las partes para pactar en contenido de los estatutos sociales. De esta forma no es posible incluir derechos u obligaciones que desdibujen completamente la figura de sociedad cerrada, que se presenta como la característica inalienable sobre la cual el legislador ha decidido construir el régimen jurídico

⁸⁷³ ZANARONE, G., “El tipo de la S.R.L. e l’autonomia delle parti” en GALGANO, F., *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia* (V. 8). Padova: Cedam, 1985, págs. 108 a 114.

⁸⁷⁴ FERNÁNDEZ RUIZ, J., “Cuestiones estatutarias de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, pág. 4.; CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Estatutos” en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. y GÓRRIZ, C., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Tecnos, Madrid, 2009, pág. 242 a 244.

⁸⁷⁵ ALONSO ESPINOSA, F., “La sociedad de responsabilidad limitada, ¿Corporación personalizable?”, *op. ct.*, págs. 34 a 40.

⁸⁷⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, *op. ct.*, págs. 141 a 144.

⁸⁷⁷ VELASCO SAN PEDRO, L. y TAPIA HERMIDA, A., “De la fundación de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 320 a 321.

de las sociedades de responsabilidad, estableciendo una serie de normas imperativas para asegurarlo⁸⁷⁸. Aquí es donde se puede apreciar que la libertad de pactos consagrada a través de la autonomía de la voluntad no es tan absoluta como parece desprenderse de la norma. A diferencia de lo que ocurría con la normativa societaria de principios del siglo XX, donde el legislador, a pesar de incluir en el Código de Comercio la referencia relativa a la prohibición de crear pactos que sean contrarios a su contenido, más bien permitía todo⁸⁷⁹, en la actualidad, se ha optado por la posición intermedia, ya que se ha procurado un amplio número de disposiciones cuyo contenido es inviolable por los socios⁸⁸⁰, de tal forma que actuarán como límites de la autonomía de la voluntad.

Para terminar, es importante decir que la operatividad de los estatutos, dentro de las sociedades de responsabilidad limitada, constituye un campo científico todavía joven. Es necesario recordar que, a diferencia de lo que ocurría con la sociedad anónima, hasta la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no comienza a ser obligatorio su otorgamiento para poder constituir este tipo social su articulación, permitiendo remitir literalmente aquel contenido necesario del mismo directamente a la escritura fundacional⁸⁸¹.

La ausencia de este requisito se enmarcaba en el gran objetivo del legislador de conseguir flexibilidad normativa para favorecer la constitución de sociedades de responsabilidad limitada. Sin embargo, el establecimiento de esta normativa de mínimos tuvo el efecto contrario, provocando que la escasez de disposiciones generase inseguridad jurídica a la hora de decidir cuál era la normativa aplicable y siendo incapaz de resolver cuestiones relativas a la admisibilidad de cláusulas estatutarias⁸⁸². De esta forma, la regulación de las relaciones sociales quedaba en manos de lo que el profesor Barba de

⁸⁷⁸ MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 12968 a 12969.

⁸⁷⁹ GARRIGUES, J., “La fundación de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 7 a 12,

⁸⁸⁰ MARTÍNEZ SANZ, F. y EMBID IRUJO, J., “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 21 a 22.

⁸⁸¹ DE SOLÁ CAÑIZARES, F., *Las sociedades de responsabilidad limitada*, Revista de derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 76; VELASCO ALONSO, A., *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Derecho Financiero, Madrid, 1981, págs. 85 a 91; CARLÓN SÁNCHEZ, L., “Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 90 a 91; FERNÁNDEZ RUIZ, J., “Cuestiones estatutarias de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, pág. 1.

⁸⁸² OTERO LASTRES, J., “La reforma de la legislación sobre sociedades: Sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada”, en *Diario la Ley* (núm. 2/1987), La Ley, Madrid, 1987, págs. 4 a 6.

Vega definió como excesiva sobrevaloración del principio de libertad de pactos⁸⁸³, ya que la regulación de la sociedad quedaba en manos de acuerdos y pactos parasociales entre los socios, los cuales pretendían llenar ese vacío ante la ausencia de una normativa clarificadora.

Con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 y la actual Ley de Sociedades de Capital de 2010, esta tendencia cambió. Con el fin de seguir la ya consolidada tendencia europea en torno al favorecimiento de la constitución de este tipo social, dotándole de un régimen jurídico completo que lo alejase de las inseguridades jurídicas que le eran propias, el primer paso fue crear un auténtico centro de imputación de derechos y obligaciones. Aunque esta intención del legislador de equiparar el régimen de la sociedad de responsabilidad al del resto de ordenamientos europeos, se convirtiese de nuevo en un mero intento, lo cierto es que, gracias al mismo, se comenzó a dar importancia a los estatutos sociales con el fin de que cumpliesen lo que hoy se considera su función básica por antonomasia, constituir *el conjunto de normas que regulan los aspectos básicos de la organización y funcionamiento de la sociedad*⁸⁸⁴.

Al incluirlos dentro de la escritura de constitución, el régimen societario pasó de estar formado únicamente por pactos y condiciones de origen contractual, a añadir aquellos estatutarios⁸⁸⁵. Sin embargo, como hemos dicho, esto no fue suficiente. Con la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada de 1995, se articuló el modelo de normativa imperativa y dispositiva, e integrado por la autonomía privada que se mantiene hasta la actualidad. Esto significaba que además de las llamadas normas de contenido necesario que obligatoriamente deben incluirse dentro de los estatutos, el legislador ha optado también por legislar sobre otras materias, que usualmente se dejaban a la voluntad de los socios y no formaban parte de ese contenido anterior, de manera dispositiva, cuyo contenido podía ser modificado o incluso sustituido, por la voluntad social⁸⁸⁶.

⁸⁸³ BARBA DE VERGA, J., “La sociedad de responsabilidad limitada” en QUINTANA CARLO, I., *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*, Trivium, Madrid, 1989, págs. 288 a 291

⁸⁸⁴ CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Escritura de constitución” en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. y GÓRRIZ, C., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Tecnos, Madrid, pág. 183.

⁸⁸⁵ FERNÁNDEZ RUIZ, J., “Cuestiones estatutarias de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, pág. 3.

⁸⁸⁶ ALONSO UREBA, A., “La constitución de las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 2 a 4.

Una de las grandes deficiencias de la Ley de 1953 fue dejar prácticamente la totalidad de la regulación de la sociedad a la autonomía privada de las partes contrayentes, mediante fórmulas genéricas o remitiendo a la normativa de sociedades anónimas, lo que generaba inseguridad jurídica y una gran disparidad entre los regímenes de las pocas sociedades de responsabilidad limitada que constituían en el tráfico jurídico. El legislador de la ley de 1995, con la finalidad de superar dichos problemas optó por incluir un catálogo de normas dispositivas junto a la posibilidad de derogación en base a las cláusulas abiertas que incluía⁸⁸⁷. No obstante, esto no fue suficiente, ya que el principal obstáculo siguió siendo que las normas que podían crear los socios en virtud del principio de la autonomía de la voluntad para personalizar la sociedad. Esto se palió parcialmente gracias al Reglamento del Registro Mercantil de 16 de julio de 1996, que con un claro propósito integrador de la recién promulgada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dio un paso más al especificar qué tipo de cláusulas para este tipo social era posible inscribir y cuáles no⁸⁸⁸. Como se decía en la propia exposición de motivos de la norma: *Se impone, pues, regular de un modo autónomo y completo la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades de responsabilidad limitada*. De esta forma se equiparó la regulación y capacidad de los estatutos de la sociedad de responsabilidad limitada, al de la sociedad anónima, que le permitía ser instrumento de imputación de derechos y obligaciones a los socios y la misma sociedad con seguridad jurídica y con vocación de regular la mayoría de los aspectos esenciales de la vida societaria.

En la actualidad los estatutos son capaces de regular, ya sea por imperativo legal o por virtud de la voluntad social, materias de tan diversa índole que no solo permiten la función de moldear la naturaleza abierta o cerrada de la sociedad, sino crear instrumentos de defensa frente aquellos que ataquen a la propia sociedad a través del ejercicio de la exclusión del socio (Artículos 350 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital), restricciones a la transmisión de participaciones con el fin de proteger el carácter “*intuitu personae*” de la sociedad y evitar la entrada de terceros extraños (Artículo 88 de la Ley de sociedades de capital)⁸⁸⁹ o derechos que permitan la salida del socio ante cambios de gran envergadura en el régimen social a través del derecho de separación (Artículos 346 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital)⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Estatutos”, *op. ct.*, págs. 241 a 243.

⁸⁸⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, *op. ct.*, págs. 45 a 52.

⁸⁸⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 21 a 28

⁸⁹⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 306 a 311

Sin embargo, no podemos concluir que esto sea suficiente para que los estatutos sociales cumplan el espíritu de ley orgánica⁸⁹¹ para la sociedad tan demandada por algunos autores. Como decía el profesor ALONSO ESPINOSA⁸⁹² en relación a la que tendría que ser la funcionalidad de los estatutos sociales, “*se trata aquí de pasar de los sistemas del derecho automático de sociedades (formularios, estatutos-tipo), al derecho artesanal de sociedades basado en el conocimiento de los institutos y en su aplicación y modelación según la pericia, fantasía e imaginación del jurista ante el diagnóstico de los problemas y su tratamiento y solución*”. Incluso el autor SALELLES CLIMENT⁸⁹³ llegaba a afirmar que el bloqueo societario se tendría más incidencia en el ámbito de las sociedades anónimas que en las de responsabilidad limitada ya que gracias a la flexibilidad de su régimen jurídico, fácilmente sería superable mediante fórmulas estatutaria tan sencillas como la del voto plural (prohibida en las anónimas). Lamentablemente el tiempo ha confirmado la realidad de su funcionalidad ya que de este sistema ha provocado un aumento de los llamados costes de negociación, debido a que el establecimiento de las normas dispositivas han tenido el efecto de dudar de la validez de la creatividad relativa al contenido de los estatutos fijado por los socios en aquellos casos en los que se alejen de dicha norma, por parte de los entes estatales a los que se ha otorgado el examen previo del mismo, favoreciendo la indeseable práctica de estandarización de las escrituras por parte los bufetes de abogados o notarías por el miedo al habitual rechazo de todo aquello nuevo⁸⁹⁴. Aunque exista la posibilidad de recurrir, lo cierto es que es más económico para los futuros socios, solventar el problema mediante un pacto parasocial, quedando así los estatutos sociales huérfanos de esa intención de regular la totalidad de la vida social, y en concreto de las cláusulas de resolución de conflictos.

1.2.- Forma de introducción.

El estudio de este apartado y en concreto la posibilidad de introducción específica de las cláusulas de resolución de conflictos alternativas a la disolución judicial, parte de la aplicación práctica de los dos capítulos anteriores, una vez discutida su compatibilidad

⁸⁹¹ DE LA CAMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, op. ct., págs. 397 a 399.

⁸⁹² ALONSO ESPINOSA, F., “La empresa familiar como problema”, op. ct., pág. 58.

⁸⁹³ SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, op. ct., págs. 1152 a 1154.

⁸⁹⁴ MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, op. ct., págs. 12977 a 12979; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, op. ct., págs. 12 a 13; HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, op. ct., págs. 95 a 96.

con nuestro derecho y a falta de comprobar su admisibilidad estatutaria. Por este motivo, antes de comenzar el análisis de cada cláusula es necesario realizar una serie de observaciones o advertencias sobre el enfoque a través del cual se va proceder:

- Situación cronológica. El momento ideal para introducir los mecanismos de resolución del bloqueo societario es el de la fundación de la sociedad⁸⁹⁵. Esto no quiere decir que no sea posible su introducción vía modificación estatutaria, pero lo cierto es que resulta mucho más costoso lograr la eficacia pretendida a posteriori que en el momento de constituir la sociedad⁸⁹⁶. Por este motivo, este apartado se va a enfocar desde la perspectiva del momento inicial de la vida de la empresa.

- Justificación legal. Aunque la autonomía de la voluntad permite la introducción de cualquier tipo de disposición, no podemos olvidar que el legislador facilita (o dificulta según se entienda) esta labor estableciendo reglas dispositivas para determinados aspectos en caso de que los socios guarden silencio, otras de carácter imperativo que siempre se han de respetar y unas últimas sobre qué cláusulas concretas no se pueden incluir⁸⁹⁷. Por este motivo es necesario hacer una distinción respecto al tratamiento concreto de los dos tipos de cláusulas que se pretenden introducir, pues mientras las cláusulas relativas a la extinción y liquidación de la posición jurídica del socio tienen reconocimiento expreso en la Ley de Sociedades de Capital, las relativas a la transmisión forzosa de participaciones solo tienen como fundamento de admisibilidad explícita el artículo 188 del Reglamento del Registro Mercantil.

- Límites estatutarios. Los límites de la autonomía de la voluntad son la ley y los principios configuradores del tipo social. Aunque este tema ya ha sido abordado en el capítulo 1 de este trabajo, es necesario recordar aunque sea de manera sucinta que cuando

⁸⁹⁵ Sobre este aspecto cabe destacar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de diciembre de 2017: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/12/27/pdfs/BOE-A-2017-15582.pdf>; en la cual precisamente se deniega la inscripción de una cláusula “drag-along” en un momento posterior al de la constitución, precisamente por no reunir los requisitos de unanimidad establecidos para estos casos e incidiendo en esta problemática temporal.

⁸⁹⁶ BRENES CORTÉS, J., “El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”, *op. ct.*, págs. 30 a 31; GARCÍA MARTÍNEZ, A., “Las cláusulas de arrastre en la doctrina de la dirección general de los registros y el notariado. (A propósito de la resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2017)”, *op. ct.*, págs. 248 a 249.

⁸⁹⁷ MARTÍNEZ SANZ, F. y EMBID IRUJO, J., “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 14 a 15; FERNÁNDEZ RUIZ, J., “Cuestiones estatutarias de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 1 a 22.

hablamos de ley en términos generales se está haciendo referencia en primer lugar a la Constitución Española, después a toda la normativa mercantilista en materia de sociedades y en particular la Ley de Sociedades de capital y por último a los límites generales de los contratos, la moral y el orden público (Artículos 1255 del Código Civil); mientras que cuando se alude a los principios configuradores del tipo social, aunque los mismos no se encuentren definidos por ninguna norma, se hace referencia a los siguientes: tipicidad del tipo social elegido; 2.) prohibición absoluta de transmisión de las participaciones sociales; 3.) libertad absoluta de transmisión de las participaciones sociales; y 4.) carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada. La introducción de las cláusulas no se va a tratar desde la perspectiva genérica de la autonomía de la voluntad, sino invocando la normativa societaria y registral en virtud de la cual es lícita su introducción siendo necesario afirmar que ninguna de estas cláusulas atenta ni contra la normativa societaria ni contra los principios configuradores. Cabe decir, que solo podría existir dudas respecto a la posibilidad de establecer la libertad total de transmisión de las participaciones que el artículo 108.1 de la Ley de Sociedades de Capital prohíbe, aunque se debe rechazar tal argumento en cuanto lo que se está haciendo es limitarla a supuestos tasados por los estatutos sociales⁸⁹⁸. Por lo demás, en este punto no se van a examinar cuestiones ya tratadas en el capítulo 2 en torno a la legalidad de las mismas, sino sobre los requisitos para su inscripción en el Registro Mercantil.

- Entes supervisores. Los estatutos sociales, como parte del contrato de constitución, deberán pasar dos exámenes previos para poder adquirir firmeza, a saber, el de los notarios mediante el otorgamiento de escritura pública, y el del Registro Mercantil a la hora de inscribir la sociedad para que adquiera personalidad jurídica. Ambos entes, en su función de guardabarreras, realizarán una labor de inspección y negarán la posibilidad de otorgar la escritura e inscribir la sociedad en caso de que su contenido presente defectos, incluida la existencia de cláusulas estatutarias que no puedan ser incluidas⁸⁹⁹. No obstante, lo que debería ser un examen objetivo por la importancia de su función, se ha convertido en muchas ocasiones en una denegación sistemática de todo aquello que no sea parecido a lo establecido en la normativa dispositiva, al no existir una base jurídica específica que ampare su reconocimiento más allá del principio de la autonomía de la voluntad. Por este motivo, se ha de tener en cuenta que, aunque a través

⁸⁹⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 312 a 314; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, *op. ct.*, págs. 88 a 89.

⁸⁹⁹ SÁEZ LACAVE, M., “Artículo 33. Efectos de la inscripción”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, págs. 425 a 426.

de este estudio se pueda concluir “*prima facie*” que los estatutos se ajustan a la legalidad, es muy posible que en la práctica profesional su inscripción se vea truncada.

Una vez aclarados estos aspectos introductorios se comenzará con el estudio de las cláusulas de extinción y liquidación de la posición del socio. Es necesario decir en primer lugar que el establecimiento de estos mecanismos con el objetivo de resolver el bloqueo societario, por la propia naturaleza del clausulado, solo tiene sentido si se establece estatutariamente. Recordemos que los pactos para sociales o el protocolo familiar no son oponibles a la sociedad sino a las partes contratantes y su articulación de esta forma vaciaría de eficacia su ejercicio en tanto que la sociedad no podría reconocer la validez del mismo, al no vincularle.

Centrándonos ya en su concreta introducción, aunque no exista previsión legal que permita explícitamente la posibilidad de ejercer el derecho de separación o la exclusión del socio en caso de que se produzca una situación de bloqueo societario, tanto el artículo 347 como el artículo 351 de la Ley de Sociedades de Capital permiten la introducción de otras causas más allá de las previstas por la propia normativa, exigiendo para el caso del primero que se acredite la existencia de la misma y la forma y plazo para ejercer el derecho, mientras que para la exclusión se exige que la misma no se base en una causa genérica (Artículo 207 del Reglamento de Registro Mercantil)⁹⁰⁰.

En este punto, desde que se admite la causa de separación “*ad nutum*” por nuestros tribunales y por la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado, nada debería impedir la compatibilidad de la cláusula respecto a los límites de la autonomía de la voluntad por supeditarla a la existencia de la situación de “*deadlock*”⁹⁰¹, por lo que la cuestión radicaría en cuanto a los aspectos formales de su organización exigidos por el propio artículo 347, y en concreto respecto a la acreditación de la causa.

De los pocos autores que han planteado la posibilidad de articular un instrumento de resolución mediante la extinción y liquidación de la posición jurídica, ante la aparición de diferencias irreconciliables que provoquen la paralización de los órganos societarios (FERNÁNDEZ DEL POZO y HERNANDO CEBRIÁ), siempre se han manifestado en

⁹⁰⁰ CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., *Separación y Exclusión de Socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, op. ct., págs. 123 a 130

⁹⁰¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 96 a 105;

la necesidad de una efectiva constatación de la misma indicando en los estatutos hechos que la acrediten como puede ser la no aprobación de las cuentas anuales⁹⁰². No obstante, y aunque esta sea la opción más recomendable puesto que otorga mayor seguridad jurídica ante la más que presumible impugnación y judicialización del socio generador de la ruptura de la “*affectio societatis*”, considero que nada debe impedir establecer una presunción similar a la existente en la solicitud de disolución judicial, sin que sea necesario supeditar el ejercicio del derecho al advenimiento de circunstancias específicas que efectivamente acrediten la situación de bloqueo. Lo cierto es que, en muchos casos es difícil poder determinar específicamente la causa de separación con antelación⁹⁰³, lo que en el ámbito del bloqueo se complica todavía más, ya que su aparición puede provocarse de múltiples formas en función de la propia sociedad, sin que sea posible establecer una lista cerrada y específica de las mismas.

Por lo demás en cuanto a la forma y el plazo para su ejercicio, los socios pueden pactar libremente lo que consideren más oportuno o aplicar análogamente las mismas reglas del resto de causas legales de separación y para el improbable caso de que efectivamente se cuestione la legalidad de las cláusulas, siempre será posible el establecimiento de la causa *ad nutum*.

Respecto al ejercicio del derecho de exclusión ante la aparición del conflicto societario, su articulación e introducción requiere de un esfuerzo argumentativo mayor, ya que, a diferencia del derecho de separación, no existe un pronunciamiento jurisprudencial o doctrinal del derecho de exclusión por justa causa⁹⁰⁴, por lo que es necesario un análisis de todos los requisitos legales. Desde la perspectiva de la ley, cabe decir que la admisión explícita de establecer otras causas distintas a las legalmente previstas supone que estas no van en contra de la normativa societaria ni de sus principios

⁹⁰² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 101 a 105; HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, op. ct., págs. 120 a 132

⁹⁰³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, op. ct., págs. 307 a 308

⁹⁰⁴ Aunque no exista un reconocimiento expreso es necesario destacar que cláusulas en las que se invoca la justa causa como motivo de exclusión han sido admitidas por algunos registradores, ver en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Modelo de cláusula estatutaria reguladora de la exclusión de socios en una sociedad de responsabilidad limitada”, op. ct., págs. 322 a 323.

configuradores⁹⁰⁵, siendo el único requisito exigible del motivo de la exclusión que la causa esté concretada en virtud del artículo 207 del Reglamento del Registro Mercantil⁹⁰⁶.

A falta de pronunciamientos expresos sobre esta materia, no parece que exista impedimento alguno en considerar como causa suficientemente concretada la expulsión de aquel socio cuya actitud esté provocando el bloqueo societario. A partir de este punto, para su articulación es necesario hacer una puntualización ya que, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de separación, la exclusión estatutaria solo exige la unanimidad para su adopción y que el motivo esté concretado⁹⁰⁷, por lo que hay que plantearse si es necesario acreditar específicamente la existencia del bloqueo para su admisibilidad. En caso de que la respuesta sea afirmativa, se debe centrar el articulado de la cláusula, no en la existencia del bloqueo sino en el abuso de derecho por parte de aquel que lo esté provocando, acercando peligrosamente su régimen al de una cláusula “*ad nutum*”⁹⁰⁸. Por el contrario, si opta por su exigibilidad, habría que centrar el motivo en el incumplimiento de contribuir al deber social como consecuencia de una actitud que este generando la paralización de los órganos societarios.

Ante las dudas de la posible admisibilidad por parte de los notarios o los registradores de lo mercantil, se deben centrar los esfuerzos en el segundo supuesto cuya validez parece clara. En vista de la más que posible convalidación judicial (Artículo 352.2 de la Ley de Sociedades de Capital), habría que articular una causa cuasi objetiva, ya que no solo es necesario probar la existencia del bloqueo, sino el nexo de causalidad entre el mismo y la conducta del socio. De esta forma, sí que se debería permitir que se especifiquen supuestos concretos a través de los cuales se pueda constatar la existencia de todos los factores; por ejemplo, el voto en contra ante decisiones vitales para la supervivencia de la sociedad (como pueden ser los relativos a la aprobación de las cuentas anuales o a la modificación del órgano de administración cuando por cualquier circunstancia, este no pueda realizar actuación alguna que no sea la convocatoria de la junta general para la modificación de su sistema de organización). Sería necesario

⁹⁰⁵ CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., *Separación y Exclusión de Socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, op. ct.*, págs. 123 a 132

⁹⁰⁶ Aunque la norma citada constituye un reglamento y no tenga rango de ley, es necesario introducir en este momento ya que el acceso al registro, y por tanto la validez de los estatutos, exige el cumplimiento de su reglamento. Por lo demás, respecto a este requisito concreto no se debe confundir la legalidad de la cláusula con la compatibilidad con la normativa societaria registral.

⁹⁰⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Artículo 351. Causas estatutarias de exclusión de los socios”, *op. ct.*, págs. 2498 a 2500.

⁹⁰⁸ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 129 a 132

también incluir otro tipo de circunstancias como el impedimento de la convocatoria o celebración de la junta general extraordinaria cuando la misma tenga por objeto solventar los problemas anteriores y la oposición se deba a motivos puramente formales o que sean fácilmente convalidables. A través de esta previsión, bastaría con demostrar la existencia de estos hechos, sin que sea necesario probar el dolo, la culpa o la intención de generar el bloqueo societario, sino que los mismos se han producido⁹⁰⁹.

Por último, en relación al procedimiento para ejercerlo, siendo la causa y no la forma de proceder (Artículo 351 de la Ley de Sociedades de Capital), lo que estatutariamente puede ser establecido por la voluntad de los socios, este debe remitirse a las normas preestablecidas en cuanto su ejercicio debiendo respetar todas las garantías legales y procedimentales establecidas para esta institución⁹¹⁰. Por lo que su aprobación se realizará en junta general en la que el socio cuya exclusión se propone no podrá participar; y al estar en sociedades pequeñas y cerradas presumiblemente deberá ser convalidado judicialmente (Artículo 352.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

Una vez analizada la forma en la que se pueden introducir las cláusulas de extinción y liquidación de la posición del socio, procede en este momento comenzar el análisis de la segunda parte de este apartado con las cláusulas de transmisión forzosa de las participaciones. A diferencia de las cláusulas anteriores, no existe un reconocimiento expreso en la Ley de Sociedades de Capital que permita justificar su validez. Como ya examinamos en el apartado anterior, la única referencia a la transmisión forzosa que se realiza es aquella producida en virtud de un título judicial o por el fallecimiento del socio y su consecuente transmisión “*mortis causa*”⁹¹¹. Por otro lado, la única mención hacia la admisibilidad de este tipo de cláusulas se encuentra en el artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, a través del cual se permite la inscripción de aquellas que establezcan una obligación de transmisión ante la concurrencia de circunstancias expresadas de forma clara y precisa en la cláusula, siendo este el único requisito establecido y entendiéndose las mismas compatibles tanto con la ley como los principios configuradores del tipo⁹¹². En este punto, parecen fácilmente subsumibles en el tipo tanto las cláusulas “*drag-along*” y “*tag-along*” así como la opción de compra y de venta.

⁹⁰⁹ GARCÍA VILLAVERDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales*, op. ct., pág. 211 a 215.

⁹¹⁰ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, op. ct., págs. 128 a 130

⁹¹¹ MEJÍAS GÓMEZ, J., “La transmisión de las participaciones sociales”, op. ct., págs. 19 a 21.

⁹¹² QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, op. ct., págs. 87 a 89.

El primer caso, además del mencionado artículo 188.3, existe una referencia concreta hacia la posibilidad de inscripción de este tipo de cláusulas en el artículo 175.2.d) del Reglamento del Registro Mercantil, que permite el establecimiento de la obligación de venta conjunta de aquellas participaciones que se encuentren vinculadas entre sí en términos generales. Sin embargo, el objetivo de introducirlas en el contexto societario estudiado es la de establecer la obligación de venta o compra conjunta ante la concurrencia de una situación de “*deadlock*”, con el ánimo de proteger el carácter cerrado de la sociedad y solo permitir la salida de los socios ante conflictos irreparables, por lo que la fundamentación del primer artículo citado es más acorde, además de ser el habitual invocado para casos similares⁹¹³. Su articulación en torno a las circunstancias del bloqueo no debe plantear duda alguna. Hay que recordar que, como se ha indicado anteriormente, su inclusión en términos generales está admitida, por lo que no debería existir inconveniente alguno en plantear su inclusión en los términos más concretos.

Respecto a la necesidad de comprobación, debemos recordar que el citado artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil exige la determinación clara y precisa de las circunstancias concurrentes, es decir, la determinación de la existencia de un tercero comprador y la paralización de los órganos societarios. Mientras que para la primera sería suficiente la prueba por cualquier medio de la existencia de la oferta, respecto al segundo requisito, debido a la necesidad añadida de otorgar ciertas garantías al tercer comprador, el cual ante la dilación del procedimiento o las complicaciones del mismo puede retirar su oferta de compra, sería necesario articular una serie de requisitos para comprobar la existencia efectiva del bloqueo y dotar así de seguridad jurídica suficiente a la operación⁹¹⁴. Para ello, se debería recurrir a la misma responsabilidad cuasi objetiva descrita anteriormente relativa a la institución de la exclusión, a la cual nos remitimos.

Por último, en cuanto al procedimiento para su ejercicio, bastaría con el establecimiento de una simple comunicación al socio, tal y como sucede en los casos del artículo 175.2.d) del Reglamento del Registro Mercantil. Respecto a la opción de compra, se podría decir que es el tipo básico del artículo 188.3 del Reglamento: Ante la concurrencia de determinadas circunstancias, es decir, la paralización de los órganos societarios, se establece la obligación de venta de las participaciones sociales en favor del

⁹¹³ SÁEZ LACAVE, M. y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Inversiones específicas, oportunismos y contrato de sociedad. (A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along)”, *op. ct.*, págs. 25 a 27.

⁹¹⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 129 a 130.

optante. Por lo que, no existen dudas ante la posibilidad admisibilidad estatutaria de la misma.

Cabe plantear, en relación a los requisitos del artículo 188.3, la compatibilidad de la exigencia de determinación clara y precisa con la presunción general, es decir no limitada a circunstancias específicas, de la solicitud de disolución judicial que se ha planteado para el derecho de separación. Aunque si se circunscribe a determinados hechos le otorga una mayor seguridad jurídica y sería la instrumentación más adecuada para aplicar al caso, es necesario también tener en cuenta que una construcción en términos más generales funciona como garantía para el socio no incumplidor del deber de lealtad hacia el interés social⁹¹⁵, ya que el bloqueo societario puede producirse por tal diversidad de supuestos, que la posibilidad de incluir una lista específica que contemple todas puede volverse una quimera. Tanto para la exclusión como en el caso del “*drag-along*” y el “*tag-along*”, la opción para la responsabilidad cuasi objetiva deriva en el primer caso de la más que presumible impugnación judicial al tener que someterse a la convalidación de la medida por parte del juez en aquellos casos en los que el socio excluido ostente una participación superior o igual al 25% de las participaciones sociales; y en el segundo, de la necesidad de otorgar la mayor seguridad jurídica posible al tercero comprador para que no retire su oferta; pero para el presente caso no existe ningún hecho de tal calibre que justifique esa necesidad, más allá de la cuestión debatida sobre la compatibilidad de dicha presunción con el artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

Partiendo de la base de que la posibilidad de aplicar analógicamente el razonamiento del derecho de separación resulta ardua, complicada y probablemente excede de las competencias de este trabajo, parece conveniente decir que, debido a la existencia de la admisión del precedente de la justa causa, que está configurada en términos amplios, debe considerarse posible la articulación de la cláusula con la mera referencia a la situación de paralización de los órganos societarios. Las exigencias del Reglamento en torno a sus presupuestos deben interpretarse en el sentido de que la ejecución de la cláusula no puede ser arbitraria o sorpresiva⁹¹⁶. La referencia a la paralización de los órganos sociales o al bloqueo societario como presupuesto para su ejercicio, sin limitarlas a circunstancias específicas, parece subsumible dentro de dichos requisitos. Además, no se puede olvidar que, para el caso de la disolución de la sociedad,

⁹¹⁵ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 128 a 130

⁹¹⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, *op. ct.*, págs. 89 a 90

la ley simplemente habla de paralización de los órganos sin hacer otra mención, por lo que se debe entender que está suficientemente concretado. Consecuentemente con lo expuesto, no debería existir problema alguno para admitir su articulación estatutaria en tales términos.

No obstante, sería recomendable que la opción de compra se aparejase a supuestos concretos para dotarla de certidumbre. A pesar de que no parece posible configurar la lista cerrada a la que nos hemos referido, sí que sería posible hacer referencia a supuestos que se pueden considerar comunes a toda situación de bloqueo societario, como la no convocatoria o celebración de junta general, la no aprobación de cuentas generales o la no realización de las modificaciones estatutarias que sean necesarias para la continuidad de la sociedad. En base a estos supuestos sería posible articular un derecho de opción que precisaría una prueba objetiva del bloqueo, similar a los supuestos anteriores, como requisito para permitir su ejercicio con seguridad jurídica. En cuanto al procedimiento para su ejercicio, bastaría con la simple comunicación de su ejercicio, por parte del socio, indicando los hechos concretos que lo motivan.

Por otro lado, en relación a la opción de venta, no se puede decir que se trate de una cláusula subsumible en el artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil. Esta norma permite la inscripción de aquellas cláusulas por las que se obligue a una persona a transmitir sus participaciones, pero el presupuesto de hecho de la opción de venta es ligeramente diferente, ya que no es la obligación de transmitir sino de adquirir la que se establece. No obstante, esto no es óbice para admitir una cláusula en tales términos en base a la autonomía de la voluntad como ya expusimos en el apartado correspondiente del capítulo anterior, ya que no se puede considerar contraria a los principios configuradores del tipo social⁹¹⁷.

Por último, cabría plantearse si existe algún inconveniente en cuanto a la admisibilidad estatutaria de la opción de compra a favor del trabajador. Al respecto, podría pensarse que la articulación de una cláusula en tales términos podría ser contraria al principio de sociedad cerrada, al permitir la entrada de un tercero trabajador. Sin embargo, lo cierto es que el propio artículo 188.3 del Reglamento establece la posibilidad de admitir la obligación de transmisión a terceros, por lo que, aunque pudiese parecer contraria a los principios configuradores no sería posible la denegación de la inscripción

⁹¹⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. cit.*, págs. 311 a 313

de los estatutos por tal motivo. En lo que abundaría la consideración del trabajador como un tercero consentido por la totalidad de los socios al haberse incluido en los estatutos⁹¹⁸.

En lo que respecta al último tipo de cláusulas de transmisión forzosa, las cláusulas “*shoot-out*”, existen serias dudas acerca de su posible admisibilidad estatutaria. A diferencia de las cláusulas anteriores, en las que siempre está determinado quién va a quedar obligado a transmitir sus participaciones, ya sea el socio optante, en este caso, este elemento es una incógnita ya que el socio obligado quedará determinado durante el transcurso del procedimiento. Lo cierto es no se puede afirmar sin lugar a dudas que estas figuras encajen dentro del tipo del artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, razón por la que el profesor FERNÁNDEZ DEL POZO legitima su posible inscripción en base a ser una suerte de cláusula de exclusión por previsión estatutaria en la que el precio de rescate no es sufragado por la sociedad sino por el socio final adquirente⁹¹⁹. Fundamentada en los artículos 350 y 89.2 de la Ley de Sociedades de Capital, se justifica esta interpretación en que, al final, se trata de una exclusión sin culpa, en la que el socio saliente queda obligado a tal conducta como consecuencia de la aparición de la causa de disolución del bloqueo societario y al funcionamiento de la propia cláusula.

A pesar de ser una de las pocas interpretaciones que justifican la admisibilidad de la cláusula, lo cierto que, no sin ciertas dudas, este razonamiento es igual de válido para subsumirlo en el artículo 188.3. Al final no se trata de una exclusión, sino del establecimiento de una obligación de compra o de venta en la que el socio queda obligado a transmitir, por la aparición del bloqueo societario, bajo la condición de que será el funcionamiento de la propia cláusula la que determinará cuál de los socios quedará obligado a salir. Sea cual fuere la justificación que en se apoye, lo cierto es que en ambas aparecen los dos mismos presupuestos para establecer la obligación de salida, que deben estar determinados de manera clara y precisa: La aparición del “*deadlock*” y la subasta como parte del funcionamiento de la cláusula.

Respecto al primero, es suficiente con remitir su tratamiento a lo estudiado para el derecho de opción. En cuanto al segundo, es necesario establecer un plazo máximo para actuar en cada una de las fases de la subasta para asegurar el correcto funcionamiento de la misma. Esto significa que también hay que añadir en su redacción un principio de

⁹¹⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, pág. 312

⁹¹⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 173 a 180.

contestación obligatoria a cada oferta, especificando, como cláusula penal, las consecuencias jurídicas del silencio por partes de alguno de los socios. De esta forma, no solo se entenderían cumplidos los requisitos de concreción y claridad, sino que evitaría el comportamiento desleal que el único objetivo de dilatar el procedimiento y aportaría seguridad jurídica ante una posible impugnación judicial por el resultado del proceso de la subasta.

Cuestión aparte requiere el análisis de la cláusula “ruleta rusa”. Es doctrina consolidada por parte de Dirección General de los Registros y del Notariado que la valoración de las participaciones no puede atribuirse en exclusiva a una de las partes en cuanto puede suponer ya se estaría dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 del Código Civil)⁹²⁰. El funcionamiento de la cláusula en cuestión tiene como primera fase que sea exclusivamente uno de los socios el que fije la valoración de las participaciones, mientras que, en la segunda fase, el socio restante será el que decida si las compra o vende a ese precio prefijado. Si bien es cierto que esta primera fase puede considerarse que contraviene el artículo citado, siguiendo la doctrina administrativa italiana citada⁹²¹, debe rechazarse la ilegalidad de la misma, en cuanto si bien se deja al arbitrio de una de las partes, esto no conlleva a que el precio fijado vaya a ser distinto al valor razonable. Al tener la última palabra el socio receptor de la valoración, el primero siempre realizará una oferta razonable ya que, si decide alejarse de esta consideración, se causará a sí mismo un perjuicio patrimonial. Por estos motivos, no se puede considerar que la cláusula “ruleta rusa”, contraviene la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cuanto no se deja exclusivamente la totalidad del contrato al arbitrio de una de las partes, sino que en cada fase es uno de los socios quien tiene dicho poder, existiendo siempre un correlativo deber de actuar de buena fe sino se quiere perjudicar a sí mismo.

1.3.- Garantías que ofrecen.

⁹²⁰ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de agosto de 2011: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/10/31/pdfs/BOE-A-2011-17141.pdf>; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28 de enero de 2012: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2490.pdf>;

⁹²¹ 181 Clausola «anti-stallo» di riscatto o di acquisto forzato di partecipazioni sociali (c.d. clausola della «roulette russa» o clausola del «cowboy») (Artt. 2437 a sexies, 2473 a bis c.c.)” del Consiglio Notarile di Milano: <https://www.consiglionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societ%C3%A0/181.aspx>.

Como ya hemos dicho, los estatutos sociales constituyen el principal medio de imputación de derechos y obligaciones entre los socios, pero las principales garantías que ofrece su utilización residen en la implicación del Registro Mercantil. En el derecho de sociedades de capital, el acceso al Registro Mercantil no se trata de un simple requisito *ad solemnitatem*, sino que es un paso necesario para la adquisición de la condición del tipo social elegido⁹²².

Dentro de este proceso, para que sea de aplicación la normativa societaria a los estatutos sociales y por tanto que adquieran el carácter estatutario, así como al resto de actos preparatorios, es necesario que la sociedad acceda al Registro Mercantil y adquiera la personalidad jurídica que otorga este acto⁹²³. De otra forma, la sociedad deviene en irregular, aplicándosele la normativa de las sociedades de personas y perdiendo todos los privilegios inherentes al tipo social pretendido. Por este motivo, no es un tema baladí, ya que su obtención no es la única consecuencia directa de la inscripción. La aparición de este sujeto susceptible de imputación de derechos y obligaciones está unida a su vinculación con el resto de socios, siendo parte del contrato de sociedad y, por tanto, siéndole oponible su contenido y en concreto los estatutos sociales. Se debe recordar que los estatutos, como parte del contrato de sociedad, comparten su misma naturaleza contractual vinculando a todas las partes que lo forman, lo cual no incluye solo a los socios firmantes, sino al mismo ente creado⁹²⁴. De esta forma, como garantía del acatamiento de lo estipulado a través de la autonomía de la voluntad, se podrá oponer a la sociedad el cumplimiento de una determinada obligación. A su vez, se podrá solicitar la ineficacia de actos realizados por los socios que sean claramente contrarios al contenido de los estatutos, de tal forma que no serán reconocidos por la propia sociedad.

Más allá de esta garantía, que se podría incluir más bien dentro de los efectos propios del perfeccionamiento de la relación contractual, el legislador ha optado por construir en torno al Registro Mercantil, un régimen jurídico que excede las competencias ordinarias de cualquier registro público como consecuencia de la participación de dos tipos de fedatarios públicos que controlan la legalidad del mismo⁹²⁵, estableciendo un doble filtro en el que los notarios dan fe del contenido de la escritura de constitución y

⁹²² CARLÓN SÁNCHEZ, L., “Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 76 a 77.

⁹²³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, págs. 22 a 24.

⁹²⁴ MOYA BALLESTER, J., “Artículo 23. Estatutos Sociales”, *op. ct.*, págs. 354 a 355.

⁹²⁵ ALCOVER GARAU, G., “El alcance de la presunción de exactitud del contenido del Registro Mercantil”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 5/1995), Aranzadi, Cizur Menor, 1995, págs. 258 a 260

los registradores de lo mercantil, en su función de calificación registral, examinan la legalidad de la documentación presentada⁹²⁶. Regulado principalmente en los artículos 16 y siguientes del Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil, las garantías que ofrece pueden resumirse en los dos grandes principios que la conforman⁹²⁷: Principio de publicidad y principio de inoponibilidad de lo no inscrito.

Como cualquier registro público, su principal función reside en la de dar a conocer, a través de un mecanismo legal, una determinada situación que el legislador ha considerado necesaria en virtud del interés general o el orden público⁹²⁸. Mediante la inscripción se confirma la existencia de la sociedad como empresario en el tráfico económico, permitiendo saber cuáles son las normas a las que se somete y siendo susceptible de poder relacionarse con ella⁹²⁹. Esto es lo que se denominaría como aspecto formal de la publicidad registral⁹³⁰, la cual crea una apariencia jurídica con el fin de agilizar las operaciones en el tráfico jurídico, dando por cierto lo que se incluya en el Registro Mercantil, haciendo que no sea necesario investigar sobre dichos hechos y protegiendo así a los terceros que confían en dicho contenido⁹³¹.

No obstante, esta función de publicidad cumple sus principales garantías en relación con naturaleza material de la publicación. El legislador, en consonancia con el principio de legalidad, ha dotado de una presunción “*iuris tantum*” de exactitud y veracidad al contenido inscrito (Artículo 20.1 del Código de Comercio)⁹³². De esta forma, junto a la función calificadora del registrador, tras el transcurso de 15 días después de su publicación en el boletín oficial correspondiente, lo incluido en los estatutos no solo será oponible frente a la sociedad o los socios, sino que también lo será frente a los terceros

⁹²⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Las aportaciones sociales”, *op. ct.*, págs. 20 a 21.

⁹²⁷ SÁEZ LACAVE, M., “Artículo 35. Publicación”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 430 a 431.

⁹²⁸ SEQUEIRA MARTÍN, A., “Aproximación al concepto de publicidad registral y de su eficacia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (núm. 589/1988), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1988, págs. 1865 a 1866.

⁹²⁹ GARRIGUES, J., “La fundación de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 27 a 30; GARRIDO CERDÁ, E., “La calificación registral mercantil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (núm. 31/1992), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992, págs. 6 a 8.

⁹³⁰ GARCÍA VILLAVEVERDE, R., “La reforma del Registro Mercantil”, en *Diario la Ley* (núm. 2/1990), La Ley, Madrid, 1990, págs. 17 a 18

⁹³¹ SEQUEIRA MARTÍN, A., “Aproximación al concepto de publicidad registral y de su eficacia”, *op. ct.*, págs. 1876 a 1878.

⁹³² ALCOVER GARAU, G., “El alcance de la presunción de exactitud del contenido del Registro Mercantil”, *op. ct.*, págs. 260 a 262.

adquirentes o contratantes de buena fe ya que su contenido se presume conocido por todos (Artículo 21.1 del Código de Comercio)⁹³³. Un buen ejemplo de la eficacia de esta garantía radica en los supuestos de transmisión de participaciones sin respetar los cauces formales establecidos. En caso de que aparezca un tercer adquirente de buena fe de las participaciones que un socio le ha vendido sin respetar los cauces formales como la notificación de la operación a la sociedad o el ejercicio del derecho de suscripción preferente, es posible denegar la obtención de la condición de socio por parte de este tercero, oponiendo el contenido de la normativa creada a través de los estatutos frente a la sociedad. Sin embargo, es importante decir que a pesar de la naturaleza del citado artículo 20.1, no se puede sacralizar el contenido de los estatutos por el mero hecho de haber accedido al Registro Mercantil⁹³⁴. La inscripción no convalida aquello que no se ajuste a la legalidad simplemente porque el fedatario público se le haya pasado por alto un fallo o porque erróneamente haya considerado acertada una concreta disposición, siendo por tanto una presunción destruible, aunque solo sea posible a través de una declaración judicial de nulidad (Artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil)⁹³⁵.

Por otro lado, esta garantía no solo es en favor de los socios. Como hemos dicho, la publicación tiene como objeto que el contenido sea notorio y por tanto que pueda ser instado su cumplimiento por un tercero. Piense por ejemplo en el caso del derecho de opción de compra en favor de los trabajadores. No tendría sentido otorgar este derecho, pero no comunicárselo a los trabajadores por su condición de terceros, al no pertenecer a la sociedad, privándole de eficacia, por el mero hecho del desconocimiento de su existencia. Una de las principales características de los pactos parasociales es su naturaleza de pacto privado. Lo que significa que es ineficaz en tanto que es desconocido. En cambio, su inclusión en los estatutos hará notoria su existencia y posibilitará su ejercicio.

Por último, el principio de inoponibilidad o publicidad negativa genera el efecto contrario. Todo aquello que no sea inscrito no puede ser oponible a la sociedad ni a los socios, y en caso de querer establecer nuevos derechos u obligaciones, será necesario realizar una modificación estatutaria. Su fundamento reside en que, no parece lógico que todo aquello que los socios hayan asumido personal y voluntariamente, pero a su vez, no hayan querido incluir dentro del contrato de sociedad, deba beneficiarse de la naturaleza

⁹³³ SÁEZ LACAVE, M., “Artículo 35. Publicación”, *op. ct.*, págs. 431 a 432.

⁹³⁴ GARRIDO CERDÁ, E., “La calificación registral mercantil”, *op. ct.*, págs. 18 a 20.

⁹³⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 315 a 317

de lo estatutario⁹³⁶. Este principio genera la seguridad jurídica suficiente para que no sea posible vincular a la sociedad mediante normas y reglas que previamente no se hayan incluido, pero también para no poder oponer este tipo de contenido frente a terceros de buena fe. De esta forma, todos aquellos pactos que no ocurran en el seno de la sociedad tendrán efectos únicamente entre los firmantes, y en su caso, frente a terceros que hayan contratado con conocimiento de lo que se opone, una vez se haya desvirtuado la presunción de buena⁹³⁷.

En conclusión, se puede decir que solo la inscripción registral de la cláusula otorga una eficacia de oponibilidad plena, es decir, erga omnes, frente a la sociedad, socios (presentes y futuros) e incluso frente a terceros, a diferencia de la inscrita en los pactos parasociales, cuya eficacia es meramente obligacional o interna respecto a los que los suscriben⁹³⁸.

2.- Pactos reservados.

Conocidos comúnmente por la doctrina y en la práctica profesional como pactos parasociales⁹³⁹, encuentran su definición en el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital, de tal forma que se puede entender por pactos reservados aquellos acuerdos celebrados de manera privada entre los socios y que no son oponibles a la sociedad. De esta definición se puede extraer su principal característica, y es que no se integran dentro del ordenamiento de la persona jurídica, sino que continúa su regulación a través del Derecho de Obligaciones⁹⁴⁰.

Históricamente, cuando el legislador del Código de Comercio de 1885 calificó como “reservados” este tipo de pactos lo hizo con el objetivo de separarlos del negocio

⁹³⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, *op. ct.*, págs. 48 a 50.

⁹³⁷ GARCÍA VILLAVERDE, R., “La reforma del Registro Mercantil”, *op. ct.*, págs. 19 a 20.

⁹³⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 157 a 158.

⁹³⁹ PAZ-ARES, C., “Los pactos parasociales. Su eficacia”, *op. ct.*, pág. 710; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, *op. ct.*, págs. 175 a 176.

⁹⁴⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *op. ct.*, págs. 13.

fundacional y evitar la adquisición de los efectos de la publicidad registral⁹⁴¹, declarando la ilegalidad de los mismos en cuanto podían suponer el establecimiento de beneficios excesivos con desconocimiento de su existencia por parte de terceros adquirentes de la condición de socios o terceros contratantes⁹⁴². No obstante, como procederemos a exponer en el siguiente apartado, esta división no es tan absoluta en la actualidad.

Por otro lado, debido a los tipos de supuestos a los que se hace referencia en este trabajo, en ocasiones se ha mencionado indistintamente tanto los pactos parasociales como los protocolos familiares ya que ambos cumplen la misma función de generación de obligaciones de naturaleza contractual. Por ello, en este punto es necesario advertir que en el siguiente apartado se va a proceder a diferenciarlas, debido a que el protocolo tiene mejor encaje en el contexto societario analizado.

2.1.- Del pacto parasocial al protocolo familiar. Instrumento generador de obligaciones societarias indirectas.

Cuando se plantea la incorporación de una restricción a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales, una de las preguntas que necesariamente hay que plantearse es dónde será más eficaz, si en los estatutos sociales o a través de un acuerdo entre los socios⁹⁴³. Como ya se ha dicho, el funcionamiento de la sociedad de capital está regido por la Ley y los estatutos sociales, los cuales establecen los derechos, deberes y obligaciones a los que están sujetos tanto la sociedad como ente con personalidad jurídica como los socios. No obstante, mientras que la ley guarda silencio sobre la mayoría de las materias, la autonomía de la voluntad otorgada a los socios para determinar ese contenido a través de los estatutos sociales, a pesar de estar dotada de una gran libertad para configurar la naturaleza societaria, no es absoluta⁹⁴⁴, sino que debe enfrentarse a situaciones de rigidez, inflexibilidad o rigurosidad⁹⁴⁵.

⁹⁴¹ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, *op. ct.*, págs. 175 a 177.

⁹⁴² OTERO LASTRES, J., “Las ventajas particulares en la fundación de la sociedad anónima”, *op. ct.*, Civitas, págs. 15 a 17.

⁹⁴³ O’NEAL, H., “Restrictions on Transfer of Stock in Closely Held Corporations: Planning and Drafting”, *op. ct.*, págs. 775 a 776.

⁹⁴⁴ VELASCO SAN PEDRO, L. y TAPIA HERMIDA, A., “De la fundación de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 320 a 321.

⁹⁴⁵ GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, pág. 1869 a 1870

Su principal inconveniente, aunque necesario, son los mismos límites normativos impuestos, cuyo cumplimiento permite la adquisición de la categoría estatutaria a las normas incluidas en el contrato de sociedad. A consecuencia de ello, siempre existirán determinadas materias relacionadas con la actividad societaria que quedarán huérfanas de una protección jurídica que no se puede brindar a través de los estatutos sociales. Estos defectos o lagunas en el sistema de regulación legal de las sociedades, son resueltos aplicando el principio de autonomía de la voluntad, pero esta vez en la esfera interna de lo contractual a través de los pactos parasociales. Mediante su uso, los socios son libres de pactar todo aquello que consideren oportuno, incluso teniendo su origen en el mismo contrato de sociedad⁹⁴⁶, lo que no sucede de igual manera respecto a la sociedad considerada como ente susceptible de imputación de derechos y obligaciones. Se debe recordar que todo acuerdo que no se encuentre debidamente inscrito en el Registro Mercantil no será oponible a la misma (Artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital), por lo que una característica de este tipo de pactos es que no llegan a integrarse en la personalidad jurídica creada, careciendo de la naturaleza estatutaria⁹⁴⁷. Sus efectos se restringen al ámbito privado creado entre los socios firmantes, de tal forma que no *pueden afectar o perjudicar* a la sociedad (“*res inter alios acta*”)⁹⁴⁸.

Al cubrir ese vacío legal, el estudio de los derechos y obligaciones generados a través de estos acuerdos entre los socios debe ser realizado con mucha cautela. Tanto los estatutos como los pactos parasociales no son fuentes jurídicas aisladas o estancas, sino que es necesario su estudio conjunto para otorgar un régimen jurídico completo a la sociedad, complementándose y evitando que existan incompatibilidades entre ambos documentos. Se trata pues de hacer confluir tanto la organización interna como la externa a ella con el fin de crear un marco jurídico completo⁹⁴⁹.

El ámbito que pretenden abarcar los pactos parasociales no puede resumirse en una concreta área del derecho, ya que su contenido puede tener distintas naturalezas tales

⁹⁴⁶ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J., “Presupuestos y efectos de la Inscripción y de la publicación. Los pactos reservados” en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVARDE, R. y SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades Anónimas I. La Fundación*. Civitas, Madrid, págs. 409 a 410.

⁹⁴⁷ PAZ-ARES, C., “Los pactos parasociales. Su eficacia”, *op. ct.*, pág. 710.

⁹⁴⁸ GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, pág. 1870.

⁹⁴⁹ JUSTE MENCÍA, J., “Pactos parasociales e impugnación de acuerdos sociales: el acceso de las minorías al consejo”, *op. ct.*, págs. 1 a 2.

como contractual, corporativa, financiera, de equidad o judicial⁹⁵⁰. Este carácter tan multidisciplinar viene provocado por su articulación a través de un contrato. Al sujetar su funcionabilidad a la teoría general contractual, es posible tratar cuestiones de muy diversa índole, que poco o nada tienen que ver entre ellas, pero de manera muy específica.

A pesar de esta libertad descrita es necesario hacer una distinción en relación al concreto ámbito en el que puede implementarse la eficacia del pacto⁹⁵¹: Externo o interno. Mientras que el primero tiene como objeto el otorgamiento de derechos a los socios frente a sus iguales, el segundo tipo hace referencia a la creación de derecho en favor de la sociedad, estableciendo deberes de acatamiento a los socios. Esta distinción es de suma importancia ya que dependiendo del tipo de acuerdo será la propia sociedad quien pueda invocar su eficacia.

De su contenido es necesario decir que rige el principio de libertad de pactos, por lo que es válida su articulación sobre cualquier asunto, siempre y cuando no sea contrario a la Ley, la moral o el orden público (Artículo 1255 del Código Civil) y cumpla los requisitos formales relativos a su celebración en cuanto al consentimiento, objeto y causa (Artículo 1261 y siguientes del Código Civil)⁹⁵². Al eliminarse tanto el examen previo como los requisitos para su inscripción en el Registro Mercantil, se pueden regular materias que ni siquiera están contempladas legislativamente para los estatutos sociales y que de otra forma solo plantearían obstáculos sobre su legalidad al no existir una base jurídica que los justifique. No obstante, esto no significa que su eficacia sea ajena a la normativa societaria, ya que existen materias cuya regulación está reservada exclusivamente a articulación estatutaria, de tal forma que nunca un pacto parasocial debe suponer una modificación tácita de los estatutos sociales⁹⁵³. Al final el legislador pretende que no se admita una reglamentación interna de la vida societaria autónoma a ella, desconocida por terceros⁹⁵⁴, y, por tanto, no sujeta a las restricciones y garantías que la

⁹⁵⁰ WOLF, R., *The law and Practice of Shareholders' Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses*, *op. ct.*, págs. 1 a 3.

⁹⁵¹ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, *op. ct.*, págs. 177 a 178.

⁹⁵² JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., “Constitución de la sociedad de responsabilidad limitada”. *En Academia Sevillana del Notariado* (tomo 11/1998), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, págs. 10 a 12.

⁹⁵³ CARRASCO PERERA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, *op. ct.*, págs. 581 a 582.

⁹⁵⁴ OTERO LASTRES, J., “Las ventajas particulares en la fundación de la sociedad anónima”, *op. ct.*, págs. 15 a 17; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., VIGUERA RUBIA, J. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 309 a 310.

normativa mercantil establece para el contrato fundacional y los estatutos sociales⁹⁵⁵. Cabe destacar que, dentro de estos límites, aunque se configuren como principios configuradores, también habría que incluir los de prohibición o libertad de transmisión de las participaciones en términos absolutos⁹⁵⁶, ya que también aparece como prohibiciones en la propia Ley de Sociedades de Capital (Artículo 108). Un buen ejemplo es que no sería válido un pacto parasocial por el que se cambie el régimen de mayorías para adoptar un acuerdo en junta general, pero a su vez, no existe inconveniente alguno en admitir la existencia de un pacto por el que alguno de los socios se comprometa a votar en un determinado sentido (pactos de sindicación) y mucho menos admitir la impugnación del acuerdo adoptado a través de dicha obligación, en base a la existencia de una modificación tácita de los estatutos⁹⁵⁷.

Por otro lado, respecto a su perfeccionamiento, la gran ventaja de estos acuerdos es que no se exige la unanimidad para su aprobación. Puede ser celebrado por todos los socios, algunos de ellos o incluso con los administradores, a excepción de la propia sociedad debido a la prohibición del ya mencionado artículo 29. Además, obviamente, esto significa a su vez que los efectos que produce solo serán oponibles entre los firmantes, sin que se pueda exigir su acatamiento al resto. No obstante, esto otorga una gran flexibilidad a la hora de planificar la organización del pacto parasocial, ya que en muchas ocasiones solo será necesario que se celebre entre aquellos socios mayoritarios, a sabiendas de que, al concentrar el poder en ellos, pueden regir la sociedad como consideren, sin los obstáculos o inconvenientes que puede ofrecer la incorporación de minorías a la articulación del contenido del pacto, ajustándolo en mayor medida a la naturaleza pretendida.

La segunda consecuencia en relación a su perfeccionamiento es el poco dinamismo que tiene este tipo de acuerdos⁹⁵⁸. La transmisión de la condición de socio a un tercero no transmite “*per se*” la obligación contractual asumida en el acuerdo privado, ya que los pactos parasociales no circulan con las participaciones sociales, imponiéndose

⁹⁵⁵ GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, *op. ct.*, págs. 1870 a 1872.

⁹⁵⁶ O’NEAL, H., “Restrictions on Transfer of Stock in Closely Held Corporations: Planning and Drafting”, *op. ct.*, págs. 777 a 778.

⁹⁵⁷ Los pactos de sindicación de votos imponen una obligación de medios para alcanzar un determinado resultado, lo que en ningún caso supone una modificación tácita de los estatutos sociales. Ver en CARRASCO PERERA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, *op. ct.*, pág. 581.

⁹⁵⁸ IRRIBAREN BLANCO, M., “Pactos parasociales y cambios de los socios. (Una visión dinámica de los pactos parasociales)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 53/2018), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 80 a 81.

por la mera adquisición, sino que es necesario que el nuevo socio suscriba el acuerdo para que le sea oponible (sobre esta cuestión se profundizará más adelante en el apartado de las prestaciones accesorias de este capítulo). Es importante destacar que este aspecto no puede considerarse necesariamente como un defecto de la eficacia de los pactos parasociales, sino como una consecuencia de los mismos. Al final estos acuerdos se suscriben en relación con una serie de características, como el tipo de negocio que se pretende crear a través de la sociedad o las cualidades personales de los socios. Estas circunstancias son las que condicionan que el acuerdo sea redactado de una determinada forma. Por este motivo y aunque pueda parecer utópico, en términos pragmáticos, lo ideal sería suscribir un nuevo acuerdo extrasocietario con el socio adquirente y amoldarlo a las características de la nueva relación societaria.

La existencia de una libertad de pactos en términos mucho más amplios que en los estatutos, hace que se puedan configurar estos acuerdos de múltiples maneras, de tal forma que es posible clasificarlos en torno al tipo de negocio, los elementos objetivos, subjetivos, o de forma⁹⁵⁹. Sin entrar en las distintas opciones existentes, es necesario destacar los protocolos familiares como tipo de pacto parasocial que más se ajusta a las necesidades del objeto de estudio de este trabajo de investigación.

Dentro de nuestro contexto societario y concretamente alrededor del conflicto del bloqueo de los órganos sociales, el modelo de empresa que más prolifera en la práctica jurídica es la sociedad de responsabilidad limitada, con pocos socios y cerrada⁹⁶⁰. Junto a estas características es muy habitual que aparezca también la naturaleza familiar, caracterizada por la existencia de una “familia”, entendida como grupo de personas entre la que existe relaciones de afinidad y no necesariamente sanguíneas, que gobierna la sociedad, que se encarga tanto de la gestión como del trabajo efectivo, y que se preocupa por la continuidad en el tiempo de la misma⁹⁶¹. Derivado de este interés en ajustar la sociedad a la naturaleza familiar, como consecuencia principalmente de la admisión en la mayoría de países europeos de los pactos sobre herencia futura, a finales del siglo XX, se comenzaron a articular acuerdos extrasocietarios en torno al objetivo de asegurar la

⁹⁵⁹ LUCENO OLIVA, J., “Los pactos parasociales como instrumento de protección del socio minoritario. Una propuesta de contenido mínimo”, en *Diario la Ley* (núm. 7422/2010), La Ley, Madrid, 2010, págs. 1 a 2.

⁹⁶⁰ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades de limitadas”, *op. ct.*, pág. 390 a 393.

⁹⁶¹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades de limitadas”, *op. ct.*, págs. 386 a 390; ALONSO ESPINOSA, F., “La empresa familiar como problema”, *op. ct.*, págs. 34 a 37.

estabilidad empresarial de la familia en el tiempo, comenzando a denominarlos como protocolos familiares⁹⁶². No obstante, esta integración en la sociedad produce uno de los principales inconvenientes de las sociedades familiares, la confusión entre la empresa y la familia, lo que suele acarrear un deterioro de las relaciones sociales entre sus miembros⁹⁶³. Con el fin de salvaguardar el interés social, y que este no se vea afectado por los intereses particulares incentivados por ese deterioro, se introducen instrumentos que permitan solucionar las distintas disputas que puedan ocurrir a través de los protocolos familiares.

Si al comienzo de este apartado se hablaba de la celebración de los pactos parasociales como respuesta a la necesidad de regular aspectos que abarcan más allá de las normas mercantiles, esta variante de pacto reservado se caracteriza por confluir el ámbito del derecho societario con el derecho de familia y el tributario⁹⁶⁴. Lo cierto es que aspectos como la sucesión testamentaria, las regulaciones económicas de parentesco o matrimoniales (en aquellos casos en los que la sociedad esté formada por dos personas que se encuentren casadas entre ellas) o los efectos fiscales sobre *la organización, atribución o transmisión de las cuotas representativas* o las exenciones o bonificaciones en las transmisiones “*mortis causa*” en relación con la empresa creada, hacen que sea necesario su estudio y regulación de manera conjunta con las normas societarias aplicables. Sin embargo, como dice FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, el protocolo familiar “*no es una fórmula mágica o panacea*”, sino más bien una declaración de intenciones de los socios o un documento educativo, que establece reglas de comportamiento que permitan la creación y mantenimiento de una cultura empresarial-familiar⁹⁶⁵. Se trata pues de regular áreas que son transcendentales para la sociedad familiar, generando entre sus socios la consciencia de pertenecer a un grupo y estableciendo el

⁹⁶² Concretamente, esta denominación proviene de la palabra francesa “*protocole d'accord*”, la cual se extendió al resto de países de la Europa tras la Recomendación de la Comisión 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994, que recogía esta terminología e incidía en la importancia de la misma, ver en FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, *op. ct.*, págs. 6 a 9.

⁹⁶³ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Protocolo Familiar: un instrumento autoregulator de las relaciones sociales”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.19/2002), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 89 a 90; DÍAZ GÓMEZ, M., y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 96 a 97.

⁹⁶⁴ ALONSO ESPINOSA, F., “La empresa familiar como problema”, *op. ct.*, Thomson Reuters, Cizur Menor, págs. 50 a 51.

⁹⁶⁵ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Protocolo Familiar: un instrumento autoregulator de las relaciones sociales”, *op. ct.*, págs. 90 a 91.

método por el que se han de resolver los problemas o circunstancias conflictivas que no necesariamente tienen importancia para la normativa societaria.

Tal era la importancia y recurrencia en la práctica jurídica de este tipo de acuerdos, que, a diferencia de lo que ocurre con los pactos parasociales en general (más allá del ámbito de las sociedades cotizadas, cuyas características no van a ser objeto de estudio), el legislador decidió promulgar el Real Decreto 171/2007, de 9 de enero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, cuyo principal objetivo era facilitar la comprensión de los requisitos para la inscripción en el Registro Mercantil de este tipo de acuerdos y dotar de cierta seguridad jurídica su articulación⁹⁶⁶.

A pesar de que no existía inconveniente alguno en admitir el acceso al registro del contenido de los pactos parasociales y otorgar el carácter estatutario a dichas normas, lo cierto es que no existía un criterio uniforme en cuanto a la admisibilidad de las cláusulas que se solían incluir. Como consecuencia, surgió una gran inseguridad jurídica ya que, ante hechos homogéneos, en algunos casos se permitió la inscripción y en otros no⁹⁶⁷. Para remediarlo, este decreto, sin realizar una regulación completa de esta figura, simplemente se centra en permitir expresamente la inscripción de algunos de los pactos más habituales que se suelen incluir (cuestión sobre la que la normativa societaria guardaba silencio).

Sin entrar en los defectos o aciertos de este Real Decreto, lo cierto es que supuso un gran avance ya que establecía directrices en torno a la posibilidad de inscripción y por tanto de validez, de determinadas cláusulas que proliferaban en la práctica profesional y sobre las cuales existían dudas acerca de su admisibilidad registral, a través de la modificación del propio Reglamento del Registro Mercantil. En concreto cabe destacar la modificación del artículo 175.2 de la citada norma, en la que se incluyó la admisibilidad de la inscripción de cláusulas como el sometimiento a arbitraje de controversias de naturaleza societaria, el establecimiento de cláusulas penales en caso de incumplimiento

⁹⁶⁶ DÍAZ GÓMEZ, M., y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 109 a 113; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, *op. ct.*, págs. 9 a 11.

⁹⁶⁷ VELASCO SAN PEDRO, L. y TAPIA HERMIDA, A., “De la fundación de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 323 a 324.

de las obligaciones contraídas, acuerdos sobre la fijación del precio justo o razonable en caso de transmisión de las participaciones o las obligaciones de venta conjunta⁹⁶⁸.

2.2.- Forma de introducción.

Antes de comenzar este epígrafe es necesario hacer una pequeña aclaración. Aunque en el apartado anterior se destacan las posibilidades en torno a la publicidad de los protocolos familiares, se ha decidido enfocar su estudio desde la perspectiva de la no solicitud de su inscripción en el Registro Mercantil. El motivo de este enfoque reside en la teoría de que la publicidad de los pactos parasociales contradice la naturaleza voluntaria y reservada de los mismos⁹⁶⁹. Al final, tanto los pactos parasociales como el protocolo familiar son negocios voluntarios, por lo que son los propios socios quienes, si así lo consideran, pueden celebrarlos y decidir si los inscriben⁹⁷⁰, sin que sea un requisito para su perfeccionamiento el acceso al registro.

Una vez realizada esta puntualización, se debe recordar que en el segundo capítulo de este trabajo se llegó a la conclusión de que las cláusulas alternativas a la disolución societaria son armonizables con el ordenamiento jurídico en general, y en concreto con el derecho a la propiedad privada del artículo 33 de la Constitución Española y con el límite del orden público relativo a la necesidad de otorgar un precio de salida justo a aquel que abandone la sociedad. Por este motivo, el objeto de este apartado se debe centrar en la compatibilidad con la normativa societaria, es decir, determinar si es posible su inclusión o si se trata de una competencia reservada a los estatutos; y si la misma supone una modificación tácita de estos y si se puede obtener la eficacia jurídica pretendida mediante su inclusión.

Comenzando con las cláusulas relativas a la liquidación de la posición del socio, es conveniente advertir que es un caso particularmente delicado, en cuanto son derechos

⁹⁶⁸ VIERA GONZÁLEZ, A., “Algunas reflexiones sobre el «proyecto de Real Decreto regulador de la publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 26/2006), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 8 a 9

⁹⁶⁹ VIERA GONZÁLEZ, A., “Algunas reflexiones sobre el «proyecto de Real Decreto regulador de la publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar”, *op. ct.*, págs. 7 a 8.

⁹⁷⁰ DÍAZ GÓMEZ, M., y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 98 a 100.

o facultades otorgadas individualmente a los socios y que se encuentran definidos por la normativa societaria⁹⁷¹. Al ser una facultad otorgada expresamente para su ejercicio en el seno de la sociedad, intentar su articulación de manera externa a ella puede suponer de una desviación de la normativa societaria, en fraude de ley.

Mientras que los pactos parasociales son acuerdos celebrados entre los socios sin que intervenga la sociedad, el derecho de separación es una facultad otorgada al socio frente a la sociedad, y la facultad de exclusión es una acción de la sociedad frente al socio. Esto significa que la sociedad, como ente con personalidad jurídica propia, es quien concede estos derechos a los socios, para que puedan resolver parcialmente el contrato de sociedad, no frente al otro socio, sino frente a la misma sociedad. Por este motivo, es la sociedad quien debe asumir los costes que acarrea la salida del socio, y no aquellos quienes se mantienen en ella.

No obstante, aunque esta posición es la seguida por la doctrina consolidada, existen autores como PAZ-ARES que defienden la articulación parasocial de este tipo de materias políticas, como consecuencia de la admisión de otro tipo de cláusulas que “*in natura*” se encuentran protegidas por normas imperativas⁹⁷². De acuerdo con este último, existen dos tipos de normas imperativas dentro del ámbito societario: las de *ius cogens*, que incluirían aquellas que procediesen de un tipo concreto y las de *ius imperativum*, que incluirían todas las que fuesen transversales al derecho societario. Únicamente estas últimas sirven como límite para la validez del contenido de los pactos parasociales, ya que defienden los valores centrales o fundamentales del derecho privado, mientras que en las primeras su imperatividad se basa en la adecuación al tipo social, lo cual no es suficiente para justificar su intromisión en la esfera del derecho contractual, descartando que los principios configuradores del tipo sean realmente un límite para lo contractual. Para PAZ-ARES, los derechos individualmente otorgados a los socios, a pesar de que se llegan a constitucionalizar como un estatuto del ciudadano, ya que sirven para protegerse frente al tradicional “perjuicio político”, deben ser incluidos dentro de las normas de *ius cogens*, ya que no dejan de ser rasgos tipológicos y por tanto siendo posible su articulación extracontractual.

Cuestión distinta es que para que ambas instituciones puedan ser eficaces, deben ser oponibles a la sociedad, por lo que en el hipotético caso de que se admitiese su

⁹⁷¹ PAZ-ARES, C., “La validez de los pactos parasociales”, *op. ct.*, pág. 5.

⁹⁷² PAZ-ARES, C., “La validez de los pactos parasociales”, *op. ct.*, pág. 3 a 5.

articulación con carácter contractual y no estatutario no sería posible obtener la fuerza vinculante necesaria. Al final, en el momento en el que uno de los socios decidiese hacer uso de los mismos, posiblemente se viese impedido por la oposición del resto de miembros de la sociedad, sin que quepa exigir a la sociedad su acatamiento en cuanto que ella no es parte del contrato celebrado.

Menos dudas existen en caso de que se llegase a articular como una compra o venta forzosa de las participaciones en el caso de que un socio quisiese salir por la generación de una parálisis de los órganos societarios o se quisiera expulsar al socio que lo estuviese provocando. Se puede considerar que no existe inconveniente alguno para la inclusión de los instrumentos de compra y venta forzosa de participaciones, como cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad, en los pactos parasociales o en el protocolo familiar, siempre y cuando su contenido no coincida con alguna de las prohibiciones establecidas por la ley⁹⁷³, y en concreto que establezcan la imposibilidad o libertad absoluta de transmisión o la creación de pactos leoninos o que no aseguren la recepción de un valor justo como contraprestación por su salida.

Como ya hemos destacado en los apartados anteriores, ninguno de los mecanismos estudiados incurre en dichas prohibiciones, por lo que es posible su inclusión. Como mucho, cabría la cuestión de oponer la existencia de un vicio en la voluntad del socio transmitente cuando quede obligado a desprenderse de sus participaciones en contra de sus deseos. No obstante, y al igual que sucede con la inclusión estatutaria, se debe descartar su existencia en cuanto la voluntad existió en el momento en el que se redactó el contrato⁹⁷⁴, quedando sometido a él si se dan las circunstancias indicadas para que se active el mecanismo de transmisión forzosa. Ahora bien, si ya es importante definir el contenido de cualquier cláusula, ya tenga naturaleza estatutaria o contractual, esta necesidad es mayor en el caso de estas últimas, al carecer del privilegio de la oposición a la misma sociedad.

La principal preocupación a la hora de plasmarla en el contrato debe residir en torno al establecimiento de las cláusulas penales frente a un eventual incumplimiento de las mismas⁹⁷⁵. Al carecer del mencionado privilegio, fácilmente se podría impedir la

⁹⁷³ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., “Constitución de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, pág. 11.

⁹⁷⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, *op. ct.*, págs. 312 a 314

⁹⁷⁵ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., “Constitución de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 11 a 12.

eficacia de lo pactado⁹⁷⁶, al tener que acudir a los tribunales esperando una respuesta, que, irremediablemente llegará demasiado tarde para satisfacer los intereses en juego de la parte perjudicada. Junto a ello, no se puede olvidar la incertidumbre que existe alrededor de cualquier proceso judicial, ya que, aunque se pueda considerar a priori al formular la demanda que sus argumentos se encuentran amparados por la Ley, es necesario tener en cuenta la razonabilidad del juez a la hora de entender el problema y otorgar una solución, la cual puede no ser necesariamente la esperada⁹⁷⁷. Por este motivo, en caso de que se articulen una serie de sanciones o castigos que permitan una compensación justa, considerando dichas demoras inherentes a todo proceso judicial, para aquel que haya respetado el contenido del acuerdo, no solo igualaría en eficacia ambas instituciones⁹⁷⁸, sino que cumpliría también una función disuasoria para quien estuviese dispuesto a contravenirlo⁹⁷⁹. Tal y como explicaba el profesor CARRASCO PEREA⁹⁸⁰, *“como le ocurre a todo contrato relacional a largo plazo, el protocolo no funcionará si las partes no son sabias y capaces de ir reconstruyendo a cada momento incentivos y estímulos reales para seguir vinculado o sanciones lo verdaderamente consistentes como para que el free-rider se lo piense dos veces”*.

Mas allá de los remedios generales otorgados por el Derecho Civil, la cláusula penal más común es el establecimiento de un derecho de opción, ya sea de venta o de compra, frente al socio incumplidor, fijando un precio por el que tenga que vender o comprar alejado al que le correspondería, y que le causase un claro perjuicio económico⁹⁸¹.

2.3.- Garantías que ofrecen.

Una de las principales garantías que ofrece la configuración en torno a los protocolos familiares, en vez de los tradicionales pactos parasociales, es la existencia de una normativa específica relativa a su publicidad e inscripción en el Registro Mercantil.

⁹⁷⁶ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., VIGUERA RUBIA, J. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 312 a 313.

⁹⁷⁷ SÁEZ LACAVE, M. y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Inversiones específicas, oportunismos y contrato de sociedad. (A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along)”, *op. ct.*, págs. 21 a 23.

⁹⁷⁸ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., VIGUERA RUBIA, J. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 312 a 313.

⁹⁷⁹ ALONSO ESPINOSA, F., “La empresa familiar como problema”, *op. ct.*, págs. 49 a 50.

⁹⁸⁰ CARRASCO PERERA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, *op. ct.*, pág. 583.

⁹⁸¹ PAZ-ARES, C., “Los pactos parasociales. Su eficacia”, *op. ct.*, pág. 726.

Sin embargo, esto no significa que la inscripción sea requisito para su validez, sino que, como herramienta de carácter voluntaria, serán los mismos socios los que decidirán si lo celebran, si desean darle publicidad y en qué forma⁹⁸². Debido a esta libertad, en este trabajo de investigación se ha optado por acentuar el carácter reservado tradicional de este tipo de pactos, descartando la posibilidad de inscripción. Dos son los motivos que lo fundamentan: (1) Los efectos derivados de la obtención del carácter estatutario y (2) la posibilidad de incorporarlos directamente a los estatutos sociales.

Comenzando con el primero (1), es importante afirmar que en ocasiones es más recomendable mantener el carácter contractual que el estatutario⁹⁸³. Si bien es cierto que la posibilidad de oposición a la misma sociedad o a terceros que ofrece la condición estatutaria, resulta una de las mayores garantías que puede dotarse a una norma destinada a regular aspectos relacionados con el ámbito societario⁹⁸⁴, lo cierto es que existen otras circunstancias que hay que tener en cuenta a la hora de decidir el instrumento concreto a través del cual se van a articular las cláusulas alternativas a la disolución, ya que, no necesariamente será más eficaz dicha naturaleza en relación con el objetivo perseguido. Un protocolo familiar tiene como vocación la permanencia en el tiempo⁹⁸⁵, por lo que, cuando se decide incluir en los pactos reservados una determinada cláusula en vez de a través de los estatutos, uno de los motivos perseguidos es huir de la tiranía de las mayorías⁹⁸⁶.

Desde el momento en que una cláusula obtiene el carácter estatutario, pierde su carácter inmutable predicable a los contratos, sometiéndose al régimen de mayorías para proceder a su modificación a través de acuerdo en junta general. Eso significa que, ante cambios en la distribución de las participaciones sociales, y consecuentemente en el poder de decisión, o simplemente por el mero cambio de opinión de aquellos socios que puedan

⁹⁸² DÍAZ GÓMEZ, M., y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 98 a 99.

⁹⁸³ VIERA GONZÁLEZ, A., “Modificaciones estructurales y restricciones a la transmisión de acciones y participaciones de una sociedad de capital cerrada integrada por personas jurídicas (1)”, en *Diario la Ley* (núm. 38/2017), La Ley, Madrid, 2017, págs. 9 a 11.

⁹⁸⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Protocolo Familiar: un instrumento autoregulator de las relaciones sociales”, *op. ct.*, págs. 93 a 94.

⁹⁸⁵ DÍAZ GÓMEZ, M., y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *op. ct.*, pág. 100.

⁹⁸⁶ ELSON, A., “Shareholders Agreements, a shield for minority shareholders of close corporations”, en *The business Lawyer* (Vol. 22, núm. 2, 1967), American Bar association, Chicago, 1967, págs. 451 a 453.

ostentar el poder suficiente, se puede instar su modificación por mera conveniencia de sus intereses privados en un más que posible perjuicio del interés social y, sobre todo, en aquellos acuerdos en los que la sociedad aparezca como parte⁹⁸⁷ (un ejemplo sería un acuerdo relativo a la distribución de dividendos, por el que los socios estuviesen obligados a votar a favor de proceder a su reparto en caso de fuese posible).

Ahora bien, esto no se debe confundir con la necesidad de que este documento sea revisado con el paso de tiempo, como consecuencia de la propia trayectoria vital de la empresa, cuando las circunstancias iniciales que motivaron su celebración en un sentido desaparecen o se descompensan⁹⁸⁸. Piénsese en una empresa familiar encabezada por ambos progenitores, en la que estuviesen integrados todos los hijos menos uno, y en la que existiese un protocolo familiar por el que el resto de hermanos entregasen una compensación económica al que no trabajase en el negocio familiar. Si llegado el momento, la empresa familiar desapareciese o no generase beneficios, no tendría sentido mantener dicho acuerdo, ya que las circunstancias iniciales han desaparecido, pero lo cierto es que no es necesario sujetar dicha revisión a las normas societarias. En conclusión, al reconocer dicha publicidad es posible alterar su contenido mediante su votación en junta general, sometiéndolo al régimen societario, mientras que si se opta por el carácter reservado de los acuerdos parasociales se sustituiría ese poder de la mayoría por la toma de decisiones en base al consenso y la discusión entre sus miembros⁹⁸⁹.

Por otro lado, en un sentido estricto, la principal consecuencia derivada de la inscripción de los estatutos sociales en el Registro Mercantil es la publicidad que ofrece. Desde el momento de su publicación, el contenido de dicho acuerdo es notorio y público, siendo susceptible de ser conocido para su consulta⁹⁹⁰, lo que, tal y como algunos autores han manifestado, atenta contra el propio carácter reservado del acuerdo⁹⁹¹. Existen distintas razones por las que se puede preferir mantenerlo, fundamentalmente de carácter económico, con el fin de ahorrar los costes derivados de una posible denegación de su

⁹⁸⁷ HERZFELD, E. y WILSON, A., *Joint Ventures, op. ct.*, págs. 45 a 47; REECE THOMAS, K. y RYAN, C., *The Law and the practice of shareholders' agreements, op. ct.*, pág. 1 a 3.

⁹⁸⁸ DÍAZ GÓMEZ, M., y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 99 a 100.

⁹⁸⁹ REECE THOMAS, K. y RYAN, C., *The Law and the practice of shareholders' agreements, op. ct.*, pág. 1.

⁹⁹⁰ SEQUEIRA MARTÍN, A., “Aproximación al concepto de publicidad registral y de su eficacia”, *op. ct.*, págs. 1863 a 1865.

⁹⁹¹ VIERA GONZÁLEZ, A., “Algunas reflexiones sobre el «proyecto de Real Decreto regulador de la publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar», *op. ct.*, págs. 7 a 8.

inscripción; o estratégicas, ya que no siempre es conveniente que se conozca determinados acuerdos que establezcan códigos de conducta o formas de actuar tales como un pacto de sindicación de voto⁹⁹².

Respecto al segundo motivo (2), cabe rescatar una vieja argumentación en relación al ya superado debate doctrinal sobre la licitud de los pactos reservados. Aquellos que defendían su ilegalidad hacían alusión a que todo aquello que pueda ser incluido en los estatutos sociales, debe efectivamente introducirse de esta forma, siendo únicamente válida la celebración de los pactos reservados en aquellos casos en los que se regulasen materias que, por su contenido, no son susceptibles de articulación estatutaria⁹⁹³.

Aunque en la actualidad nadie duda de su validez⁹⁹⁴, lo cierto es que se trata de un buen ejemplo para exponer por qué se opta por el carácter reservado de los pactos: Partiendo de la base teórica que hemos expuesto en este capítulo, en el que las cláusulas de transmisión de participaciones estudiadas pueden ser inscritas en el Registro Mercantil o a través de un acuerdo privado⁹⁹⁵, si efectivamente a una cláusula se le puede otorgar indistintamente la naturaleza estatutaria o parasocial ¿por qué optar por la parasocial para posteriormente inscribirla en el Registro Mercantil, y someterla a sus requisitos?⁹⁹⁶ ¿No es más eficaz directamente incluirla en los estatutos sociales?

Centrándonos ya en las garantías concretas que ofrece la inclusión de estas cláusulas a través de los pactos parasociales o del protocolo familiar, como mecanismos limitativos de la libre transmisibilidad de las participaciones, lo primero es cuestionar si

⁹⁹² JUSTE MENCÍA, J., “Pactos parasociales e impugnación de acuerdos sociales: el acceso de las minorías al consejo”, *op. ct.*, págs. 8 a 9.

⁹⁹³ PAZ-ARES, C., “La validez de los pactos parasociales”, *op. ct.*, págs. 1 a 2.

⁹⁹⁴ PAZ-ARES, C., “La validez de los pactos parasociales”, *op. ct.*, págs. 2 a 3; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, *op. ct.*, págs. 176 a 177; EMBID IRUJO, J., “¿Hacia un nuevo derecho de sociedades? Reflexiones desde el derecho español”, *op. ct.*, págs. 10 a 11; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., “Constitución de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, pág. 9 a 10.

⁹⁹⁵ En este trabajo de investigación se ha concluido que, desde un punto de vista teórico, no debe existir problema en admitir la regulación estatutaria de cualquiera de las cláusulas estudiadas, pero desde la perspectiva práctica es necesario tener en cuenta, que, por otros motivos, que no necesariamente se encuentran en la esfera de lo jurídico, pueden surgir obstáculos a instancia de aquellos que deben supervisar su entrada en el Registro Mercantil llegando a denegarla.

⁹⁹⁶ VIERA GONZÁLEZ, A., “Algunas reflexiones sobre el «proyecto de Real Decreto regulador de la publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar», *op. ct.*, págs. 9 a 10.

se les puede atribuir efectivamente dicha capacidad, es decir, limitar la transmisibilidad⁹⁹⁷. Adelantando, desde un ámbito teórico, una respuesta negativa a dicha pregunta, lo cierto es que no se puede predicar la misma eficacia que se desprende de su inclusión en los estatutos sociales, es decir, la negación del negocio jurídico en términos absolutos, oponiéndolo a la sociedad. Esto significa que no solo no se puede invocar su contenido frente a la sociedad, sino que tampoco es posible oponerlo a terceros de buena fe, lo cual está reservado para las disposiciones estatutarias o legislativas⁹⁹⁸. No obstante, no se debe confundir lo expresado, con la validez de este negocio jurídico, ya que es posible su regulación a través de los pactos parasociales como se ha expresado en el apartado anterior, pero manteniendo su eficacia contractual⁹⁹⁹ y siendo posible negar la transmisibilidad destruyendo la presunción de buena fe del tercero adquirente o reclamar al socio transmitente por haber realizado el negocio jurídico en fraude de ley.

Además, no se debe olvidar que “*el pacto es contrato, y el contrato en el Derecho español es ley entre las partes contratantes*”¹⁰⁰⁰ (Artículo 1091 del Código Civil). Esto significa, que a pesar de no tener la eficacia de poder negar la validez del negocio frente al que se opone, no impide que se pueda ejercitar, ante cualquier incumplimiento del mismo, los remedios generales del derecho común, y concretamente la acción de cumplimiento de lo pactado (Artículo 1096 del Código Civil), la acción de remoción (Artículo 1098.II del Código Civil), la acción de resolución (Artículo 1124 del Código Civil) y la acción de indemnización por daños y perjuicios (Artículo 1101 y 1124 del Código Civil)¹⁰⁰¹.

De estas cuatro opciones, es necesario destacar que tanto la acción de cumplimiento como la acción de indemnización por daños y perjuicios serán las más convenientes conforme a los intereses perseguidos. No obstante, únicamente la acción de indemnización será la realmente eficaz ya que, en la mayoría de los casos, el cumplimiento forzoso será inalcanzable debido a que el resultado perseguido se ha vuelto

⁹⁹⁷ IRRIBAREN BLANCO, M., “Pactos parasociales y cambios de los socios. (Una visión dinámica de los pactos parasociales)”, *op. ct.*, pág. 90.

⁹⁹⁸ IRRIBAREN BLANCO, M., “Pactos parasociales y cambios de los socios. (Una visión dinámica de los pactos parasociales)”, *op. ct.*, págs. 90 a 91.

⁹⁹⁹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., “Constitución de la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, pág. 11.

¹⁰⁰⁰ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, *op. ct.*, pág. 180.

¹⁰⁰¹ PAZ-ARES, C., “Los pactos parasociales. Su eficacia”, *op. ct.*, págs. 713 a 726; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, *op. ct.*, págs. 180 a 181.

imposible como consecuencia del retraso en obtener una respuesta¹⁰⁰². Ejemplo de ello sería la transmisión de participaciones en desconocimiento de las restricciones extraestatutarias, donde el tercero adquirente es de buena fe. Estas facultades, junto a las cláusulas penales que deben incluirse en su redacción, a las que ya se ha hecho referencia en el apartado anterior, otorgan al contenido de los pactos parasociales o del protocolo familiar, una protección jurídica completa y distinta (no necesariamente mejor) de la estatutaria, con el fin de potenciar el carácter privado, secreto o íntimo que se pretende otorgar cuando se decide su articulación extrasocietaria.

En segundo lugar, los pactos parasociales cumplen una función integradora del contrato social. Una de las principales consecuencias de la adquisición del carácter estatutario consiste en someterse al control de su contenido por parte del Registro Mercantil¹⁰⁰³, de tal forma que se podrá denegar su acceso cuando exista una norma que expresamente prohíba su inclusión, cuando se escape de las competencias propias de los estatutos o, en definitiva, porque así lo ha decidido al encontrar algún defecto, inexistencia de regulación o casuística que ampare su inscripción, o simplemente se separe de la Ley.

Como consecuencia de este -habitualmente- riguroso examen, el protocolo familiar o los pactos parasociales han cumplido una función sustitutoria de la variedad, en cuanto al contenido que sería exigible a los estatutos sociales¹⁰⁰⁴. La virtualidad que ofrecen, permite regular materias que tienen una estrecha relación con lo societario, pero que, por los motivos expuestos, no es posible integrarlas dentro del contrato fundacional y que de otro modo quedarían sujetas a cualquier arbitrariedad. Cumplen así una función de garantía integradora del contrato social de todo aquello que se escapa de la normativa estatutaria en sentido estricto, pero manteniéndose en la esfera privada de los socios.

Para terminar, es necesario destacar que cada vez existen más autores que cuestionan el principio general de inoponibilidad de los pactos reservados frente a la

¹⁰⁰² JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., VIGUERA RUBIA, J. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, *op. ct.*, págs. 312 a 313.

¹⁰⁰³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *op. ct.*, págs. 12 a 13.

¹⁰⁰⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *op. ct.*, págs. 12 a 13.

sociedad¹⁰⁰⁵. Concretamente se está haciendo referencia al quebrantamiento de este principio en relación a la eficacia jurídica de los llamados pactos omnilaterales¹⁰⁰⁶, es decir, la posibilidad de hacer valer frente la sociedad el contenido de acuerdos extrasocietarios que hubiesen sido firmados por la totalidad los socios¹⁰⁰⁷.

Tradicionalmente, nuestra doctrina siempre ha establecido una separación radical entre el contrato de sociedad y lo parasocial, de tal forma que la voluntad de crear normas fuera de los estatutos significa perder el privilegio de oponibilidad a la sociedad, ya que predicar los mismos efectos, respecto a aquello que se ha decidido pactar fuera de ella, supondría una vulneración de la doctrina de los actos propios¹⁰⁰⁸. Sin embargo, en la actualidad, se ha producido un cambio en nuestra doctrina que ahora parte del acercamiento jurídico entre las normas estatutarias y parasociales cuando el pacto se encuentre firmado por la totalidad de los socios ya que, como indicaba el profesor DUQUE DOMÍNGUEZ¹⁰⁰⁹, “*las consecuencias de las normas contractuales de los negocios parasociales pueden modificar la aplicación de normas estatutarias cuando los acuerdos extrasocietarios han sido celebrados por todos los socios*”. En definitiva, cuando un pacto parasocial o un protocolo se encuentra firmado por todos los miembros de la sociedad posee una fuerza ejecutiva, que antes o después tendrá repercusiones en la sociedad, en caso de que se produzca su incumplimiento, por lo que no resulta lógico sostener que la sociedad no debe tener en cuenta su existencia, a pesar de tener conocimiento directo del mismo, por el mero hecho de que sus disposiciones no se encuentren incluidas dentro de la escritura fundacional.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

¹⁰⁰⁵ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, *op. ct.*, págs. 184 a 186; JUSTE MENCÍA, J., “Pactos parasociales e impugnación de acuerdos sociales: el acceso de las minorías al consejo”, *op. ct.*, págs. 1 a 3; EMBID IRUJO, J., “¿Hacia un nuevo derecho de sociedades? Reflexiones desde el derecho español”, *op. ct.*, págs. 10 a 11; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, *op. ct.*, págs. 52 a 54; CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Constitución de la sociedad”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. y GÓRRIZ, C., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Tecnos, Madrid, págs. 165 a 167.

¹⁰⁰⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *op. ct.*, págs. 10 a 11.

¹⁰⁰⁷ EMBID IRUJO, J., “¿Hacia un nuevo derecho de sociedades? Reflexiones desde el derecho español”, *op. ct.*, pág. 11

¹⁰⁰⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, *op. ct.*, págs. 49 a 50.

¹⁰⁰⁹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, pág. 89.

Debido a estas circunstancias, es necesario plantear si el principio de inoponibilidad de lo parasocial frente a la sociedad es tan omnipotente, existiendo tres argumentos que lo cuestionan¹⁰¹⁰:

El primero de ello es la existencia de una doble admisibilidad en cuanto su contenido. El artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital permite oponerse al acuerdo que vulnere el contenido de los estatutos sociales. No obstante, lo cierto es que la mayoría de las materias incluidas en los pactos parasociales, también se admiten en los estatutos sociales, siendo necesario recordar que el Real Decreto 171/2007, de 9 de enero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, establece una serie de cláusulas que expresamente son inscribibles en el Registro Mercantil. En la actualidad, las diferencias entre ambas instituciones no son tan absolutas produciéndose un gran acercamiento entre ellas¹⁰¹¹, de tal forma que, si se admite la impugnación por estos motivos, debería también admitirse invocar un pacto parasocial por identidad en cuanto a su contenido.

El segundo se basaría en razones de economía procesal: Conforme a los pasos que son necesarios realizar ante un incumplimiento contractual, primero es preciso instar una acción de cumplimiento de lo acordado, para posteriormente proceder a la revisión de los acuerdos sociales adoptados incorrectamente. Lo cierto es que tarde o temprano, el resultado más probable será la anulación de la decisión adoptada con incumplimiento contractual. Por culpa de las dilaciones provocadas por estos procesos, generalmente el daño causado suele ser difícilmente reparable, lo que suele incentivar a adoptar dichas conductas, pero si por aplicación de un simple principio de economía procesal se dotase de fuerza societaria a estos acuerdos firmados por todos los socios, esta situación se solventaría;

En tercer y último lugar sería la solicitud de anulación del acuerdo en base a la vulneración del interés social (Artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Este artículo permite la posibilidad de impugnar un acuerdo que haya sido adoptado en

¹⁰¹⁰ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, *op. ct.*, págs. 184 a 185

¹⁰¹¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *op. ct.*, pág. 88 a 89; CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Constitución de la sociedad”, *op. ct.*, págs. 165 a 166.

beneficio de uno o varios socios, pero contraviniendo el interés social¹⁰¹². De acuerdo con el Código de Buen Gobierno Corporativo, se puede entender por interés social el interés común de todos los socios¹⁰¹³. En base a esta definición, no existen dudas de que un acuerdo firmado por todos los socios de manera extrasocietaria, pero con el objetivo de regular aspectos íntimamente relacionados con la sociedad, puede incluirse dentro de ese interés, ya que dicho acuerdo revela la intención de los socios a la hora de regular las relaciones societarias, volviéndose indispensable para la vida social¹⁰¹⁴. De esta forma, se podría oponer a la misma sociedad el incumplimiento del pacto parasocial alegando que forma parte de ese interés social.

A pesar de que nuestra doctrina mayoritaria está de acuerdo con esta excepción al principio de oponibilidad, lo cierto es que su tratamiento por parte de nuestra jurisprudencia ha tenido una evolución dispar, en la que tradicionalmente se ha negado esta posibilidad, admitiéndose posteriormente en las últimas décadas del siglo XX tanto por los Tribunales como por la Dirección General de los Registros y el Notariado con argumentos como el levantamiento del velo de la persona jurídica, la buena fe o el abuso de derecho y finalmente volviendo a una interpretación estricta de la regla de inoponibilidad a principios de este siglo XXI¹⁰¹⁵.

Entiendo que esta teoría supondría un gran avance para el tratamiento jurídico de las relaciones societarias. Lo cierto es que ambas instituciones no pueden ser consideradas como entes aislados, ya que es una obviedad que lo regulado por lo parasocial tiene efectos directos en lo estrictamente societario. Concretamente, cuando todos los socios son parte del acuerdo, se puede predicar que esa regulación de las conductas societarias genera una voluntad que forma parte del interés social, de tal forma que es posible exigir su cumplimiento. Además, estas circunstancias son todavía más evidentes en los prototipos de sociedades al 50% estudiadas, donde esa voluntad se manifiesta en lo parasocial al intentar personalizar su organización de esta forma. De esta forma, los órganos sociales estarán obligados a su acatamiento y los socios tendrán remedios

¹⁰¹² GIMENO SENDRA, V., *Los nuevos procesos de impugnación de acuerdos sociales y de la propiedad industrial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 19 a 21.

¹⁰¹³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., “El interés social y el sistema de Gobierno Corporativo”, *op. ct.*, págs. 171 a 174.

¹⁰¹⁴ JUSTE MENCÍA, J., “Pactos parasociales e impugnación de acuerdos sociales: el acceso de las minorías al consejo”, *op. ct.*, págs. 2 a 3

¹⁰¹⁵ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, *op. ct.*, pág. 183.

societarios para utilizar frente a sus incumplimientos¹⁰¹⁶, pero no se debe olvidar que su consideración por parte de la jurisprudencia y de la doctrina administrativa es todavía incierta¹⁰¹⁷.

3.- Las prestaciones accesorias. Solución intermedia.

Como mantienen algunos autores de la doctrina anglosajona, el pacto parasocial (“*shareholders’ agreement*”) es un contrato en el que todo socio debe ser parte para que sea eficaz¹⁰¹⁸. Además, conforme a la doctrina estudiada, si se pretende predicar los efectos de los pactos omnilaterales, es condición *sine qua non* que todos los socios formen parte él. A pesar de que lo habitual sea que este compromiso se adquiera cuando se constituye la sociedad, el problema surge cuando se produce una sucesión en la condición de socio¹⁰¹⁹. Ya sea una sociedad de responsabilidad limitada o anónima, y se pretenda dar una naturaleza más familiar o cerrada, en ningún caso se puede prohibir o hacer imposible la transmisión de las acciones o participaciones. Como ya se ha indicado, “*el “intuitu personae” impone ciertos condicionamientos a la circulación*”¹⁰²⁰, pero una vez cumplidos no existen obstáculos para que se formalice el negocio jurídico.

Sin embargo, si algo caracteriza a los pactos parasociales es su carácter estático o en el poco dinamismo que tienen¹⁰²¹. Cuando se producen cambios en la propiedad de las participaciones, el socio entrante viene a ocupar la misma posición jurídica que el saliente, pero eso no significa que se produzca la adquisición de todos los compromisos que ostentase el anterior titular, y en concreto aquellas de carácter personalísimo¹⁰²². Por este motivo, los pactos parasociales no circulan como o con las acciones o las participaciones

¹⁰¹⁶ IRRIBAREN BLANCO, M., “Pactos parasociales y cambios de los socios. (Una visión dinámica de los pactos parasociales)”, *op. ct.*, pág. 80.

¹⁰¹⁷ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español”, *op. ct.*, págs. 184 a 185.

¹⁰¹⁸ REECE THOMAS, K. y RYAN, C., *The Law and the practice of shareholders’ agreements*, *op. ct.*, págs. 1 a 3.

¹⁰¹⁹ CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Constitución de la sociedad”, *op. ct.*, pág. 166.

¹⁰²⁰ GALLEGU SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, pág. 273.

¹⁰²¹ IRRIBAREN BLANCO, M., “Pactos parasociales y cambios de los socios. (Una visión dinámica de los pactos parasociales)”, *op. ct.*, pág. 80 a 85.

¹⁰²² GALLEGU SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, pág. 272 a 274.

sociales, ni se impone su acatamiento, sino que es necesario que sea suscrito por el nuevo socio si se pretende que sean parte de los mismos¹⁰²³, lo que no necesariamente se conseguirá. Frente a esta situación es necesario destacar utilidad de la institución de las prestaciones accesorias, cuya articulación es habitual tanto en las sociedades de responsabilidad limitada como en las anónimas cerradas¹⁰²⁴, como remedio frente a la aparición de futuros socios¹⁰²⁵.

Aunque estén reguladas en los artículos 86 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, el legislador a lo largo de la historia nunca ha querido realizar una definición de las mismas, más allá de su articulación como obligación¹⁰²⁶. Consecuentemente, esta tarea ha recaído en manos de la doctrina, donde distintos autores se han atrevido a formular una respuesta¹⁰²⁷, siendo la definición más destacable y completa la que el profesor Barba de Vega¹⁰²⁸ les otorga: “*auténticas obligaciones sociales que pueden pactarse en la escritura social o en los estatutos como accesorias de la obligación principal que tiene todo socio de hacer su aportación al capital social y en virtud de las cuales todos o algunos de los socios se comprometen a efectuar, gratuita o retribuidamente, prestaciones que en ningún caso podrán formar parte de dicho capital*”.

De esta definición, es necesario extraer el concepto relativo a la libertad respecto al contenido sobre el que puede versar esta prestación. Efectivamente, al no especificar el legislador requisito o limitación alguna para su formalización¹⁰²⁹ y al tratarse de aportaciones que no van a integrarse dentro del capital social, su objeto no se encuentra

¹⁰²³ IRRIBAREN BLANCO, M., “Pactos parasociales y cambios de los socios. (Una visión dinámica de los pactos parasociales)”, *op. ct.*, pág. 80 a 81.

¹⁰²⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Las aportaciones sociales”, *op. ct.*, pág. 24.

¹⁰²⁵ CARRASCO PERERA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, *op. ct.*, pág. 582.

¹⁰²⁶ PEÑAS MAYONA, M., “Prestaciones accesorias”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dirs), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 4º, Civitas, Madrid, 1999, págs. 609 a 612.

¹⁰²⁷ En este aspecto también cabe mencionar la definición en sentido estricto del maestro Uría, según la cual consisten en “*cualquier prestación, distinta de la aportación de capital en sentido técnico estricto, que se obliguen a realizar todos o alguno de los socios en la escritura fundacional de la sociedad*” (Ver en URÍA, R., “Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 60/1956), Civitas, Madrid, 1956, pág. 4.) o la calificación más actual que realiza la profesora GALLEGO SÁNCHEZ consistente en “*aportaciones en su más genuina acepción, ya que han de incluirse sin duda en la acepción amplia de la obligación de aportar*” (Ver en GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Las aportaciones sociales”, *op. ct.*, pág. 24.).

¹⁰²⁸ BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Moncorvo, Madrid, 1984, págs. 164 a 165.

¹⁰²⁹ PEÑAS MAYONA, M., “Prestaciones accesorias”, *op. ct.*, págs. 618 a 619.

limitado por las normas societarias de tal forma que puede versar sobre cualquier tipo de prestación, ya sea de dar, hacer o no hacer (Artículo 1088 del Código Civil y artículo 187 del Reglamento del Registro Mercantil)¹⁰³⁰. De esta forma, todo lo que pueda ser objeto de obligación podrá constituir una prestación accesoria¹⁰³¹.

Gracias a esta amplitud, se podrían regular materias de muy diversa índole tales como el establecimiento de una obligación de entregar una cantidad dineraria extra a la sociedad¹⁰³² o la de no desarrollar una actividad que suponga una competencia empresarial¹⁰³³ o la de prestar servicios de carácter administrativo, técnico o meramente personal¹⁰³⁴. En nuestro caso concreto, la obligación que se propone es la de someter por parte de la sociedad la autorización de la transmisión a la suscripción del pacto parasocial por el socio entrante¹⁰³⁵. De esta forma se daría una solución intermedia a la problemática de la decisión sobre dónde se han de instrumentar las cláusulas alternativas a la disolución estudiadas, combinando las facilidades en cuanto al contenido del pacto parasocial y las ventajas del carácter estatutario y asegurando que el acuerdo extrasocietario se encuentre siempre firmado por la totalidad de los socios. La obligación impuesta a través de la prestación accesoria propuesta consiste en la suscripción de un acuerdo, por lo que tanto la regulación como la ejecución del contenido de dicho acuerdo se encuentra en la esfera de lo contractual¹⁰³⁶. Por este motivo, la regulación y el contenido del pacto parasocial no se ve afectada por lo que, en esencia, no es más que una circunstancia externa a ella, consistente en que un tercero (la sociedad) exija su suscripción para poder entrar a formar parte de ella.

Por otro lado, al estar incluida en el contrato fundacional, dicha obligación obtiene la naturaleza estatutaria, de tal forma que su eventual incumplimiento puede servir directamente como causa de exclusión del socio (Artículo 350 de la Ley de Sociedades

¹⁰³⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Las aportaciones sociales”, *op. ct.*, págs. 24 a 25.

¹⁰³¹ URÍA, R., “Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 4 a 5.

¹⁰³² GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Las aportaciones sociales”, *op. ct.*, 24.

¹⁰³³ OLIVENCIA, M., “Las prestaciones accesorias”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 237

¹⁰³⁴ URÍA, R., “Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada”, *op. ct.*, págs. 4 a 5.

¹⁰³⁵ CARRASCO PERERA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, *op. ct.*, págs. 581 a 582

¹⁰³⁶ BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, *op. ct.*, págs. 348 a 350.

de Capital)¹⁰³⁷, para impugnar y declarar nulo un acuerdo societario¹⁰³⁸ o incluso como causa de separación en caso de que se suprima tal prestación por acuerdo adoptado en junta (Artículo 346.1.d)¹⁰³⁹. El principal problema que ofrece esta regulación es que como hemos indicado, la prestación accesoria consiste en la suscripción del acuerdo, por lo que los efectos de lo estatutario se limitan a su no conclusión y no al incumplimiento de su contenido ya que “*el objeto de la obligación no es el propio del contrato celebrado*”¹⁰⁴⁰. Siguiendo este razonamiento, aunque no sería posible oponer a la sociedad lo incumplido parasocialmente, no se debe obviar que mediante esta fórmula la misma sociedad está asegurando o dirigiendo cómo deben regularse las relaciones sociales entre los socios. Al final se podría argumentar que esta obligación impuesta por la propia sociedad refuerza la teoría de que los pactos omnilaterales forman parte del interés social al establecer cuál es la voluntad de la sociedad. No obstante, como ya hemos indicado, se trata de un campo todavía incierto.

Por último, la prestación así configurada en la práctica puede presentar un problema de temporalidad que afectaría directamente a la validez de esta disposición. Llegado el momento de constituir la sociedad y decidir el contenido de los estatutos sociales, es posible que todavía no esté redactado y firmado el correspondiente pacto parasocial o protocolo familiar, por lo que incluir una cláusula que establezca la obligatoriedad de suscribir dicho acuerdo, supondría un consentimiento anticipado de un documento cuyo contenido puede ser cualquiera o incluso establecido en su totalidad al arbitrio de una sola de las partes, lo que supondría una vulneración del artículo 1256 del Código Civil¹⁰⁴¹. Por este motivo, y con el fin de evitar futuras nulidades del documento o la prestación, lo prudente dicta que el acuerdo esté redactado y firmado antes del otorgamiento de la escritura pública de constitución o si se prefiere que se delimite “*ex post*”, que se delegue en un tercero imparcial su redacción¹⁰⁴².

¹⁰³⁷ OLIVENCIA, M., “Las prestaciones accesorias”, *op. ct.*, págs. 248 a 249.

¹⁰³⁸ GIMENO SENDRA, V., *Los nuevos procesos de impugnación de acuerdos sociales y de la propiedad industrial, op. ct.*, pág. 19.

¹⁰³⁹ PEÑAS MAYONA, M., “Prestaciones accesorias”, *op. ct.*, págs. 669 a 670.

¹⁰⁴⁰ BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada, op. ct.*, págs. 348 a 350.

¹⁰⁴¹ CARRASCO PERERA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, *op. ct.*, págs. 581 a 582

¹⁰⁴² CARRASCO PERERA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, *op. ct.*, págs. 581 a 582

CAPÍTULO CUARTO.- MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE LAS SITUACIONES DE BLOQUEO.

I.- Preliminar.

En el primer capítulo de este trabajo se analizó el contexto societario en el que surge el “deadlock” o la parálisis de los órganos societarios, como formalmente se conoce en nuestro derecho, así como su tratamiento; posteriormente, se propusieron distintos mecanismos que no son habituales en nuestro tráfico jurídico pero que servirían para solucionar el bloqueo societario mediante la salida de uno de los socios; y en el tercero, se estudiaron los cauces legales para proceder a la introducción de dichos mecanismos en el derecho societario español. En este capítulo, se pretende exponer otro tipo de remedios jurídicos que se limitan a romper el eventual empate surgido mediante fórmulas alternativas destinadas a propiciar el entendimiento entre los socios. Estos instrumentos consisten en el voto dirimente y los pactos de sindicación, la cláusula “*gin and tonic*”, la mediación y el arbitraje.

La necesidad de realizar un tratamiento diferenciado en relación a las cláusulas de salida ya estudiadas, deriva de que tanto su tratamiento jurídico como su eficacia son distintas: La admisibilidad de este tipo de cláusulas, ya sea a través de los estatutos sociales o los pactos parasociales, está fuera de toda duda, (incluida la cláusula “*gin and tonic*”, aunque provenga del derecho anglosajón) por lo que únicamente es necesario realizar en cada apartado una exposición sucinta de sus principales características y su articulación. Por otro lado, respecto a su eficacia, estas difieren de las cláusulas ya estudiadas en la medida en que ninguna de las que se va exponer a continuación, no otorgan una solución efectiva al bloqueo societario, aunque contribuyen a impedir la paralización. Esto se debe a que la aplicación de estas cláusulas no conlleva necesariamente aparejada la salida de alguno de los socios, motivo por el cual es más importante centrarse en estudiar cuáles son las ventajas e inconvenientes que ofrecen para solucionar el conflicto societario de esta manera.

II.- Romper el empate: El voto dirimente y los pactos de sindicación.

La parálisis de los órganos sociales como causa de disolución se produce por la imposibilidad de tomar decisiones en el seno de la sociedad. La existencia de dos grupos

paritarios enfrentados impide la obtención de las mayorías necesarias para la aprobación de acuerdos vitales para la sociedad cuando se someten a votación en la junta convocada a tal efecto. Por este motivo, el origen de este problema se encuentra en la propia estructura corporativa de la sociedad¹⁰⁴³: La posición del socio se determina en virtud del número de participaciones que cuya titularidad ostenta, las cuales se otorgan en función del capital social suscrito. A su vez, las participaciones recibidas conceden a sus dueños un número de derechos y obligaciones, entre ellos el voto. Sin embargo, la libertad individual de cada uno de los socios para disponer o ejercerlos se encuentra limitada, no solo por la existencia de otras personas sino también por la creación de un ente con personalidad jurídica propia. Esta coexistencia necesaria se manifiesta en la junta a través del ejercicio del derecho de voto y la adopción de acuerdos. Volviendo a nuestro clásico ejemplo de sociedad formada por un matrimonio, al tener cada socio el 50% de las participaciones totales de la sociedad, la aparición de desavenencias la condenaran a un empate perpetuo.

Es paradójico que la propia ley establezca la posibilidad de reformar estatutariamente la mayoría legal necesaria para adoptar un acuerdo, sin que quepa exigir la unanimidad (Artículo 200.1 de la Ley de Sociedades de Capital), cuando es notorio que en el tráfico jurídica existen numerosas sociedades que, al estar formadas por dos únicos socios con idéntico número de participaciones, se ven abocadas irremediamente a buscar la unanimidad¹⁰⁴⁴, pero ¿qué sucedería si hubiese una forma de evitar el empate o por la que se obligue siempre a votar favorablemente determinados acuerdos? La alteración del régimen ordinario del ejercicio del derecho de voto, se presenta como una solución frente al empate en junta general y permite la estabilidad del gobierno corporativo, a través de dos tipos de mecanismos: (1) el voto dirimente¹⁰⁴⁵ y (2) la sindicación de votos¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴³ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 114 a 119.

¹⁰⁴⁴ GALÁN CORONA, E., “La junta general”, *op. ct.*, págs. 513 a 515.

¹⁰⁴⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 85 a 86; HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 120 a 124.

¹⁰⁴⁶ VICENT CHULIÁ, F., “Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de votos”, en ALONSO LEDESMA, C. y otros, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 1205 a 1232; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *op. ct.*, 12 a 13; GALEOTE MUÑOZ, M., “Los sindicatos de voto”, *op. ct.*, págs. 316 a 332.

1.- Voto dirimente.

Como bien expresa su nombre, consiste en la resolución del empate mediante el otorgamiento de un voto cualificado¹⁰⁴⁷. A su vez, puede articularse de varias maneras, siendo las más habituales el otorgamiento del voto de calidad a uno de los propios socios o a un tercero que desempate. El primero de los casos es habitual en los estatutos de las sociedades anónimas, cotizadas o no, en los casos en los que el órgano de administración se configura a través del consejo, permitiendo otorgar este voto de calidad a algunos de sus miembros (Artículo 245 de la Ley de Sociedades de Capital), siendo el más habitual el presidente¹⁰⁴⁸.

Sin embargo, el estudio que se propone de esta figura difiere del caso anterior, ya que se apuesta por utilizarlo en el seno de la junta de la sociedad (órgano deliberante) mediante el establecimiento de un voto plural, cambiando su régimen ordinario, en vez de en el consejo (órgano de administración). En este sentido, se trata de colocar en una situación privilegiada a alguno de los socios, con el fin de que se puedan adoptar los acuerdos necesarios para asegurar el control de la sociedad y evitar así el “*deadlock*”¹⁰⁴⁹.

En este punto es necesario recordar que, mientras en las sociedades anónimas se admite la modificación del régimen de mayorías para constituir la junta o aprobar acuerdos y se deniega la del régimen de proporcionalidad entre los votos y el capital (Artículo 96.2 de la Ley de Sociedades de Capital)¹⁰⁵⁰ en consonancia con el principio capitalista de la proporcionalidad de los votos y las acciones y el de igualdad¹⁰⁵¹, en las sociedades de responsabilidad limitada este principio no actúa como límite de la autonomía de la voluntad¹⁰⁵² sino que se establece su disponibilidad por parte de los

¹⁰⁴⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, *op. ct.*, págs. 56 a 58

¹⁰⁴⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 86 a 87.

¹⁰⁴⁹ O’NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, *op. ct.*, pág. 4.65 a 4.68

¹⁰⁵⁰ En este sentido se pronunció la STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 645/1990, de 5 de noviembre de 1990. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a69c356bbd7978eb/19960107>; declarando la invalidez del voto plural de un accionista que ejercía a su vez como presidente de la junta.

¹⁰⁵¹ GALÁN CORONA, E., “La junta general”, *op. ct.*, págs. 512 a 513.

¹⁰⁵² GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. ct.*, págs. 132 a 133; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, *op. ct.*, págs. 56 a 57.

socios¹⁰⁵³. Se admite así la personalización estatutaria del derecho de voto¹⁰⁵⁴ (Artículos 96.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 184 del Reglamento del Registro Mercantil), permitiendo casos tan dispares como el voto plural o la votación por cabezas¹⁰⁵⁵. Consecuentemente, no existen dudas a la hora de poder otorgar, estatutaria o parasocialmente un voto dirimente a cualquier socio, ya sea administrador, presidente de la junta o sin cargo alguno, en una sociedad de responsabilidad limitada¹⁰⁵⁶. No obstante, hay que tener en cuenta que, dentro del contexto del conflicto societario, y en concreto, de sociedad formada por dos únicos socios, su estudio se vuelve más complejo¹⁰⁵⁷.

La posibilidad de otorgar este poder puede suponer un privilegio excesivo e incluso ilegal, ya que se daría la capacidad de decisión absoluta a aquel que lo ostentase. En este sentido, tuvo ocasión de manifestarse la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 13 de enero de 1984¹⁰⁵⁸, admitiendo la licitud de tal cláusula en este tipo social, pero haciéndose eco de los peligros que supondría en aquellas sociedades formadas por dos únicos socios y con el mismo porcentaje de participaciones. Concretamente, hacía referencia a la ilegalidad de esta cláusula en tales circunstancias al dejar a uno de los socios siempre a merced de las decisiones del otro, incurriendo así en la prohibición del artículo 1256 del Código Civil sobre el arbitrio de los contratos de manera exclusiva por una de las partes¹⁰⁵⁹. En esencia este voto dirimente no puede tener

¹⁰⁵³ En este sentido se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado. Entre otras: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1999: <https://boe.es/boe/dias/1999/12/23/pdfs/A45280-45282.pdf>; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de septiembre de 2005: <https://www.boe.es/boe/dias/2008/10/11/pdfs/A41038-41041.pdf>.

¹⁰⁵⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, op. ct., págs. 122 a 135; ALONSO ESPINOSA, F., “La empresa familiar como problema”, op. ct., págs. 64 a 66.

¹⁰⁵⁵ VELASCO ALONSO, A., *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, op. ct., pág. 119; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, op. ct., págs. 128 a 130; CAMPUZANO LAGUILLO, A., “La diversidad de derecho de las participaciones sociales”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (núm. 15/2000), Aranzadi, Cizur Menor, 2000, págs. 5 a 6.

¹⁰⁵⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, op. ct., págs. 56 a 58; CAMPUZANO LAGUILLO, A., “La diversidad de derecho de las participaciones sociales”, op. ct., págs. 5 a 6.

¹⁰⁵⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 88 a 89.

¹⁰⁵⁸ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de enero de 1984: <https://boe.es/boe/dias/1984/02/29/pdfs/A05558-05559.pdf>.

¹⁰⁵⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 88 a 89.

como consecuencia jurídica, efectos no deseados por la misma Ley de Sociedades de Capital, como es este “hábil manejo” del derecho de voto¹⁰⁶⁰.

Frente a los peligros inherentes de la situación de desigualdad entre los socios que puede generar este privilegio, es necesario destacar como alternativa el otorgamiento de este derecho de voto dirimente a un tercero. A pesar de que el objetivo perseguido mediante su establecimiento es análogo al de la situación anterior, lo cierto es que el planteamiento cambia radicalmente ya que no se estaría modificando el régimen jurídico del derecho de voto sino nombrando a un tercero que desempate. Aun así, existen algunos autores que plantean la ilicitud de tal cláusula, argumentando que se trataría del otorgamiento a un tercero de un derecho que se encuentra reservado de manera exclusiva a los socios (Artículo 93.c de la Ley de Sociedades de Capital).

Lo cierto es que como bien argumenta el profesor FERNÁNDEZ DEL POZO, esta figura es más cercana a la del “arbitrador-experto”, cuya función es integrar o completar la voluntad social y no la de ejercer un derecho de voto, pero si aun así se siguiese manteniendo ilicitud de la misma, siempre se podría articular estatutariamente una “*transmisión de la propiedad de las participaciones de ambas partes en favor de un tercero fiduciario que deviene socio con funciones dirimientes*” o un “*apoderamiento irrevocable con delegación de voto en un tercero en caso de bloqueo societario*”, entre otras fórmulas¹⁰⁶¹. Tal y como se pronunció la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de fecha 27 de abril 1989¹⁰⁶², “*Admitido que para ser nombrado Administrador no se requiere la cualidad de accionista no puede haber obstáculo para que un tercero sea llamado a decidir en hipótesis especiales en las que en la medida que completa el proceso formativo de la voluntad social viene a desempeñar funciones de administrador*”.

Tampoco se puede decir que la delegación en este tercero se pueda asimilar a la institución de arbitraje¹⁰⁶³. Sobre este aspecto es necesario volver a destacar la Resolución

¹⁰⁶⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, *op. ct.*, págs. 57 a 58.

¹⁰⁶¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 90 a 95.

¹⁰⁶² Resolución de 27 de abril de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado: <https://www.boe.es/boe/dias/1989/05/29/pdfs/A15963 a 15964.pdf>

¹⁰⁶³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, *op. ct.*, págs. 90 a 91.

de la Dirección General de los Registros y del Notariado que acabamos de citar, según la cual “*los Consejeros al votar lo hacen en su calidad de miembros del órgano social; no actúan, al menos directamente, sus propios derechos e intereses, ni tratan de conciliar pretensiones jurídicas enfrentadas sino que con sus posiciones contribuyen a definir una voluntad jurídicamente ajena*”. Por este motivo, en realidad, nos encontramos con el ya mencionado “arbitrador-experto”, cuya función es similar a la del experto independiente de la cláusula “*shoot-out*” estudiada en el apartado II.2.3.4 del segundo capítulo de este trabajo, pues no consiste en resolver una controversia en base a la equidad, sino en tomar una decisión de acuerdo con lo que considera mejor o más ajustado a los intereses de la sociedad.

Este tercero puede ser cualquiera, pero se debe tener en cuenta que, para la idoneidad de esa posición, esta persona debería ser independiente de los socios y capaz de tomar una decisión de manera objetiva en función del interés social y de acuerdo con sus conocimientos y experiencias. Cabría añadir a estas características que existiese una relación laboral o profesional previa con la sociedad, con el fin de que conociese de primera mano el funcionamiento concreto de la misma, pero a su vez, hay que advertir que de esta forma se pondría en peligro la independencia y objetividad de su posición, ya que este sujeto, conocedor de las posibles fricciones que pueden surgir en su relación con el socio perdedor de la votación, puede verse influenciado negativamente en su decisión.

Es necesario destacar entre las distintas opciones la del asesor jurídico o la del administrador independiente como sujetos idóneos para desempeñar tal función¹⁰⁶⁴, como personas que conocen la empresa y que por su posición pueden mantener cierta independencia e imparcialidad para tomar la decisión, en vez de un tercero, como podría ser un árbitro designado por una institución independiente¹⁰⁶⁵. Centrándose en la opción del administrador, es importante decir que una de las principales causas de los conflictos en las sociedades familiares es la confusión entre las figuras de socio-administrador-familia¹⁰⁶⁶. En las sociedades pequeñas y cerradas es habitual que los propios socios ocupen a su vez los puestos de gestión, de tal forma que no solo se manifiesta el bloqueo en la junta general, sino que además se produce en el órgano de administración,

¹⁰⁶⁴ Sobre este aspecto, GARRIDO DE PALMA incide en la necesidad de apoyarse en los expertos para conseguir el mantenimiento, continuidad y consolidación de la empresa familiar. Ver en GARRIDO DE PALMA, V., “La familia empresaria ante el Derecho”, *op. ct.*, págs. 78 a 85.

¹⁰⁶⁵ FIELD, H., “Resolving Shareholder Disputes and Breaking Deadlocks in the Close Corporation”, *op. ct.*, págs. 1005 a 1006. <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1427>.

¹⁰⁶⁶ ALONSO ESPINOSA, F., “La empresa familiar como problema”, *op. ct.*, Thomson Reuters, Cizur Menor, págs. 63 a 64.

impidiendo la toma de decisiones empresariales básicas y que no requieren de autorización por parte del órgano deliberante. Sin embargo, si esta posición fuese delegada en un tercero, no solo aumentaría el grado de profesionalización de la empresa al colocar a una persona con las aptitudes necesarias para tal cargo¹⁰⁶⁷, sino que también se facilitaría en gran medida la continuidad societaria, a pesar de la existencia del bloqueo, otorgándole facultades de mediación, orientación y, principalmente, de decisión en base al interés social en aquellos casos en los que se produzca un empate en votos¹⁰⁶⁸.

Lo cierto es que, ya se opte por la concesión de este privilegio a uno de los socios, o se otorgue a un tercero para que sea capaz de dirimir el conflicto, la modificación del régimen legal ordinario del derecho de voto es un instrumento habitual para prevenir y resolver el bloqueo societario en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, siendo necesario destacar aquellos que se basan en el “*Common Law*”, donde se suelen utilizar para asegurar el buen gobierno corporativo y la consolidación de la empresa ante las más que posibles diferencias que surgirán irremediablemente con el paso del tiempo por la propia naturaleza del empresa familiar¹⁰⁶⁹.

No obstante, como parte de esa misma doctrina defiende, si persiste el enfrentamiento entre los socios, por más que se otorgue este derecho para prevenir el bloqueo, al final será necesario que alguno de los socios deje de formar parte de la sociedad¹⁰⁷⁰. Aunque se solucione el empate en la toma de decisiones, eso no evitará que las relaciones sociales vayan empeorando hasta tal punto que la convivencia sea insoportable. Este pensamiento ha sido adoptado por parte de nuestra doctrina, llegando incluso a concluir que este tipo de técnicas “*no evitan ulteriores conductas sistemáticas orientadas a bloquear el correcto funcionamiento de la organización*”¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁷ GARRIDO DE PALMA, V., “La familia empresaria ante el Derecho”, *op. ct.*, págs. 75 a 78.

¹⁰⁶⁸ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 120 a 121.

¹⁰⁶⁹ O’NEAL, H. Y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, *op. ct.*, págs. 4.65 a 4.68; HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, *op. ct.*, págs. 243 a 244; FIELD, H., “Resolving Shareholder Disputes and Breaking Deadlocks in the Close Corporation”, *op. ct.*, págs. 1005 a 1006. <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1427>; HERZFELD, E. y WILSON, A., *Joint Ventures*, *op. ct.*, págs. 52 a 55; BACHMANN, G., EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A., FLEISCHER, H. y SCHÖN, W., *Regulating the closed corporation*, *op. ct.*, págs. 76 a 78.

¹⁰⁷⁰ FIELD, H., “Resolving Shareholder Disputes and Breaking Deadlocks in the Close Corporation”, *op. ct.*, pág. 1005. <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1427>

¹⁰⁷¹ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 120 a 121.

Al final no dejan de ser una especie de parche que permite resolver de manera puntual las diferencias entre los socios, pero si las mismas persisten, la entidad del conflicto no dejará de aumentar, afectando negativamente a la propia sociedad. Consecuentemente, esta situación terminará desembocando en uno de los dos siguientes escenarios: La disolución de la sociedad o la salida de alguno de sus socios. Por este motivo, esta figura no debe considerarse como un medio eficaz para resolver el bloqueo societario, sino para prevenirlo hasta cierto punto, ya que, si el conflicto continúa, tarde o temprano, un nuevo tipo de “*deadlock*” terminará por aparecer.

2.- Sindicación de votos.

Junto con el “voto dirimente”, la segunda estrategia para romper el empate consiste en la “sindicación de votos”. Conocido también como “sindicato de accionistas” o “pacto de sindicación”, se trata de una institución que ha sido objeto tradicional de estudio por parte de la doctrina mercantilista española y cuya legalidad está plenamente aceptada por la jurisprudencia¹⁰⁷². Sobre este aspecto cabe destacar el ya superado argumento según el cual no son válidos estos acuerdos en cuanto atentan a la libertad del ejercicio del derecho de voto¹⁰⁷³. Frente a ello la solución es sencilla y similar a la de las cláusulas de compraventa forzosa, y es que no se puede alegar que se atenta contra tal libertad por parte de quien accedió previa y libremente a perfeccionar ese contrato¹⁰⁷⁴.

En cuanto al concepto de esta figura, el maestro MENÉNDEZ¹⁰⁷⁵ la definía de manera sucinta como “*los compromisos de alguno o varios de sus miembros sobre el ejercicio del derecho de voto, a fin de influir de una u otra forma en la marcha de la*

¹⁰⁷² MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima” en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 361 a 363; VICENT CHULIÁ, F., “Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de votos”, *op. ct.*, págs. 1209 a 1210.

¹⁰⁷³ STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 296/2016, de 5 de mayo de 2016. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/88290e7a1ac69f5e/20160516>; STS Sala de lo Civil, Secc. 1º, núm. 120/2020, de 20 de febrero de 2020. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/555e1efa4ccd05a7/20200228>.

¹⁰⁷⁴ GARRIGUES, J., “Sindicatos de accionistas”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 55/1955), Civitas, Madrid, 1955, págs. 4 a 5.

¹⁰⁷⁵ MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima”, *op. ct.*, pág. 353.

sociedad”. Aunque no sea la definición más completa¹⁰⁷⁶, lo cierto es que, a efectos didácticos, ejemplifica a la perfección su utilidad para el caso estudiado, ya que se trata de un contrato que formalizan todos o algunos de los socios, de manera privada y ajena a la sociedad, por el que se obligan a ejercer su derecho de voto en un determinado sentido para alcanzar objetivos legítimos defensa, control y estabilidad¹⁰⁷⁷. Por este motivo, se trata de una herramienta de control¹⁰⁷⁸, capaz de incidir en la formación de la voluntad social y la estabilidad societaria, al someterse la aprobación de los acuerdos de la junta general a esta herramienta externa¹⁰⁷⁹.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el “voto dirimente”, su articulación únicamente está admitida de manera parasocial¹⁰⁸⁰, por lo que su régimen jurídico no se integra con la sociedad, rigiéndose por el derecho de obligaciones¹⁰⁸¹. Mas allá de los inconvenientes inherentes a todo acuerdo extrasocietario que en cualquier caso pueden reforzarse de manera estatutaria¹⁰⁸², lo cierto es que esta regulación es la más conveniente, ya que otorga más flexibilidad para adaptarse a las características del conflicto societario al tratarse de convenios plurilaterales, cuyo objeto puede versar sobre una multitud de materias y donde se puede ajustar el sentido del voto en función del caso por caso¹⁰⁸³.

Estos acuerdos pueden ser permanentes u ocasionales, versar sobre la totalidad de asuntos o solo algunos de ellos, así como por tiempo determinado o indeterminado,

¹⁰⁷⁶ Junto a esta definición es necesario destacar la realizada por el profesor VICENT CHULIÁ, la cual es mucho más completa, pero que se ha considerado que excedía de las materias que se presenten abarcar con este trabajo. Esta consistía en: “*es un contrato en virtud del cual los socios o miembros de una agrupación voluntaria de personas se obligan, entre sí o frente a tercero, a votar en los órganos de esta, por sí o a través de un representante, en el sentido decidido (generalmente) por la mayoría de quienes forman el sindicato, garantizando así que exprese siempre un voto unitario, con el fin de mantener cohesionada en el seno de aquellos órganos bien una mayoría o bien una minoría de capital o de personas*”. Ver en VICENT CHULIÁ, F., “Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de votos”, *op. ct.*, pág. 1205.

¹⁰⁷⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El régimen jurídico de las asociaciones de accionistas”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (núm. 139/2015), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 7 a 8.

¹⁰⁷⁸ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El régimen jurídico de las asociaciones de accionistas”, *op. ct.*, pág. 7.

¹⁰⁷⁹ HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *op. ct.*, págs. 93 a 94.

¹⁰⁸⁰ VICENT CHULIÁ, F., “Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de votos”, *op. ct.*, págs. 1210 a 1211.

¹⁰⁸¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *op. ct.*, pág. 13.

¹⁰⁸² VICENT CHULIÁ, F., “Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de votos”, *op. ct.*, pág. 1211.

¹⁰⁸³ GALEOTE MUÑOZ, M., “Los sindicatos de voto”, *op. ct.*, págs. 316 a 322.

existiendo una gran discrecionalidad para su fijación¹⁰⁸⁴. Ya que el objetivo que se persigue mediante su uso es evitar que se produzca un empate en votos en las deliberaciones de aquellos asuntos que se puedan considerar vitales para el funcionamiento orgánico de la sociedad, será suficiente con delimitar su contenido a este tipo de casos, concretando el sentido del voto o el proceso para fijarlo. De esta forma se solucionarán fácilmente aquellos puntos conflictivos cuya entidad sea menor o insignificante, reduciendo en gran medida los temibles costes de negociación, que de otra manera podrían llegar provocar un malestar entre los socios que, poco a poco, desembocase en un enfrentamiento mayor.

Por otro lado, para obtener dicho resultado, no siempre se requerirá la unanimidad, a diferencia de lo que ocurriría con una hipotética inclusión estatutaria. Para romper el empate, bastará con que sean partes del sindicato aquellas personas que ostenten un número suficiente de participaciones para conseguir ese “50% + 1”, evitando así la necesidad del apoyo de la totalidad de los socios. Consecuentemente, esto permite una mayor privacidad del acuerdo y evitar su integración societaria a través de las prestaciones accesorias, la cual para este caso concreto no tiene por qué ser útil. Como excepción a este supuesto es necesario destacar el supuesto de sociedades formadas por dos únicos socios con el mismo número de participaciones, en las que siempre hará falta esa unanimidad y será recomendable esa mención estatutaria.

No debe olvidarse que, como todo pacto parasocial, para completar su régimen jurídico, será necesario incluir cláusulas penales que aseguren el resultado perseguido y prevengan su eventual incumplimiento. Su papel es de máxima importancia no solo porque la acción de indemnización se puede convertir en una quimera en este tipo de casos al tener que demostrar el daño concreto que se ha producido al haber votado en un sentido y no en el otro¹⁰⁸⁵, sino porque es predecible que, cuando se acuda a la tutela judicial la respuesta llegue demasiado tarde. Por ello, la medida correctora que se considera más recomendable es el otorgamiento al socio perjudicado de un derecho de opción de compra¹⁰⁸⁶ sobre las participaciones del incumplidor, de tal forma que sirva como una especie de derecho de exclusión debido al comportamiento desleal del socio.

¹⁰⁸⁴ VICENT CHULIÁ, F., “Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de votos”, *op. ct.*, págs. 1238 a 1239.

¹⁰⁸⁵ GARRIGUES, J., “Sindicatos de accionistas”, *op. ct.*, págs. 4 a 5.

¹⁰⁸⁶ PAZ-ARES, C., “Los pactos parasociales. Su eficacia”, *op. ct.*, pág. 726.

Respecto a su eficacia, es incuestionable su utilidad para resolver la parálisis de los órganos societarios, pero su función, más que romper el empate, radica en evitar que surja, asegurando el buen gobierno de la sociedad¹⁰⁸⁷. Al establecer el sentido en el que han de votar todos o alguno de los socios, se previene la aparición del bloqueo en junta general asegurando la estabilidad perseguida mediante su empleo¹⁰⁸⁸. Por ello, siempre y cuando no incumpla el contrato parasocial, el empate no debe producirse¹⁰⁸⁹. Sin embargo, aquí son predicables todos los inconvenientes del voto dirimente, e incluso se podría decir que se incrementan exponencialmente por su naturaleza parasocial¹⁰⁹⁰. Al final, si el conflicto adquiere una entidad que haga imposible la convivencia entre los socios, por más que exista este acuerdo, alguna de las partes terminará rompiéndolo o provocando que surja de otra forma, condenando a la sociedad irremediabilmente a la disolución o a la salida de alguno de miembros.

Para concluir este apartado y a modo de reflexión, cabe destacar la solución que propone el maestro GARRIGUES¹⁰⁹¹ a estos problemas. Según este autor, para convertir a todos los socios en una masa única y consecuentemente conseguir una mayoría compacta en junta general, la solución pasa por privarles de su derecho de voto y confiárselo a un tercero que actúe como “director del sindicato”. Esta medida es tan radical como eficaz, aunque en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada familiares no parece que pueda ser implementado ya que no resultará fácil convencer en una sociedad formada por dos o tres socios, que todos o la mayoría de ellos deleguen de esta forma su derecho de voto, en cuanto ellos mismos suelen formar parte de la gestión del día a día de la empresa. Además, perderá su eficacia en cuanto surja el conflicto, ya que si algo caracteriza a este mandato es su revocabilidad¹⁰⁹², que de seguro se producirá en tales circunstancias.

¹⁰⁸⁷ GALEOTE MUÑOZ, M., “Los sindicatos de voto”, *op. ct.*, págs. 316 a 318.

¹⁰⁸⁸ MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima”, *op. ct.*, pág. 357 a 359.

¹⁰⁸⁹ GARRIGUES, J., “Sindicatos de accionistas”, *op. ct.*, págs. 13 a 14.

¹⁰⁹⁰ Como bien ejemplifica el profesor JUSTE MENCÍA, “*acudiendo al más clásico ejemplo de los pactos de organización, el del llamado sindicato de voto, el accionista o socio que votara en un sentido distinto al comprometido atraería sobre sí todas las consecuencias de su incumplimiento contractual frente a los demás miembros del sindicato, pero tal comportamiento no tendría consecuencias en el plano de la impugnación de los acuerdos sociales adoptados gracias a su desviación frente a lo convenido*”. Ver en JUSTE MENCÍA, J., “Pactos parasociales e impugnación de acuerdos sociales: el acceso de las minorías al consejo”, *op. ct.*, pág. 2.

¹⁰⁹¹ GARRIGUES, J., “Sindicatos de accionistas”, *op. ct.*, págs. 5 a 6.

¹⁰⁹² MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima”, *op. ct.*, págs. 364 a 365.

III.- Cláusulas de negociación: cláusula “gin and tonic”.

Uno de los mayores defectos de la actual regulación del instituto de la disolución judicial radica en que, con el fin de dotarla de la mayor agilidad posible, se pretende facilitar su consecución ahorrando los trámites que se consideran menos útiles. Como consecuencia de ello, se ha producido (1) una excesiva judicialización del proceso de disolución, al no existir un intento de conciliación previa, (2) una ausencia de institutos a los que remitir esta tarea, que permitan aligerar la carga de trabajo judicial y (3) una laguna procesal regulatoria, principalmente en la fase de liquidación¹⁰⁹³.

De estas tres carencias, es necesario centrarse en la ausencia de un proceso de conciliación previo¹⁰⁹⁴. Aunque se pueda considerar contradictorio con la propia naturaleza del enfrentamiento irreversible entre los socios, causante de la paralización de los órganos sociales, lo cierto es que como defiende el profesor FERNÁNDEZ DEL POZO, admitida la demanda sería mucho más recomendable, otorgar a las partes una última oportunidad para remediar el conflicto en un plazo determinado y cuyo fracaso sirva para demostrar objetivamente dicho enfrentamiento, en vez de como ocurre en nuestro Derecho positivo, obligar al juez a ponderar la entidad de la crisis expuesta mediante la prueba suministrada¹⁰⁹⁵.

De esta forma, no solo se otorgaría una posibilidad de acuerdo en última instancia, que en tantas ocasiones ha favorecido el entendimiento ante la presión y la incertidumbre que genera la inmediatez de cualquier vista oral, sino que también crearía una auténtica causa objetiva de disolución que permitiría agilizar lo que debería ser en realidad un mero asunto trivial, como es la existencia indudable de hostilidad entre los socios.

¹⁰⁹³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., pág. 57.

¹⁰⁹⁴ Sobre cuestión similar se pronunció la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de octubre de 2015: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11655-consolidado.pdf>; admitiendo una cláusula estatutaria similar por la que se hacía preceptivo, antes de presentar cualquier tipo de demanda, el sometimiento del conflicto societario a su resolución en junta general extraordinaria, justificando su admisión en ser una especie de conciliación previa preceptiva.

¹⁰⁹⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., pág. 57 a 64.

Con el fin de remediar esta carencia de nuestro ordenamiento jurídico, se propone la inclusión estatutaria o parasocial de las llamadas cláusulas de negociación obligatoria y en concreto de la que, en la práctica profesional anglosajona, se conoce como cláusula “*Gin and Tonic*”¹⁰⁹⁶. Haciendo honor a su peculiar nombre, la funcionalidad de la misma puede ser explicada fácilmente con la expresión latina “*in vino veritas*” atribuida a Plinio el Viejo y cuya traducción sería “en el vino encontraréis la verdad”. Con ella se pretendía hacer patente que el vino y todo lo relacionado con él, propician la creación de un ambiente de sinceridad y favorecen la reducción de tensiones.

Precisamente este es el ánimo de esta cláusula, utilizada en el ámbito de las “*Joint Venture*” formadas por dos empresas y cuyo funcionamiento consiste en una reunión informal entre los “*chairmans*” o presidentes de ambas sociedades para que intenten solucionar entre ellos de manera amistosa lo que sus interlocutores o personas con un rango inferior no han podido¹⁰⁹⁷, quizás por su implicación directa en el origen del conflicto¹⁰⁹⁸. Se trata pues de alcanzar lo que los ingleses conocen como un “pacto entre caballeros”, mediante la creación de una situación similar a la que sucede en las reuniones informales de negocios.

Al igual que sucede con las cláusulas de voto, la eficacia de resolutoria de esta medida se centra principalmente en aquellos asuntos de menor entidad¹⁰⁹⁹, ya que no parece ser un mecanismo capaz de remediar el bloqueo al ser poco probable que lo que impulsó la aparición del conflicto vaya a ser resuelto de esta manera¹¹⁰⁰, y más en nuestro contexto societario. No obstante, su utilidad práctica es doble:

Por un lado, su objetivo, más que posibilitar alcanzar un acuerdo en esa reunión o dentro del plazo otorgado, en realidad es establecer lo que en el ámbito de las cláusulas “*shoot-out*” se conoce como “*cooling off period*” o periodo de enfriamiento. Mediante su uso lo que se pretende es ganar tiempo¹¹⁰¹, de tal forma que se evite tomar en el ámbito

¹⁰⁹⁶ SINGLETON, S., *Joint Ventures and Shareholders' Agreements*, Bloomsbury, Londres, 2013, págs. 243 a 245; COMBEN, A., *Joint Ventures and Shareholders' Agreements*. Butterworths, Londres, 2005, pág. 143. GALEOTE MUÑOZ, M., “Los sindicatos de voto”, *op. ct.*, págs. 326 a 327; FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 241.

¹⁰⁹⁷ SINGLETON, S., *Joint Ventures and Shareholders' Agreements*, *op. ct.*, pág. 243

¹⁰⁹⁸ FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, *op. ct.*, pág. 241.

¹⁰⁹⁹ GALEOTE MUÑOZ, M., “Los sindicatos de voto”, *op. ct.*, pág. 326.

¹¹⁰⁰ FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, *op. ct.*, pág. 241.

¹¹⁰¹ SINGLETON, S., *Joint Ventures and Shareholders' Agreements*, *op. ct.*, pág. 243.

empresarial las tan peligrosas “decisiones en caliente” cuyo desenlace puede ser fatal para la sociedad.

Por otro lado, su utilidad como medio de prueba. Siguiendo la argumentación ya mencionada del profesor FERNÁNDEZ DEL POZO, mediante el sometimiento a una conciliación previa o el establecimiento de un periodo de tiempo determinado para resolver el bloqueo desde que uno de los socios lo invoque, permitiría agilizar cualquier proceso posterior. En este ámbito no serviría para demostrar la existencia de una causa objetiva de disolución, sino para demostrar su existencia como requisito para poder usar cualquiera de las cláusulas anteriormente estudiadas.

Uno de los mayores problemas que ofrecen estos mecanismos reside en demostrar efectivamente la existencia del bloqueo para justificar su uso y evitar que se convierta en un instrumento expropiatorio arbitrario para alguno de los socios, pero si se incluyese, fácilmente se podría demostrar en base al fracaso de dicha negociación. Gracias a esta doble utilidad, más que como un mecanismo de resolución del “*deadlock*”, las cláusulas de negociación deben ser consideradas como pasos previos que deben incluirse, ya sea de forma general como cláusula autónoma o de manera específica para casos concretos, para completar la eficacia de otras instituciones¹¹⁰². Se trata de crear los llamados procedimientos escala, de tal forma que antes de proceder a la disolución se van ejecutando distintas medidas con el fin de evitar la más radical o la más desfavorable para los intereses sociales¹¹⁰³.

Combinándola por ejemplo con la cláusula ruleta rusa, serviría como un auténtico “*cooling off period*”, en el que, en vez de simplemente dejar que pase el tiempo establecido antes de poder realizar la oferta, se obligue a las partes a reunirse y hacer un esfuerzo para intentar solucionar el conflicto en aras de evitar la peligrosidad del mecanismo “*shoot-out*”¹¹⁰⁴. Además, daría seguridad jurídica a esta institución, ya que serviría como causa objetiva que justificase la utilización del sistema de compraventa forzosa, lo que prevendría de futuras reclamaciones por la ausencia precisamente de ese requisito tan costoso de demostrar.

¹¹⁰² SINGLETON, S., *Joint Ventures and Shareholders' Agreements*, op. ct., pág. 245.

¹¹⁰³ GALEOTE MUÑOZ, M., “Los sindicatos de voto”, op. ct., pág. 328.

¹¹⁰⁴ SINGLETON, S., *Joint Ventures and Shareholders' Agreements*, op. ct., pág. 245.

Para acabar este apartado, el principal inconveniente de esta figura es el mantenimiento prolongado del bloqueo mientras se produce la negociación. Para evitar este vacío de poder que impedirá en la mayoría de ocasiones la adopción de aquellas decisiones básicas, la solución más recomendable es el nombramiento de un administrador interino o provisional que se ocupe de la gestión ordinaria de la sociedad¹¹⁰⁵. Esta fórmula es de suma importancia ya que, debido a las dificultades que existirán en esta fase y que en ocasiones provocará que las negociaciones se mantengan más allá de los plazos prefijados, la sociedad deberá seguir con sus actividades empresariales típicas si no quiere volverse inoperante; es decir atendiendo pedidos, pagando salarios a sus trabajadores, concertando encargos a sus proveedores etc. Sin embargo, el enfrentamiento existente provocará que difícilmente se puedan tomar esas decisiones, en cuanto el órgano de administración estará formado por los mismos socios que se encuentran negociando. Además, sería posible utilizar esta posición por parte de aquel socio que realmente no tenga un interés en la sociedad para coaccionar al otro en las negociaciones y obtener así un resultado ventajoso a costa de la misma empresa.

Por este motivo el nombramiento de este tercero cumplirá una tarea fundamental, ya que permitirá que ambas situaciones (la negociación y la gestión ordinaria) se produzcan sin que se vean influidas por la otra o puedan utilizarse de mala fe. Por otro lado, no se puede olvidar que, si se pretende nombrar a un tercero, tanto esta posibilidad como el procedimiento para su selección debe incluirse de manera “*ex ante*” en la misma cláusula, pues de otra forma nunca se logrará, al producirse alrededor de dicha situación un nuevo conflicto y empate¹¹⁰⁶.

IV.- Mediación.

Si antes destacábamos el problema que puede suponer la inexistencia de una conciliación previa antes de proceder a la disolución judicial, en este punto es necesario destacar la posibilidad de acudir a otro tipo de instituciones distintas de las judiciales y en concreto a las de resolución extrajudicial de conflictos¹¹⁰⁷ para solucionar el bloqueo

¹¹⁰⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma, op. ct.*, págs. 58 a 59.

¹¹⁰⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma, op. ct.*, pág. 58 a 59.

¹¹⁰⁷ HERNANDO CEBRIÁ, L., “Mediación en el ámbito del derecho de sociedades”, en BOLDÓ RODA, C. y ANDREU MARTÍ, M., *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1 a 2

societario. En efecto, más allá de la novedosa regulación en materia de jurisdicción voluntaria sobre la posibilidad de verter por estos cauces la disolución, lo cierto es que existen numerosas instituciones jurídicas que son capaces de aligerar la más que frecuente excesiva carga de trabajo que suelen soportar nuestros tribunales en el ámbito mercantil¹¹⁰⁸. Bajo esta premisa, en este apartado se quiere destacar la institución de la mediación, cuya regulación tiene principalmente como doble objetivo la reducción de costes tanto temporales como económicos, al evitar acudir a los órganos jurisdiccionales¹¹⁰⁹.

Esta institución es un mecanismo de negociación para proceder a la solución de controversias con la particularidad de la intervención de la figura del mediador (Artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles). Gracias a esta definición se pueden extraer las dos principales características que la distinguen de otros sistemas de negociación, a saber, su naturaleza institucional y la figura del mediador.

Este primer aspecto deriva del carácter reglado de la institución por Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que la desarrolla. Ambas normas establecen el régimen jurídico al que se somete esta figura, creando un estatuto jurídico del mediador, los principios por los que se debe regir y las normas de procedimiento y técnica que debe seguir, de tal forma que no existe libertad en cuanto a su configuración o sobre las personas que pueden asumir la posición del mediador¹¹¹⁰.

Respecto a la figura del mediador, se puede decir que esta institución consiste en una fórmula de “autocomposición inducida”¹¹¹¹, ya que se acude a un tercero, no para que resuelva el problema a título de juez o arbitro, sino como instrumento de acercamiento entre las partes, de tal forma que son los socios quienes resuelven el conflicto¹¹¹². Por

¹¹⁰⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal* (núm. 31/2013), Civitas, Madrid, 2013, págs. 1 a 2; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., pág. 57 a 64.

¹¹⁰⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, op. ct., págs. 13 a 17.

¹¹¹⁰ EMBID IRUJO, J., “Mediación y Derecho Mercantil”, en BOLDÓ RODA, C. y ANDREU MARTÍ, M., *La mediación en asuntos mercantiles*. Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 4 a 5.

¹¹¹¹ EMBID IRUJO, J., “Mediación y Derecho Mercantil”, op. ct., págs. 4 a 5; HERNANDO CEBRIÁ, L., “Mediación en el ámbito del derecho de sociedades”, op. ct., pág. 2.

¹¹¹² GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, op. ct., págs. 3 a 4.

tanto, y a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de fórmulas como las reuniones informales de la cláusula “*Gin and tonic*”, la mediación se caracteriza por la existencia de un conflicto de mayor entidad, por el que las partes solicitan la intervención de un tercero para que les ayude a lograr un acuerdo, conscientes de las grandes diferencias que existen entre ellos. Sin embargo, aquí radica la gran diferencia y el motivo por el que se acude a esta figura, ya que el mediador no es un simple tercero, sino una persona especializada en dirigir este tipo de negociaciones para que acaben en éxito y que recibe una formación específica en esta materia (Artículo 6 y 7 del Real Decreto 980/2013) tales como ética de la negociación, técnica para la resolución de controversias o de asesoramiento de las partes¹¹¹³.

De estas características, se pueden extraer dos de los grandes principios por los que se rige la institución de la mediación: el de voluntariedad y el de colaboración¹¹¹⁴. La decisión de acudir a la mediación debe nacer de ambas partes, ya que de nada sirve imponerla a sabiendas de que ningún acuerdo es posible. Por otro lado, ambos bandos deben estar dispuestos a alcanzar un acuerdo y dirigir la negociación en tal sentido, ya que escaso sentido tendría acudir libremente a la negociación para luego solo poner obstáculos de manera sistemática para evitar alcanzar el acuerdo. Por este motivo, el artículo 6.2 de la Ley 5/2012, dice “*intentar el procedimiento pactado de buena fe*”, del que se extrae una responsabilidad por “*culpa in contrahendo*” a cualquiera de los socios que hayan incurrido en las actitudes descritas o en similares con un afán dilatorio u obstructivo¹¹¹⁵.

Sobre la articulación concreta de la cláusula, la doctrina mayoritaria reconoce la admisibilidad de esta figura tanto en lo estatutos como a través de un parasocial, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad¹¹¹⁶. Además, la Dirección General de los Registros y del Notariado ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en su

¹¹¹³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, *op. ct.*, págs. 19 a 21; HERNANDO CEBRIÁ, L., “Mediación en el ámbito del derecho de sociedades”, *op. ct.*, pág. 8.

¹¹¹⁴ HERNANDO CEBRIÁ, L., “Mediación en el ámbito del derecho de sociedades”, *op. ct.*, pág. 2.

¹¹¹⁵ HERNANDO CEBRIÁ, L., “Mediación en el ámbito del derecho de sociedades”, *op. ct.*, págs. 5 a 6.

¹¹¹⁶ EMBID IRUJO, J., “Mediación y Derecho Mercantil”, *op. ct.*, págs. 5 a 8; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, *op. ct.*, pág. 36; DÍAZ GÓMEZ, M., y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *op. ct.*, págs. 107 a 109; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Protocolo Familiar: un instrumento autoregulator de las relaciones sociales”, *op. ct.*, págs. 89 a 90.

resolución de fecha 25 de junio de 2013¹¹¹⁷, admitiendo esta figura en el ámbito del derecho de sociedades, zanjando las dudas al respecto¹¹¹⁸.

Sin embargo, es necesario cuestionar su aplicación práctica, debido al carácter voluntario de esta institución. Como ya se ha manifestado, si algo caracteriza a la mediación es que las propias partes son las que deciden voluntariamente someterse a ella y negociar de buena fe. Por este motivo, no resulta del todo práctico una cláusula que establezca la obligación de acudir a la mediación para la resolución de los conflictos societarios, antes de acudir a cualquier proceso judicial, cuando ambas partes son conscientes de que ningún acuerdo es posible, lo que incluso podría ir en contra de su propio régimen jurídico. Aunque este argumento puede ser salvado con la clásica teoría (utilizada para defender la licitud de las transmisiones forzosas estudiadas), de que en el momento en el que se pactó voluntariamente acudir a ella, quedaron obligadas a actuar conforme las reglas de esta institución y a intentar activamente un acuerdo, lo cierto es que el principio de voluntariedad que consagra su propia normativa hace que surjan dudas sobre su eficacia concreta dentro del contexto societario de la disolución de la sociedad por bloqueo de sus órganos sociales.

No obstante, en vista de la admisión mayoritariamente unánime de la misma, debemos analizarla. A través de su inclusión, se establece la sumisión al régimen jurídico de la mediación, de tal forma que lo más relevante es el establecimiento de la obligación de llevar a cabo una auténtica negociación, aunque el resultado previsiblemente vaya a ser infructuoso. Esto significa que los socios no solo quedan obligados a negociar de buena fe, sino también a intentar activamente llegar un acuerdo, aunque las posturas sean en definitiva irreconciliables. De no ser así, podrían incurrir en la ya mencionada responsabilidad por “*culpa in contrahendo*”¹¹¹⁹, abriendo un nuevo cauce para ampliar la distancia entre ambas posturas ante la más que previsible demanda que se cursaría como

¹¹¹⁷ Resolución de 25 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: <https://www.boe.es/boe/dias/2013/07/26/pdfs/BOE-A-2013-8163.pdf>. Siguiendo la doctrina señalada cabe destacar que algunos autores afirman que al permitir el artículo 178.2.c del Reglamento del Registro Mercantil la introducción de una cláusula de arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias societarias, es extensible esta admisión a otras fórmulas como la mediación. Ver en HERNANDO CEBRIÁ, L., “Mediación en el ámbito del derecho de sociedades”, *op. ct.*, pág. 9.

¹¹¹⁸ PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitraje Estatutario”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pág. 769. <http://hdl.handle.net/10016/21044>.

¹¹¹⁹ HERNANDO CEBRIÁ, L., “Mediación en el ámbito del derecho de sociedades”, *op. ct.*, págs. 5 a 6.

consecuencia de la ruptura de la “*affectio societatis*” y la inestabilidad social en la que se vería envuelta la sociedad.

Por otro lado, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la resolución antes citada, ya tuvo ocasión de manifestarse sobre la importación de la concreción del contenido de la cláusula, y en concreto su redacción en términos generales o específicos. En este trabajo, más allá del sometimiento de cualquier controversia societaria a un proceso de mediación (lo que excede del contenido de este trabajo), se propone el establecimiento, como objeto de la cláusula, de la obligatoriedad de someterse a esta institución ante la incapacidad concreta de aprobar acuerdos, ya sea como consecuencia de un empate, por no poder convocar o celebrar junta que lo adopte, o cualquier otra circunstancia que provoque la situación de parálisis¹¹²⁰. Concretamente, una vez celebrada la junta donde se haya producido el conflicto o después de intentar convocarla o celebrarla, los socios quedarían obligados a someterse a la mediación inmediatamente después de que alguno de ellos lo solicite para buscar una forma de solucionarlo, invocando para ello el deber de lealtad y de promoción del interés social al que están sujetos los miembros de la sociedad¹¹²¹.

Cuestión distinta sería la de someter a mediación la salida de alguno de los socios como consecuencia de la aparición de “*deadlock*”. En este tipo de casos, se trataría de combinarla con las cláusulas “*shoot-out*” para incluir una fase de mediación similar al “*cooling off period*”, no para discutir si existe o no el bloqueo que motiva su activación, sino para intentar obtener una solución amistosa antes usar un mecanismo más radical¹¹²². De esta forma, una vez asumida que una de las partes va a separarse de la sociedad, se podría obtener un acuerdo que satisfaga en mayor medida todos los intereses en juego, incluido el de la sociedad, ante la incertidumbre en cuanto al resultado que lleva aparejada un proceso como el de la ruleta rusa.

Lo cierto es que, en la práctica profesional, se ha mostrado como un método de resolución de controversias bastante eficaz en aquellos conflictos de menor entidad¹¹²³. No obstante, una cláusula en tales términos al final se mostrará como un mero trámite dilatorio del proceso de disolución en aquellos casos en los que la relación esté

¹¹²⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., pág. 229 a 233.

¹¹²¹ HERNANDO CEBRIÁ, L., “Mediación en el ámbito del derecho de sociedades”, op. ct., págs. 5 a 10.

¹¹²² HEWITT, I., HOWLEY, S. Y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, op. ct., págs. 240 a 252

¹¹²³ EMBID IRUJO, J., “Mediación y Derecho Mercantil”, op. ct., pág. 5.

sumamente deteriorada. En este tipo de situaciones, la única eficacia que podría tener el instituto de la mediación es la de confirmación de la paralización de los órganos societarios, en unos términos similares a los expuestos en el apartado anterior de las cláusulas de negociación. De esta forma, se puede concluir que la mediación servirá como termómetro capaz de medir la “*temperatura empresarial*”¹¹²⁴, comprobando la consolidación y seguridad de su estructura orgánica.

V.- Arbitraje.

Junto a la mediación, la segunda institución que se propone para solucionar las controversias relativas a la paralización de los órganos sociales y aligerar la carga de trabajo de los tribunales es el arbitraje. El origen de esta tradicional institución se remonta al Derecho Romano, en el que las partes en vez de someter la controversia a la autoridad competente para su resolución, decidían atribuir la competencia a un tercero (“*arbiter*”)¹¹²⁵. En la actualidad regulada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, por su notoriedad se ha convertido en una alternativa real a los tribunales para la resolución de controversias en el ámbito de las sociedades de capital cerradas, no solo por el ahorro en costes económicos y temporales que supone, sino también por la posibilidad de elegir en qué se debe amparar el árbitro para decidir (Arbitraje de derecho o de Equidad)¹¹²⁶.

En el derecho mercantil español existe una gran tradición en torno al uso del arbitraje como medio eficaz de resolución de conflictos entre los socios¹¹²⁷. Conocido

¹¹²⁴ EMBID IRUJO, J., “Mediación y Derecho Mercantil”, *op. ct.*, pág. 2.

¹¹²⁵ MERINO MERCHÁN, J., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, en *Revista jurídica de Castilla y León* (núm. 29/2013), Junta de Castilla y León, Valladolid, 2013, págs. 7 a 8. <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1284253339728/Redaccion>

¹¹²⁶ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 381 a 384.

¹¹²⁷ VICENT CHULIÁ, F., “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales”, en *Revista General de Derecho* (núm. 603/1994), Revista General de Derecho, Valencia, 1994, págs. 9357 a 9358; BOTANA AGRA, M., “Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades Anónimas”, *op. ct.*, págs. 9 a 11; MERINO MERCHÁN, J., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, *op. ct.*, págs. 7 a 15. <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1284253339728/Redaccion>

como arbitraje estatutario o intrasocietario¹¹²⁸, su uso se remonta hasta las Ordenanzas de Bilbao de 1732 y el Código de Comercio de 1829, en las que se establecía como cauce “obligatorio”¹¹²⁹. Desde entonces siempre se ha mantenido como un medio ideal para dirimir controversias, pero no es hasta hace relativamente poco tiempo que las dudas en torno a su licitud estatutaria se han resuelto.

En España siempre había existido una mayoría doctrinal y jurisprudencial que se había posicionado en contra debido a la obligatoriedad de acudir a los órganos judiciales para resolver la impugnación de acuerdos sociales que establecían las mismas leyes de sociedades, así como su no vinculación a los socios que no fuesen fundadores¹¹³⁰. Esta situación empezó a cambiar a raíz de la superación de estos criterios por parte del Tribunal Supremo¹¹³¹ y la Dirección General de los Registros y del Notariado¹¹³² en el año 1998, pronunciándose en favor del arbitraje moderno¹¹³³. Desde entonces, y más allá de la mencionada Ley de arbitraje del 2003, se promulgaron distintas normas en las que se preveía expresamente la posibilidad de acudir al arbitraje de manera estatutaria tales como la Orden JUS/1445/2003, 4 de junio, por la que se aprueban los estatutos orientativos de la sociedad limitada nueva empresa; Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; o el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se

¹¹²⁸ Cabe destacar que en torno a la denominación de este tipo de arbitraje siempre han existido controversias por parte de la doctrina que ha optado por una u otra terminología. En este sentido es necesario destacar que la propia Ley de Arbitraje ha optado por la denominación “estatutario”. Sobre esta cuestión, ver en GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *op. ct.*, págs. 1 a 2; ARROYO MARTÍNEZ, I., “El arbitraje en el derecho societario español”, en *Anuario de Derecho Marítimo* (núm. 34/2017), Alferal, Barcelona, 2017, pág. 311; MERINO MERCHÁN, J., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, *op. ct.*, pág. 1. <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1284253339728/Redaccion>

¹¹²⁹ BOTANA AGRA, M., “Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades Anónimas”, *op. ct.*, págs. 9 a 10.

¹¹³⁰ ARROYO MARTÍNEZ, I., “El arbitraje en el derecho societario español”, *op. ct.*, págs. 310 a 311. Sobre esta cuestión es necesario destacar la magnífica obra del profesor Muñoz Planas quien realiza un análisis sobre su licitud, identificando todos los problemas concretos. Ver en MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 402 a 495.

¹¹³¹ STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 355/1998, de 18 de abril de 1998. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6c9219aeca9277b6/20031203>

¹¹³² Resolución de 19 de febrero de 1998 de la Dirección General de los Registros y del Notariado: <https://www.boe.es/boe/dias/1998/03/12/pdfs/A08670a08673.pdf>

¹¹³³ VICENT CHULIÁ, F., “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales”, *op. ct.*, págs. 9355 a 9357; PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitraje Estatutario”, *op. ct.*, págs. 766 a 767. <http://hdl.handle.net/10016/21044>.

regula la publicidad de los protocolos familiares y por el que se modificó el Reglamento del Registro Mercantil para que expresamente se admitiese su incorporación¹¹³⁴. Finalmente, la consecución de este cambio doctrinal se produjo con la entrada en vigor de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado; y Real Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital. Gracias a estas últimas normas, ya nadie duda de la validez del arbitraje estatutario al regularse expresamente esta posibilidad (Artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje), zanjando así cualquier debate¹¹³⁵.

Antes de comenzar a analizar esta institución, es necesario primero diferenciarla de otras figuras afines como son la mediación, el tercero arbitrador o el experto independiente¹¹³⁶ que han sido objeto de estudio en este trabajo y cuya confusión puede generar controversia.

Respecto a la mediación, la distinción es sencilla. Esta institución recurre a un método “autocompositivo” para resolver los problemas, por lo que son los socios quienes llegan a un acuerdo. El objetivo no es que un tercero dictamine quien lleva razón, sino que el mediador ayude a que las partes colaboren para alcanzar una solución amistosa. Por otro lado, el arbitraje es un método totalmente distinto por su naturaleza “heterocompositiva”, lo que significa que es el propio árbitro quien impone coercitivamente la solución a la controversia planteada, sustituyendo a la figura del juez y estableciendo quién tiene razón¹¹³⁷.

Respecto al tercero arbitrador o el experto independiente, aunque sean figuras bastante afines, existen diferencias sustanciales entre ambas. La principal reside en la función del árbitro. Como hemos dicho anteriormente, el árbitro sustituye a la figura del juez, mientras que, en los dos anteriores casos, estas figuras sustituyen a las partes¹¹³⁸.

¹¹³⁴ OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Arbitraje intraestatutario. Su reconocimiento legal”, en MASSAGUER FUENTES, J., ALONSO ESPINOSA, F., CUÑAT EDO, V., GALLEGU SÁNCHEZ E. y PETIT LAVALL, M., *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1 a 2.

¹¹³⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I., “El arbitraje en el derecho societario español”, *op. ct.*, págs. 307 a 309.

¹¹³⁶ GALLEGU SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *op. ct.*, págs. 2 a 9.

¹¹³⁷ GALLEGU SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, *op. ct.*, págs. 3 a 4.

¹¹³⁸ GALLEGU SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *op. ct.*, págs. 2 a 4.

Esto significa que sus funciones no son las de decidir sobre una cuestión litigiosa, sino integrar la relación jurídica de los socios mediante su arbitrio¹¹³⁹, por ejemplo, por existir un empate en votos en junta. Al final, para considerar una determinada actuación como arbitraje, el objeto sobre el que debe versar el procedimiento también debe poder dirimirse por los tribunales. Tal y como expone la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la resolución de 27 de abril de 1989, citada anteriormente, “*no hay en los empates, todavía, contienda o conflicto litigioso ni pretensiones merecedoras de tutela judicial y no procede, por tanto, la intervención de la jurisdicción ni, tampoco, la aplicación de la institución del arbitraje*”. Por este motivo, estas dos figuras se aproximan más a la establecida por el artículo 1447 del Código Civil que a la que regula la Ley de Arbitraje¹¹⁴⁰.

Una vez realizadas estas precisiones, los requisitos para poder articular una cláusula de arbitraje estatutario se pueden distinguir en los de forma y los de fondo. En cuanto a los requisitos de forma, para que el arbitraje sea válido, debe ser obligatorio. Esto tiene dos vertientes: Cuando se dice que es obligatorio, en un plano subjetivo se quiere decir que debe vincular a todos los socios, ya sean presentes o futuros, así como a los administradores o liquidadores e incluso a la propia sociedad, de tal forma que puedan compelerse recíprocamente a su sometimiento¹¹⁴¹. Durante el tiempo que estuvo en vigor la anterior Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, se cuestionaba la eficacia de una cláusula de arbitraje, en cuanto se exigía que estuviese firmada expresamente por las partes para que tuviese poder vinculante¹¹⁴². Como consecuencia de ello, siempre se negaba tal vinculación a los socios no fundadores en cuanto ellos no fueron parte de la escritura de constitución. Esta argumentación finalmente se superó gracias a la propia configuración de las participaciones, ya que la adquisición de la condición de socio como consecuencia de su transmisión, supone a su vez una suscripción tácita de los estatutos de

¹¹³⁹ PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitraje Estatutario”, *op. ct.*, pág. 769. <http://hdl.handle.net/10016/21044>.

¹¹⁴⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *op. ct.*, págs. 2 a 4.

¹¹⁴¹ POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, en *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona* (núm. 4/1992), Bosch, Barcelona, 1992, págs. 75 a 81.

¹¹⁴² MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 414 a 421; POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 75 a 76.

la sociedad¹¹⁴³, como consecuencia del principio de publicidad registral¹¹⁴⁴. Al final, si se quiere defender la validez y eficacia de esta cláusula estatutaria, no se puede pretender que afecta a unos socios y a otros no¹¹⁴⁵.

Por otro lado, desde el ámbito procesal, no debe entenderse como una alternativa a los tribunales jurisdiccionales, sino como una exclusión de la competencia de esta vía, estableciendo el arbitraje como el único cauce para resolver las controversias societarias¹¹⁴⁶. De esta forma, en caso de que se obvie esta institución y se acuda a los juzgados, siempre se podrá presentar una declinatoria para cuestionar su competencia¹¹⁴⁷.

En cuanto a los requisitos de fondo o el ámbito objetivo de norma (2), existe una gran dificultad en determinar qué cuestiones pueden ser sometidas a arbitraje, al no existir ni una excesiva casuística ni tampoco una delimitación expresa debido a su complejidad intrínseca¹¹⁴⁸. Por este motivo, la cuestión debe residir principalmente en torno a los requisitos que debe cumplir el objeto litigioso. Conviene advertir que, como ya se ha expuesto anteriormente, la función del árbitro es la de sustituir al juez, pero esto no significa que el único requisito que debe cumplir el conflicto es que pueda ser resuelto por los tribunales. Como bien explicaba la profesora GALLEGO SÁNCHEZ, es necesario “*que recaiga sobre un objeto arbitrable, una controversia jurídica, “res dubia” o conflicto de intereses con trascendencia jurídica, sobre la que las partes tengan poder de disposición*”¹¹⁴⁹. Por lo tanto, no solo debe ser un asunto que pueda ser dirimido por

¹¹⁴³ Sobre este aspecto, es necesario destacar la argumentación realizada por el profesor Polo Sánchez, según el cual, la justificación de esa obligación no reside en la suscripción de dicho acuerdo, sino en la voluntad de la sociedad de resolver las controversias de esa forma y plasmada en los estatutos sociales, siendo este el motivo por el que también vincula a los administradores. POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 75 a 77.

¹¹⁴⁴ ARROYO MARTÍNEZ, I., “El arbitraje en el derecho societario español”, *op. ct.*, pág. 314.

¹¹⁴⁵ VICENT CHULIÁ, F., “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales”, *op. ct.*, pág. 9370.

¹¹⁴⁶ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 402 a 412.

¹¹⁴⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *op. ct.*, pág. 17 a 18.

¹¹⁴⁸ POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, *op. ct.*, pág. 81.

¹¹⁴⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *op. ct.*, pág. 37.

los tribunales, sino que también es necesario no tengan competencia exclusiva para su resolución.

Hasta que se produjo la reforma en materia de arbitraje, una de las cuestiones doctrinales y jurisprudenciales más controvertidas consistía en si realmente los conflictos societarios eran disponibles por los socios¹¹⁵⁰. Esto se debía a que tanto la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, establecían como cauce “indisponible” para resolver las controversias en materia de impugnación de acuerdos sociales, un procedimiento específico¹¹⁵¹. Como consecuencia, desde esa época se vino rechazando tal posibilidad. Esta excesiva rigidez normativa fue criticada por parte de algunos autores como MUÑOZ PLANAS, POLO SÁNCHEZ o VICENT CHULIÁ¹¹⁵², hasta que tras la promulgación de las nuevas leyes de sociedades anónimas y responsabilidad limitada de 1989 y 1995, respectivamente, y finalmente con los pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo¹¹⁵³ como de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹¹⁵⁴, cambió definitivamente el criterio instaurado. Estos se basaban principalmente en que no existía artículo en la Ley Orgánica del Poder judicial o en las leyes de sociedades citadas que atribuyese de manera exclusiva tal competencia, sin que fuese posible seguir manteniendo el criterio tradicional.¹¹⁵⁵

¹¹⁵⁰ En este sentido cabe destacar las siguientes sentencias, entre otras: STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 591/1956, de 15 de octubre de 1956. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1234f10b7e85efed/19560101>; STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 271/1970, de 21 de mayo de 1970. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/113b3baa5e3cd342/19700101>; STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 468/1971, de 15 de octubre de 1971. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/acfb01345e5d7b88/19710101>.

¹¹⁵¹ BOTANA AGRA, M., “Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades Anónimas”, *op. ct.*, pág. 13.

¹¹⁵² MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 381 a 495; POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, *op. ct.*, pág. 67 a 100; VICENT CHULIÁ, F., “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales”, *op. ct.*, págs. 9353 a 9371.

¹¹⁵³ STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 335/1998, de 18 de abril de 1998. CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6c9219aeca9277b6/20031203>.

¹¹⁵⁴ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de febrero de 1998: <https://boe.es/boe/dias/1998/03/12/pdfs/A08670-08673.pdf>; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de mayo de 2005: <https://boe.es/boe/dias/2005/07/06/pdfs/A23931-23935.pdf>.

¹¹⁵⁵ VICENT CHULIÁ, F., “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales”, *op. ct.*, págs. 9368 a 9371.

Admitida finalmente la disponibilidad tanto de la nulidad de la sociedad como de la impugnación de acuerdos sociales, la relevancia práctica del requisito de disposición de las partes en el ámbito de las sociedades cerradas, pequeñas y medianas, ha quedado reducida sustancialmente. Además, ni siquiera en la propia Ley de Arbitraje se ha querido excluir expresamente tipos de conflictos societarios concretos¹¹⁵⁶. Por todo ello, basta con recordar que el límite general de la autonomía de la voluntad para articular el arbitraje estatutario es el orden público, así como leyes que dispongan expresamente la indisponibilidad de la materia¹¹⁵⁷.

Centrándonos ya en la trascendencia jurídica del conflicto, en vez de analizar esta cuestión de manera general, se va a proceder a comprobar si realmente cumplen este requisito aquellas materias relevantes para el contexto societario expuesto en este trabajo. En concreto se van a analizar la posibilidad de resolver empate, la aplicación en las cláusulas propuestas y el proceso de disolución y liquidación. Comenzado con el empate en votos a la hora de adoptar acuerdos, a la vista de la resolución anteriormente citada en, de 27 de abril de 1989, de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹¹⁵⁸, no existe duda en cuanto a la inexistencia de relevancia jurídica. Como bien dice, la votación ocurre en el contexto de la formación de la voluntad social, de tal forma que no hay controversia jurídica en los empates. Al final todas aquellas materias que consistan en conflictos sujetos a las propias reglas de competencia y orgánica de la sociedad, no pueden ser objeto de un proceso arbitral¹¹⁵⁹. Sostener lo contrario supondría una vulneración del orden público, ya que se estaría otorgando a los árbitros competencias más amplias que las atribuidas a los jueces y los tribunales por el artículo 117.4 de la Constitución Española¹¹⁶⁰. Cuestión distinta sería dirimir las consecuencias de los empates por el proceso arbitral¹¹⁶¹. Se está haciendo referencia a exigir responsabilidad por este cauce como consecuencia de haber provocado la situación de bloqueo en vulneración del interés social o por la existencia de un conflicto de interés. En este caso, no habría inconvenientes para acudir al arbitraje.

¹¹⁵⁶ OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Arbitraje intraestatutario. Su reconocimiento legal”, *op. ct.*, pág. 7.

¹¹⁵⁷ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 433 a 436.

¹¹⁵⁸ Resolución de 27 de abril de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado: <https://www.boe.es/boe/dias/1989/05/29/pdfs/A15963 a 15964.pdf>.

¹¹⁵⁹ POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 82 a 83.

¹¹⁶⁰ POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 87 a 88.

¹¹⁶¹ POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 87 a 88.

En relación con la aplicación en las cláusulas alternativas a la disolución, con el fin de integrar la aplicación de las cláusulas propuestas en el capítulo 2, una forma de agilizar el proceso es someter las controversias jurídicas en torno a su aplicación a la institución del arbitraje. En este sentido, recurrir a la institución del arbitraje supone el uso de una técnica cuyas características propician a la conservación de la empresa en situaciones de crisis¹¹⁶². Como ya hemos expuesto, debido a la situación de confrontación total entre los socios, las partes siempre buscarán cualquier resquicio para impugnar el proceso de salida del socio con el único fin de dilatarlo. Con el fin de agilizarlo y ahorrar costes, es posible derivar su resolución a un árbitro. La transcendencia jurídica de estas controversias es evidente, ya que, al formar parte del contrato, siempre se puede justificar en el control e interpretación de los estatutos como objeto del arbitraje¹¹⁶³.

Por otro lado, entre todas las cláusulas propuestas, es necesario examinar las particularidades de la institución de la exclusión del socio. En concreto se está haciendo referencia a si es posible atribuir al árbitro, la labor del juez de confirmación de la exclusión del socio que ostente un número de participaciones igual o superior al 25% de las totales. En este sentido, el profesor MUÑOZ PLANAS, en relación con sociedades formadas por dos únicos socios, explicaba que no debe existir inconveniente alguno para otorgar esta competencia al arbitraje, ya que el motivo para esa revisión judicial es evitar que se produzca una exclusión de manera arbitraria, siendo una labor que pueden realizar ambas instituciones¹¹⁶⁴.

Por último, respecto a la disolución y liquidación de la sociedad, en esta ocasión, en vez de buscar una alternativa a la disolución, se pretende proponer la posibilidad de su sometimiento al arbitraje, con el fin de aligerar el proceso de disolución. La declaración de disolución por laudo arbitral está plenamente aceptada por nuestra jurisprudencia¹¹⁶⁵,

¹¹⁶² ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., *Efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral. A propósito de la Ley 22/2011, de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de diciembre de arbitraje y de regulación de arbitraje institucional en la Administración General del Estado*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2011, págs. 47 a 48.

¹¹⁶³ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 441 a 444.

¹¹⁶⁴ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 474 a 477.

¹¹⁶⁵ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 483 a 494; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *op. ct.*, pág. 14 y 50; ARROYO MARTÍNEZ, I., “El arbitraje en el derecho societario español”, *op. ct.*,

la cual se ha pronunciado en diversas ocasiones en torno a su licitud¹¹⁶⁶. En atención al contexto de la paralización de los órganos sociales, una de las conveniencias de este método reside en que, el árbitro, en esa función sustitutiva del juez, tiene competencias para el nombramiento de los liquidadores, de tal forma que puede optar por el nombramiento de un tercero imparcial en vez de la conversión automática de los administradores¹¹⁶⁷. Por otro lado, una vez abierta la fase liquidatoria, lo normal es que sigan surgiendo desavenencias entre los socios, de tal forma que se puede seguir encomendando al árbitro su resolución o incluso nombrarle liquidador directamente, compaginando ambas funciones¹¹⁶⁸.

Una vez discutidos los requisitos del arbitraje estatutario, para articular la concreta cláusula, existen distintas alternativas, siendo las más importantes a considerar las siguientes:

- Lugar de incorporación: Estatutos sociales o pactos parasociales. La primera cuestión que se debe decidir en torno a cualquier cláusula es el instrumento concreto que se va a utilizar para introducirla, es decir, los estatutos sociales o los pactos parasociales. Sobre este punto se debe indicar que no existe inconveniente en incluir este pacto en uno u otro¹¹⁶⁹, o incluso en ambos, pero hay que tener en cuenta que debe existir coherencia en su articulación. El arbitraje estatutario establece la resolución de controversias en torno a un contrato, como parte accesorio del mismo¹¹⁷⁰, obligando a todos los firmantes. Por ello, si se opta por lo parasocial, difícilmente se logrará la eficacia pretendida, en cuanto no vinculará a la misma sociedad. Sin embargo, esto no quiere decir que el pacto parasocial no sea válido, ya que siempre se podrá invocar frente a los socios firmantes de

págs. 317 a 319; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 197 a 207.

¹¹⁶⁶ En torno a esta doctrina cabe destacar las siguientes sentencias: STS, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 1972 (E.R.); STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 805/1985, de 20 de diciembre de 1985. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6c9219aeca9277b6/20031203>; STS Sala de lo Civil, Secc.1º, núm. 1139/2001, de 30 de noviembre de 2001. CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9fa8b139a18bfb56/20030808>.

¹¹⁶⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 206 a 207.

¹¹⁶⁸ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, op. ct., págs. 492 a 494

¹¹⁶⁹ VICENT CHULIÁ, F., “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales”, op. ct., pág. 9357.

¹¹⁷⁰ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, op. ct., págs. 402 a 412.

dicho acuerdo. Cuestión distinta es, a efectos de las cláusulas alternativas propuestas, que estas se hubiesen incluido únicamente de manera extraestatutaria. En este caso, si se quiere que el arbitraje resuelva las controversias que surjan de su aplicación, debe incluirse necesariamente una cláusula arbitral en dichos acuerdos que establezcan esta posibilidad, más allá de una cláusula general para resolver cualquier controversia estatutaria.

- Designación del árbitro: Arbitraje “*ad hoc*” o “institucional”. El árbitro puede ser designado por las partes o requerirse a una institución para que lo designe. En el ámbito del derecho de sociedades, ambas opciones son posibles, pero hay que advertir que en materia de impugnación de acuerdos sociales, únicamente está permitida la designación institucional (Artículo 11.bis.3 de la Ley de Arbitraje)¹¹⁷¹. Uno de los motivos de esta excepción reside en evitar que se vulnere el principio de igualdad en el nombramiento de árbitros (Artículo 15.2 de la Ley de Arbitraje) mediante la selección del administrador de la sociedad, cuya independencia puede quedar en entredicho¹¹⁷².

- Tipo de arbitraje: De equidad o de derecho. El arbitraje se puede basar en derecho o equidad (Artículo 34 de la Ley de Arbitraje). Esto significa que, a diferencia de lo que ocurre en los tribunales, las partes pueden pactar que se resuelva la controversia en virtud “*del leal saber y entender de los árbitros*”, en vez de las normas legales de aplicación, pero sin obviar el contrato del que deriva¹¹⁷³. Mención aparte requiere el establecimiento de un arbitraje de equidad para resolver las impugnaciones de acuerdos sociales. Aunque el proyecto inicial de la mencionada Ley 11/2011 establecía tal prohibición, al final se decidió suprimir tal apartado¹¹⁷⁴. Aunque resulta evidente la apuesta del legislador por permitir este tipo de arbitraje al haber cambiado el criterio, lo cierto es que no se puede admitir “*per se*” esta posibilidad, en cuanto lo sigue limitando a la designación institucional. Por este motivo, al final todo dependerá del reglamento de la institución de

¹¹⁷¹ Es necesario destacar que existe parte de la doctrina que defiende que si es posible la designación “*ad hoc*” en base a que la norma utiliza el vocablo “podrán”, de tal forma que simplemente se está señalando la posibilidad de estructurarlo de esta forma y no restringiendo su uso. Ver en MERINO MERCHÁN, J., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, *op. ct.*, págs. 32 a 35. <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1284253339728/Redaccion>

¹¹⁷² OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Arbitraje intraestatutario. Su reconocimiento legal”, *op. ct.*, págs. 10 a 11.

¹¹⁷³ PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitraje Estatutario”, *op. ct.*, pág. 777. <http://hdl.handle.net/10016/21044>.

¹¹⁷⁴ PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitraje Estatutario”, *op. ct.*, págs. 776 a 777. <http://hdl.handle.net/10016/21044>.

arbitraje elegida, de tal forma que, si prevé esta posibilidad, no existirán dudas en cuanto su admisibilidad¹¹⁷⁵. Lo cierto es que, en consideración al contexto societario que se ha expuesto, no serán pocas las ocasiones en las que se deba preferir este tipo de arbitraje debido tanto a lo pasional del conflicto societario como a la excesiva rigidez de la normativa aplicable (buen ejemplo sería la conversión automática del administrador en liquidador en caso de disolución de la sociedad).

- Cláusula en términos generales o restrictivos. A la hora de discutir las competencias que se quieren atribuir a la institución de arbitraje, se puede optar por establecer una cláusula general para cualquier controversia societaria o hacer mención específica de los supuestos concretos. Siguiendo la doctrina mayoritaria, lo más recomendable es redactarla en términos generales, ya que cualquier controversia societaria, independientemente de la materia concreta, podrá dirimirse por este cauce¹¹⁷⁶. No obstante, conviene advertir, que, si se pretende acudir a esta institución para resolver aquellas disputas que surjan en torno al contenido de los pactos parasociales, aunque regulen materias íntimamente relacionadas, es necesario que el propio pacto contenga su propia cláusula arbitral. Aunque sea un conflicto íntimamente relacionado con la sociedad, este se producirá de forma externa a ella, sin que se pueda recurrir a los instrumentos estatutarios para su resolución.

A modo de conclusión, la relevancia práctica del arbitraje como alternativa a la disolución de sociedades es similar a la del instituto de la mediación. Al final, no se puede encomendar al árbitro que decida quién debe salir o permanecer, ni tampoco quién compra o quién vende. Su propia naturaleza accesoria del contrato de sociedad hace que solo sirva para integrar e interpretar el resto de situaciones.

No obstante, la posibilidad de ampararse en la equidad y no en el derecho, resulta un aliciente para el establecimiento de esta fórmula para la resolución de controversias. No se puede olvidar, que el contexto societario de la paralización de los órganos sociales está influenciado en gran medida por la ruptura de la “*affectio societatis*”, provocando que el sentido común en la toma de decisiones se sustituya por lo pasional. Por lo tanto, la rigidez de las normas va a impedir en muchos casos una solución práctica. Un buen ejemplo es el nombramiento de los liquidadores, en caso de laudo arbitral que acuerde la

¹¹⁷⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I., “El arbitraje en el derecho societario español”, *op. ct.*, págs. 320 a 321.

¹¹⁷⁶ POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 70 a 71.

disolución de la sociedad¹¹⁷⁷. Una vez declarada la disolución judicial y abierta la fase de liquidación, el siguiente paso es el nombramiento de los liquidadores. Aunque si bien es cierto que la sentencia que acuerde la disolución, está obligada a pronunciarse sobre este extremo¹¹⁷⁸, no será en pocas ocasiones cuando simplemente se postergue la decisión a la ejecución de sentencia. Esto no hace sino, aumentar si cabe todavía más los plazos de este proceso, ya que uno de los socios pretenderá que se nombre liquidador al administrador (Bien por afinidad o bien por ser él mismo), mientras que el otro pretenderá el nombramiento de un tercero¹¹⁷⁹. Lo normal es que, o bien por omisión de mención específica o bien por remisión directamente a la Ley de Sociedades de Capital, se prevea conversión automática de los administradores en liquidadores. Como consecuencia, aunque la norma sea clara sobre este aspecto, esta decisión acabará siendo recurrida como consecuencia del manifiesto conflicto de interés que se producirá si se acata.

Por otro lado, en vez de dar una solución al conflicto, esta conversión simplemente lo está aplazando. En este tipo de sociedades, los administradores generalmente son los mismos socios, de tal forma que mediante esta conversión únicamente se está trasladando el conflicto al órgano liquidador. Por otro lado, tampoco se considera una solución recomendable en aquellos casos en los que solo uno de los socios haya sido el administrador único, ya que la objetividad de este quedará entredicha como consecuencia de la ruptura de la “*affectio societatis*”, y nada se solucionará nombrándolo liquidador. Esto tendría solución si se pudiera nombrar a un tercero independiente, pero si la previsión de que el administrador se convierta en liquidador está en los estatutos sociales, el árbitro está obligado a seguirla. Sin embargo, si se tratara de un arbitraje de equidad cabría la posibilidad de que el árbitro nombrase a un tercero debido a las circunstancias que envuelven el conflicto societario, al no tener que ampararse en normas imperativas¹¹⁸⁰.

En cualquier caso, debe destacarse que el arbitraje se revela como un instrumento valioso para la disolución y liquidación de una sociedad. Y más allá de la conveniencia

¹¹⁷⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, op. ct., págs. 197 a 207

¹¹⁷⁸ Mientras que cuando se substancie por un procedimiento ordinario, lo normal es que alguna de las partes lo haya solicitado, en los casos que se sustancie por un expediente de Jurisdicción Voluntaria, expresamente quedará obligado a designarlo, aunque no lo haya pedido las partes (Artículo 128.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria). Por ello, sea en uno u otro caso, el juez deberá de resolver esta cuestión.

¹¹⁷⁹ HERNANDO CEBRIÁ, L., *El abuso de la posición jurídica del socio en las Sociedades de Capital*, op. ct., Págs 241 a 243.

¹¹⁸⁰ Sobre la relación entre el arbitraje de equidad y el sometimiento a determinadas normas imperativas se remite a la explicación realizada en la obra de la profesora GALLEGO SÁNCHEZ. Ver en GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, op. ct., págs. 44 a 50.

de la equidad, el arbitraje se muestra como una auténtica alternativa frente a un proceso judicial que suele eternizarse, debiendo destacarse la gran eficacia que tiene por el ahorro para las partes tanto de tiempo como de costes económicos¹¹⁸¹.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

¹¹⁸¹ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, *op. ct.*, págs. 490 a 494.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Es una realidad que las pequeñas y medianas empresas son una pieza clave del motor de la economía española. Constituyen casi la mitad de las empresas inscritas en la Seguridad Social y son el colectivo que más trabajadores tiene dados de alta en la Seguridad Social. Consecuentemente, se puede decir que su contribución al producto interior bruto, sobrepasa con creces a la del resto de colectivos. En búsqueda de la profesionalización, estas empresas optan generalmente por la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, siendo el tipo societario que más prolifera en la práctica jurídica. No obstante, de acuerdo con los datos publicados por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en el año 2018, por cada 3.5 sociedades de responsabilidad limitada que se constituyeron, 1 se disolvió. Todo ello, sin tener en cuenta la más que habitual práctica de mantener activas sociedades que han quedado inoperantes.

SEGUNDA.- Uno de los motivos que explican esta tendencia tan preocupante de desaparición de este tipo social es el bloqueo societario. El origen de esta causa de disolución es la propia organización de la sociedad. Este tipo de empresas se caracterizan generalmente por ser sociedades familiares de pocos socios, formadas por un matrimonio, amigos o familiares. La razón por la que deciden crear una empresa juntos es la confianza que existe en el otro, de tal forma que cuando desaparece la “*affectio societatis*” inicial, la estructura empieza a quebrarse. Desde ese momento, los socios suelen adoptar una actitud que se aleja de lo racional, acercándose peligrosamente a lo pasional. Al ser pocos socios, se suele crear una situación de enfrentamiento entre grupos paritarios que impide la adopción de cualquier acuerdo vital para la sociedad (aprobación de cuentas anuales, modificación del órgano de administración, etc). Surge así una sociedad que en el plano económico es eficiente, pero que es inoperante en el plano orgánico.

TERCERA.- La labor del derecho mercantil es la de otorgar soluciones a los problemas que ocurren en el mercado por motivos que no sean estrictamente económicos. En este sentido, se puede decir que su función es la de garantizar la seguridad jurídica en este ámbito, con el fin de que los operadores puedan actuar con confianza. Sin embargo, en este caso, el derecho español ofrece pocas o ninguna alternativa que permita la continuidad societaria o el mantenimiento de las relaciones que ostente dicha empresa en el mercado.

Prácticamente la única solución que ofrece nuestro ordenamiento es la disolución de la sociedad (Artículo 363.1.d de la Ley de Sociedades de Capital). Se habla de “solución”, porque es cierto que resuelve el conflicto de manera radical a través de la desaparición del problema, pero realmente no se trata de una solución que satisfaga la mayoría de los intereses en juego: (1) En cuanto a los propios socios, porque se trata de un proceso lento, que, como regla general, acabará judicializándose, eternizando el problema. Además, el conflicto no acaba con la declaración de disolución, sino que, al quedar todavía la fase de liquidación, el bloqueo se mantendrá provocando que todavía se dilate más en el tiempo. (2) En cuanto a los terceros interesados, pues es de destacar que en la sociedad confluyen una serie de intereses que van más allá de ella. Una empresa contrata empleados, tiene proveedores y también clientes, pero cuando desaparece, todas estas relaciones se acaban con ella. Desde ese momento tiene que despedir a los trabajadores, cancelar los pedidos de los proveedores y dejar de satisfacer los intereses de los clientes. Aunque en alguno de estos casos se les pueda indemnizar como consecuencia del final sobrevenido de la relación, lo cierto es que la mayoría de ellos preferiría mantenerla. (3) En cuanto a la sociedad. La empresa creada, desde el mismo momento en que se constituye adquiere personalidad jurídica. De esta forma se crea un ente con capacidad de imputación de derechos y obligaciones que sustituye al empresario tradicional en el tráfico jurídico. Como nuevo “empresario”, la sociedad también tiene su propio interés social, que generalmente se identifica con la consecución del objeto social mediante el ejercicio de las facultades que tiene atribuidas. Sin embargo, con la disolución deja de operar en el mercado, frustrando así su propio interés en pos de los intereses particulares de los socios, que se sobreponen. (4) La sociedad en general y el Estado. Como empresa económicamente rentable, se trata de un ente que genera riqueza en la sociedad global. Al operar en el tráfico económico tiene que contratar trabajadores, pagar impuestos y realizar transacciones con terceros. Y debido a la disolución desaparece un activo muy valioso para la sociedad y para el mismo Estado.

CUARTA.- El bloqueo surge por la incapacidad de adoptar acuerdo alguno de manera “*ex post*”, incluido el acuerdo por el que se solucione el conflicto. Sin embargo, si se estableciesen fórmulas obligatorias para resolverlo de manera “*ex ante*”, es decir, antes que surja el conflicto, dicha incapacidad se podría superar. En concreto se está haciendo referencia a la inclusión de métodos de resolución de controversias en los estatutos sociales o en pactos parasociales. Sin embargo, su previsión no suele ser una práctica muy frecuente en España. En este sentido, la propia confianza de la relación societaria hace que, en el momento de su constitución, ninguna de las partes llegue a plantearse la posibilidad de que puedan surgir en el futuro conflictos entre ellas que lleguen a paralizar el funcionamiento de la sociedad. Y si se plantea tal desconfianza, lo más probable es que la sociedad no llegue a constituirse. Por otro lado, no existe

normativa específica en nuestro ordenamiento que prevea esas fórmulas o pactos, ni siquiera de manera dispositiva, lo que aumenta significativamente los costes de negociación. La única manera de introducirlos es amparándose en la propia autonomía de la voluntad de las partes para incluirlos dentro de los estatutos o de los pactos parasociales. Sin embargo, tampoco es tarea fácil. Primero por el control discrecional de los notarios y registradores para el acceso al Registro Mercantil, quienes al no tener una normativa específica en la que ampararse, rechazan su introducción; y segundo por la indeseable práctica de utilizar formularios de estatutos estandarizados para las sociedades. Al final, los estatutos sociales deben acomodarse a las necesidades específicas de cada sociedad, en atención al tipo de organización que se pretenda, el sector al que se dirija o las relaciones entre los socios. No obstante, como consecuencia de la excesiva libertad para configurarla y una escasa normativa en la que basarse, se acaba acudiendo a formularios estandarizados que puedan garantizar su acceso al Registro Mercantil.

QUINTA.- A diferencia de lo que ocurre en España, en los países anglosajones existe una gran tradición en torno a la regulación de la empresa familiar cerrada, los abusos de la situación de paridad y en concreto sobre la resolución de conflictos entre los mismos socios. En estos ordenamientos, cualquier manual de derecho mercantil relativo a la constitución de una sociedad de capital, siempre hace referencia al “*deadlock*”, cómo resolverlo y cómo evitar que la sociedad desaparezca. La propuesta que suelen hacer es establecer la obligación de salida de alguno de los socios para evitar que continúe el enfrentamiento. Para ello, establecen fórmulas de disolución parcial mediante la separación o exclusión del socio disidente, o mecanismos de compraventa forzosa de las participaciones. En menor medida, también hacen referencia a los instrumentos de prevención del bloqueo, tales como el voto dirimente, instituciones de negociación o el arbitraje, pero siempre incidiendo en que, si el enfrentamiento alcanza la suficiente gravedad, será necesaria la salida de alguno de los socios.

SEXTA.- Esta preocupación se extiende, cada vez más, a la mayoría de los países europeos. Ha surgido así una doctrina concienciada del problema que supone el “*deadlock*” y estudiosa de la forma de introducir estos mecanismos alternativos en sus respectivos ordenamientos. Entre los distintos países, es muy recomendable el estudio de la doctrina alemana, así como la de los países nórdicos o la francesa.

La atención a esta materia por parte del ordenamiento italiano merece mención aparte. De todos los instrumentos que se utilizan para solucionar el bloqueo, los que más

controversias generan en torno a su licitud son las cláusulas de transmisión forzosa, y en concreto, las cláusulas “*shoot-out*”. En este sentido, Italia es uno de los pocos países en los que existe un pronunciamiento jurisprudencial favorable en torno a estas cláusulas (Falta todavía que se pronuncie el Alto Tribunal) y un reconocimiento estatutario expreso por parte de su doctrina administrativa.

SÉPTIMA.- Estos instrumentos se muestran como una alternativa real a la disolución. No obstante, como se ha visto en este trabajo, únicamente aquellos que supongan la salida de uno de los socios, podrán ser capaces de solucionar el bloqueo societario de manera ágil, permitiendo la continuidad la sociedad, beneficiando al socio que realmente busque el interés social y perjudicando a aquel que actúe de mala fe. En concreto, se está haciendo referencia al derecho de separación, a la facultad de exclusión, a las cláusulas “*shoot-out*” y al derecho de opción de compra o de venta. Lo que se ha hecho en este trabajo es estudiarlos para comprobar su compatibilidad con el ordenamiento jurídico español y reflexionar sobre los medios aptos para su introducción, es decir, los estatutos sociales o los pactos parasociales.

OCTAVA.- El derecho de separación constituye un mecanismo de salida ideal para el socio que se vea atrapado en una sociedad inoperante por la conducta de sus iguales. Mediante su establecimiento, se elude a la necesidad de alcanzar un acuerdo ya que el socio simplemente debe comunicar su decisión de separarse de la sociedad. Desde ese momento, ya no forma parte de la misma, de tal forma que le permite huir de las posibles responsabilidades que le puedan exigir a la sociedad como consecuencia de la situación de inoperancia. Además, la sociedad está obligada a restituirle el valor de las participaciones sociales, en el momento en el que dicho valor todavía no se ha visto afectado por el decrecimiento provocado por la exposición prolongada a la inoperancia societaria. Por otro lado, sus principales defectos residen en la radicalidad de esta medida. Al igual que la disolución, se resuelve el problema mediante una especie de huida, dejando en peligro a la sociedad, no solo por dejarla en manos del socio que haya actuado de mala fe, sino por los riesgos de infracapitalización que conlleva.

Respecto a su compatibilidad con el derecho español, no existen dudas sobre la misma. El derecho de separación del socio está expresamente reconocido en los artículos 346 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital y aunque el bloqueo societario no se incluya como causa para su ejercicio, se otorga libertad a los socios para que pacten causas estatutarias distintas. En cuanto a la licitud del bloqueo como causa, tampoco se puede argumentar nada en su contra. En el derecho español de sociedades está reconocida

por nuestros tribunales la posibilidad de crear un derecho de separación “*ad nutum*”, siempre que sea en una sociedad de duración indeterminada. Y estando considerada una causa en términos tan amplios, no debe existir inconveniente alguno en circunscribirla a un hecho todavía más específico como es la paralización de los órganos societarios.

En cuanto al instrumento concreto para su introducción, conviene advertir que no es posible su articulación parasocial, en cuanto se trata de un derecho que la sociedad otorga en favor del socio. Centrándose en el ámbito estatutario, al estar expresamente permitida su articulación, únicamente es necesario que se cumplan los requisitos del artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital. En este sentido, es necesario establecer la acreditación de la causa, y la forma y plazo para su ejercicio. Respecto la forma y el plazo, es posible remitirse a la fórmula general establecida en la Ley de Sociedades de Capital. En el caso de la acreditación, basta con decir que no es necesario establecer la forma concreta para ello. Al existir una doctrina pacífica, tanto jurisprudencial como administrativa, en la que se explica que se entiende por paralización de los órganos societario, no tiene que existir inconveniente alguno por la simple referencia al bloqueo. No obstante, con el fin de otorgar una mayor seguridad jurídica, es más recomendable sujetarla a supuestos concretos como la no convocatoria de junta general o la no adopción de determinados acuerdos.

NOVENA.- A diferencia del derecho de separación, a través de la facultad de exclusión sí que es necesario llegar a un acuerdo. Sin embargo, su eficacia radica en que la persona sobre la que se está discutiendo su expulsión no puede participar ni votar en dicha deliberación, de tal forma que el bloqueo existente no se manifiesta. Además, se trata de un mecanismo doblemente útil, ya que no solo resuelve las controversias, sino que logra hacer permanecer en la sociedad a aquel socio que realmente está interesado en el devenir de misma y que abandone el socio que solo busca su propio interés, a costa del mismo interés social. Por otro lado, en relación con el contexto societario, prevé un mecanismo de autorregulación al someter la exclusión de aquellos socios que ostenten como mínimo un 25% de las participaciones totales a la confirmación judicial, evitando así posibles arbitrariedades. El principal peligro que ofrece es el riesgo de infracapitalización, ya que al socio excluido se le debe reembolsar el valor de sus participaciones.

En cuanto a su tratamiento jurídico, en este caso sí que es muy similar al derecho de separación. Esta facultad está prevista en los artículos 350 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital y aunque no exista mención específica para el bloqueo es posible

su articulación estatutaria. Tampoco es posible incorporarla en los pactos parasociales por los mismos motivos ya expuestos. En cuanto a su concreta articulación, en este caso solo se exige que no se trate de una causa genérica (Artículo 207 del Reglamento del Registro Mercantil), por lo que tampoco existen dudas en sujetarla al bloqueo. No obstante, en este caso será todavía más recomendable describir conductas o actos concretos, como por ejemplo una actitud que impida de manera sistemática la convocatoria o la celebración de la junta, o la votación en contra de determinados acuerdos que se consideren esenciales, impidiendo su adopción.

DÉCIMA.- En cuanto las cláusulas “*shoot-out*”, su eficacia es indudable al crear una especie de obligación de compra o venta de manera “*ex post*”. Lo cierto es que cualquiera de estas cláusulas cumple una doble función. Por un lado, crean un mecanismo tan eficaz como incierto, ya que someten la decisión de la salida de la sociedad a los conocidos como procedimientos “subastas”, en los que es imposible saber el resultado. Por otro lado, como consecuencia de su radicalidad, cumple una función de prevención, al fomentar la adopción de un acuerdo amistoso, con el fin de evitar su uso.

Su compatibilidad con nuestro ordenamiento ofrece ciertas dudas, ya que no existe previsión específica clara en la que se pueda amparar su utilización. La única norma en la que podrían ser subsumidas es en la relativa a la obligación de compra ante el advenimiento de circunstancias específicas que establece el artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil. En cualquier caso y a pesar de las dudas expuestas, lo que es indudable es que siempre se podrá invocar el principio de la autonomía de la voluntad como medio de justificación. Mas allá de esto, las principales dudas que presentan estas cláusulas están relacionadas con el límite de orden público de otorgar una contraprestación adecuada al valor real de las participaciones al socio saliente. En este sentido, el propio funcionamiento de este tipo de cláusulas parece evitar este resultado. Por ejemplo, la cláusula conocida como la ruleta rusa. Su funcionamiento consiste en que el socio X designa cual es el precio de las participaciones y el socio Y tiene la facultad de decidir si compra o vende sus participaciones a ese precio. En este caso, el socio X siempre fijará un precio que se ajuste al valor real, ya que es consciente de que, si fija uno demasiado bajo, el socio Y le comprará sus participaciones y si es demasiado alto, este se las venderá. En uno u otro caso, siempre se le causará un claro perjuicio patrimonial, por lo que evitará tales tipos de oferta. La única forma para que no se alcance este resultado es que no exista una información uniforme sobre la sociedad entre los socios. No obstante, debido al carácter cerrado y la implicación de los mismos socios en su gestión, en pocas ocasiones sucederá. Por estos motivos, se asegura una salida justa, y que en ningún caso se produzca un pacto leonino.

Respecto a su articulación concreta, en este caso no existe inconveniente en que se incluya de una forma u otra, ya que no hay reservas de ningún tipo en la ley. No obstante, se deben tener en cuenta las distintas garantías que ofrecen tanto los estatutos como los pactos parasociales, y en concreto la posibilidad de oposición frente a la sociedad derivada de su inclusión en los estatutos.

DÉCIMO PRIMERA.- De forma particular, es necesario destacar la cláusula “*Texas shoot-out*”, como el mecanismo que considero que otorga una solución más eficaz de todas las cláusulas “*shoot-out*”, por el equilibrio de todos los factores intervinientes. A diferencia del resto de fórmulas “subasta”, su funcionamiento no es tan radical o incierto. Al permitir la opción oferta y contra oferta, se logra obtener un precio competitivo más ajustado al valor real de las participaciones. De esta forma, aún es posible alcanzar un acuerdo antes de la incierta ronda final, y además permite ver a cada socio cuál puede ser la valoración aproximada que hagan de las participaciones, en caso de existir discordancias. En cualquier caso, si ninguno acepta la oferta del otro, comenzará la ronda final, donde normalmente, el socio que muestre un mayor interés será aquel que se haga con el control de la sociedad, realizando la oferta ganadora dentro de los parámetros que no le causen un perjuicio económico.

Por otro lado, este sistema otorga más tranquilidad a las partes, ya que no es una solución como la ruleta rusa que vendría a ser lo mismo que lanzar una moneda al aire. En sentido, la cláusula “*shoot-out*” permite reflexionar o hacer ofertas para tantear la situación en vez de jugarse todo a una sola carta. Sin embargo, esto no significa que desaparezca la función de prevención de esta cláusula, ya que, en este caso, el resultado seguirá siendo incierto, aunque en menor medida.

DÉCIMO SEGUNDA.- En cuanto al último mecanismo propuesto, la opción de compra o de venta, es una institución sobradamente conocida por nuestro ordenamiento jurídico. Su eficacia para resolver el bloqueo es sencilla. Una vez producido el bloqueo, el socio X ostenta un derecho de opción de compra sobre las participaciones del socio Y mientras que el socio Y ostenta un derecho de opción de venta sobre las participaciones del socio X. De esta forma, pueden compelerse recíprocamente para que al menos uno de ellos salga de la sociedad para permitir su continuidad. No obstante, el principal problema reside en determinar quién ostenta cada derecho, lo que en ningún caso será tarea fácil y menos aún al principio de vida de la sociedad, cuando ni siquiera están claros todavía los roles de cada parte dentro de la empresa.

Por lo demás, se trata de una cláusula expresamente prevista ya que se puede decir que es el tipo específico del mencionado artículo 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil: Ante la concurrencia de circunstancias específicas, se establece la obligación de compra de las participaciones. En cualquier caso, para su válida inscripción se deberá establecer el modo en que se determinará el precio, debido al límite de orden público del valor justo de las participaciones. En estos casos, el método tradicional será la designación de un auditor o experto independiente que se encargue de su fijación. En cuanto a su concreta articulación, se pueden dar por reproducidas las mismas consideraciones que las cláusulas “*shoot-out*”, ya que es posible tanto estatutaria como parasocialmente.

DÉCIMO TERCERA.- Cualquiera de estas cláusulas se ha mostrado eficaz para resolver el bloqueo societario sin tener que acudir a la disolución. No obstante, no se puede olvidar, que ningunas de ellas se encuentra prevista expresamente por nuestro ordenamiento. A diferencia de lo que ocurre en el derecho estadounidense, donde el juez ha llegado incluso a instar judicialmente la compra de las participaciones del resto de socios antes de ver cómo desaparece la sociedad, no se puede olvidar que en nuestro ordenamiento es necesario que previamente exista una norma o un contrato en el que se pueda amparar tal decisión. Por este motivo, es tan importante la labor que deben hacer no solo los abogados, sino cualquier asesor jurídico, así como los notarios y registradores, a la hora de constituir una sociedad, evitando acudir a los tan deficientes formularios de estatutos estandarizados.

DÉCIMO CUARTA.- Tampoco se debe olvidar la función de los pactos parasociales o de los protocolos familiares. Si bien es cierto que la seguridad que otorgan los estatutos sociales constituye una de las mayores garantías que se puede dar a una norma en el ámbito societario, esto no significa que necesariamente vaya a ser la forma más eficaz. Al final, la naturaleza privada de estos acuerdos, así como las restricciones a la hora de poder modificar su contenido son circunstancias que se han de tener en cuenta. Además, aunque se haya concluido que estas cláusulas se pueden articular estatutariamente, no se puede olvidar que, al final cuando se produzca el examen de su contenido para acceder al Registro Mercantil, es posible que simplemente se rechace por la inexistencia de normativa en la que ampararse. Por ello, me atrevo a decir que en no pocas ocasiones se procederá a rechazar su inscripción y ante la habitual negativa de recurrir tal decisión, no quedará otra posibilidad que incluirlo en un pacto parasocial. Al menos hasta que se produzca un reconocimiento expreso de las mismas.

DÉCIMO QUINTA.- Respecto del resto de reglas cuya función es preventiva es necesario destacar las siguientes: el “*tag-along*”, el “*drag-along*”, el “voto dirimente”, la “sindicación de votos”, la cláusula “*Gin and tonic*”, la mediación y el arbitraje. A excepción de la cláusula “*Gin and tonic*”, todas ellas están previstas en nuestro ordenamiento, por lo que su articulación presenta menos dudas.

DÉCIMO SEXTA.- Aunque en el desarrollo del trabajo se ha incluido el estudio tanto del “*tag-along*” como del “*drag-along*” como cláusula de transmisión forzosa, lo cierto es que su función es más preventiva que resolutoria ante la aparición de un tercero comprador. En el caso de que se produjese la situación de bloqueo, con la primera cláusula si el socio X presenta a la sociedad una oferta de compra de sus participaciones de un tercero, se podría obligar a supeditar dicha operación a la adquisición a su vez de las participaciones de Y. En cambio, mediante la segunda cláusula, si el socio X trae una oferta de compra por la totalidad de las participaciones de la sociedad, puede obligar a Y a aceptarla. Al final, en uno u otro caso son instrumentos que sirven más bien para prever un futuro bloqueo, bien por la aparición de un extraño en la sociedad, o bien ante la decisión de compra de la sociedad, aunque en este último caso se está supeditando su uso a la existencia de un bloqueo societario.

DÉCIMO SÉPTIMA.- Respecto a las cláusulas relativas al voto, tanto la sindicación como el voto dirimente dependen fundamentalmente del respeto a dichas atribuciones. Ante conflictos de menor entidad, parece claro que ninguno de los socios osaría ir en contra de lo que hubiese pactado anteriormente. Sin embargo, si la entidad es lo suficientemente grande, ya sea de una forma u otra, la paralización de los órganos societarios se producirá y solamente podrá ser solucionada mediante la salida de uno de los socios o a través de la disolución de la sociedad.

Por otro lado, respecto a la eficacia de las cláusulas de negociación, ya sea una similar a la “*Gin and Tonic*” o se someta a mediación la controversia, se mostrarán igual de ineficaces que las anteriores. Al final si por algo se caracteriza el bloqueo es por el enfrentamiento irremediable entre ambos socios, en el que ningún tipo de acuerdo es posible, haciendo inútil cualquier tipo de negociación. No obstante, la eficacia de este tipo de cláusula radica en el carácter accesorio que se le puede otorgar en relación a las cláusulas de salida. Si existe una circunstancia que puede ser objeto de controversia para la aplicación de una cláusula “*shoot-out*” es la de determinar la existencia del mismo “*deadlock*”. Por este motivo, se puede integrar en ellas como parte del “*cooling off*”

period”, de tal forma que la incapacidad de adoptar acuerdo alguno certificase la existencia de un bloqueo societario.

DÉCIMO OCTAVA.- Por último, el arbitraje, presenta una particularidad respecto a los anteriores. A diferencia de las cláusulas de salida o las de prevención, el arbitraje no resuelve un bloqueo, ni los empates en votos en junta ni quién debería salir ni a qué precio. El arbitraje supone sustituir la resolución de controversias por parte de un juez, por la de un árbitro, de tal forma que solo puede conocer aquellos asuntos que serían atribuibles a un juez. Sin embargo, constituye la mayor garantía que se puede otorgar para resolver el “*deadlock*”. Lo que se debe principalmente a dos motivos: (1) El sometimiento de la disolución y liquidación al arbitraje, en aquellos casos en los que no quede otra alternativa, permite evitar el eterno proceso judicial de la disolución en favor del ágil del arbitraje, reduciendo en gran medida los agravios provocados por las dilaciones de la desaparición de la sociedad. (2) Por otro lado, también es posible someterle las controversias derivadas de la aplicación de las cláusulas de salida, agilizando el proceso todavía más, en caso de que alguna de las partes quiera judicializarlo. Además, no se puede olvidar la posibilidad de someter a un arbitraje de equidad los conflictos que surjan alrededor del bloqueo societario, permitiendo tener en cuenta su naturaleza pasional que en ocasiones desborda la rigidez de las normas.

DÉCIMO NOVENA.- De todas las cláusulas propuestas, no se puede concluir que existan unas mejores o peores. Lo cierto es que el asesor jurídico, a la hora de personalizar la sociedad de responsabilidad limitada, debe tener en cuenta tanto los beneficios e inconvenientes de cada cláusula, como las características de cada empresa en concreto para poder optar por una u otra. En este sentido, más que elegir una, lo más recomendable será buscar una combinación de algunas, con el fin de que las carencias o defectos de una, se compensen con las virtudes de otra, creando así un procedimiento cascada. Por ejemplo, se podría pensar en utilizar una cláusula “*Texas shoot-out*”, en la que antes de realizar la primera puja, se abriese un plazo en el que las partes tuvieran la obligación de negociar y en el que todas las controversias relativas a su ejecución se sometiesen a arbitraje.

VIGÉSIMA.- Como última conclusión me permito señalar que, a mi juicio, la perspectiva anglosajona del “*deadlock*” constituye en Europa y concretamente en España, un campo de estudio todavía joven, y que habrá que esperar a tener pronunciamientos tanto de los Tribunales como de la doctrina administrativa en torno a su admisibilidad, como ya está ocurriendo en Italia. Hasta entonces, la principal conclusión que obtengo en

este humilde trabajo, es que las cláusulas estudiadas, juntas o separadamente, son un método eficaz para resolver el abuso de la posición paritaria. La ausencia de una normativa al respecto es lo que provoca que las sociedades, al cincuenta por ciento, sean “semilleros de pleitos”.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSIONS

FIRST.- It is a fact that small and medium-sized companies are a key part of the driving force of the Spanish economy. They constitute almost half of the companies registered with the Social Security and are the group with the highest number of workers registered with the Social Security. Consequently, it can be said that their contribution to gross domestic product far exceeds that of other groups. In search of professionalization, these companies generally opt for the incorporation of a limited liability company, being the most common type of company in legal practice. However, according to data published by the Ministry of Industry, Trade and Tourism, in 2018, for every 3.5 limited liability companies that were incorporated, 1 was dissolved. All this, without taking into account the more than usual practice of keeping active companies that have become inoperative.

SECOND.- One of the reasons for this alarming trend towards the disappearance of this type of company is the deadlock. The origin of this cause of dissolution is the organization of the company itself. This type of companies are generally characterized by the fact that they are family companies with few partners, formed by a married couple, friends or relatives. The reason why they decide to create a company together is the trust they have in each other, so that when the initial “affectio societatis” disappears, the structure begins to break down. From that moment on, the partners tend to adopt an attitude that moves away from the rational, getting dangerously close to the passionate. As there are few partners, a situation of confrontation is often created between equal groups that prevents the adoption of any vital agreement for the company (approval of annual accounts, modification of the administrative body, etc.). The result is a company that is efficient in economic terms, but inoperative in organic terms.

THIRD.- The task of commercial law is to provide solutions to the problems that appear in the market for reasons that are not strictly economic. In this sense, it can be said that its function is to guarantee legal certainty in this area, so that operators can act with confidence. However, in this case, Spanish law offers little or no alternative that would allow the continuity of the company or the maintenance of the relationships that the company has in the market.

Practically the only solution offered by our legal system is the dissolution of the company (Article 363.1.d of the Capital Companies Act). It is called a “solution” because

it is true that it resolves the conflict in a radical way by eliminating the problem, but it is not really a solution that satisfies the majority of the interests at stake: (1) As regards the shareholders themselves, because it is a slow process, which, as a general rule, will end up becoming judicial, prolonging the problem. In addition, the conflict does not end with the declaration of dissolution, but, since the liquidation phase is still in progress, the blockage will continue, causing it to drag on for even longer. (2) As for the interested third parties, it should be noted that a number of interests converge in the company that go beyond the company itself. A company hires employees, has suppliers and also customers, but when it disappears, all these relationships end with it. From that moment on, it has to lay off workers, cancel orders from suppliers and longer satisfy the interests of customers. Although in some of these cases they may be compensated as a consequence of the supervening end of the relationship, the fact is that most of them would prefer to keep it. (3) As regard the company. The company created, acquires legal personality as soon as it is set up. In this way an entity is created with the capacity to impute rights and obligations, which replaces the traditional entrepreneur in legal transactions. As a new “entrepreneur”, the company also has its own corporate interest, which is generally identified with the achievement of the corporate purpose through the exercise of the powers conferred on it. However, with dissolution it ceases to operate in the market, thus frustrating its own interest in favour of the particular interests of the partners, which are superimposed. (4) Society in general and the State. As an economically profitable company, it is an entity that generates wealth in the global society. When operating in the economic traffic it has to employ workers, pay taxes and transact with third parties. And due to the dissolution, a very valuable asset for society and for the State itself disappears.

FOURTH.- The blockage arises from the inability to adopt any agreement “ex post”, including the agreement resolving the conflict. However, if mandatory formulas were established to resolve it “ex ante”, i.e., before the conflict arises, this inability could be overcome. Specifically, reference is being made to the inclusion of dispute resolution methods in the company's bylaws or in shareholders' agreements. However, their provision is not a very frequent in Spain. In this sense, the very trust in the corporate relationship means that, at the time of its incorporation, none of the parties ever considers the possibility that conflicts could arise between them in the future that could paralyze the operation of the company. And if such distrust arises, the company will most likely not be set up. On the other hand, there is no specific regulation in our legal system that provides for such formulas or agreements, not even in a dispositive manner, which significantly increases the costs of negotiation. The only way to introduce them is by relying on the autonomy of the will of the parties to include them in the bylaws or shareholders' agreements. However, this is not an easy task either. Firstly, due to the

discretionary control of notaries and registrars for access to the Commercial Registry, who, not having a specific regulation to rely on, reject to introduce them; and secondly, due to the undesirable practice of using standardized company statute forms. In the end, the company statutes must be tailored to the specific needs of each company, depending on the type of organization sought, the sector targeted or the relations between the partners. However, as a result of the excessive freedom to configure them and the scarce regulations on which to base them, standardized forms are used to guarantee their access to the Commercial Registry.

FIFTH.- Unlike what happens in Spain, in Anglo-Saxon countries there is a great tradition regarding the regulation of the closed family companies, the abuses of the situation of parity and, specifically, the resolution of conflicts between the partners themselves. In these jurisdictions, any commercial law manual on the incorporation of a capital company always refers to the “deadlock”, how to resolve it and how to prevent the company from disappearing. The proposal they usually make is to establish the obligation of one of the partners to leave the company in order to prevent the confrontation from continuing. To this end, they establish formulas for partial dissolution through the separation or exclusion of the dissenting partner, or mechanisms for the forced purchase and sale of shares. To a lesser extent, they also refer to the instruments for preventing deadlock, such as the casting vote, negotiation institutions or arbitration, but always stressing that, if the confrontation is sufficiently serious, the leaving of one of the partners will be necessary.

SIXTH.- This concern is increasingly spreading to most European countries. A doctrine has thus arisen that is aware of the problem of the “deadlock” and is studying how to introduce these alternative mechanisms in their respective legal systems. Among the different countries, the study of the German doctrine is highly recommended, as well as that of the Nordic countries or the French.

The attention paid to this matter by the Italian legal system deserves a separate mention. Of all the instruments used to solve the blocking, the ones that generate most controversy regarding their legality are the forced transfer clauses, and specifically the “shoot-out” clauses. In this respect, Italy is one of the few countries in which there is a favorable jurisprudential pronouncement on these clauses (a decision by the High Court is still pending) and an express statutory recognition by its administrative doctrine.

SEVENTH.- These instruments are shown to be a real alternative to dissolution. However, as has been seen in this work, only those that involve the departure of one of the partners will be able to solve the corporate deadlock in a agile manner, allowing the continuity of the company, benefiting the partner who really seeks the corporate interest and harming the partner who acts in bad faith. Specifically, reference is being made to the right of separation, the power of exclusion, the “shoot-out” clauses and the right of purchase or sale option. What has been done in this work is to study them in order to verify their compatibility with the Spanish legal system and to reflect on the suitable means for their introduction, i.e., the corporate bylaws or the shareholders' agreements.

EIGHTH.- The right of separation constitutes an ideal exit mechanism for the partner who is trapped in an inoperative partnership due to the conduct of his peers. By means of its establishment, the need to reach an agreement is avoided since the partner must simply communicate his decision to separate from the partnership. From that moment on, he is no longer part of the partnership, thus allowing him to escape from any possible liabilities that may be demanded from the partnership as a consequence of the inoperative situation. In addition, the company is obliged to reimburse him the value of the shares, at the time when this value has not yet been affected by the decrease caused by the prolonged exposure to the company's inoperability. On the other hand, its main shortcomings lie in the radical nature of this measure. Like dissolution, it solves the problem by means of a kind of flight, leaving the company in danger, not only by leaving it in the hands of the partner who has acted in bad faith, but also because of the risks of undercapitalization that it entails.

There are no doubt as to its compatibility with Spanish law. The right of separation of the shareholder is expressly recognized in Articles 346 et seq. of the Capital Companies Law, and although the blocking of the company is not included as a cause for its exercise, the shareholders are free to agree on different statutory causes. As for the lawfulness of the blocking as a cause, nothing can be argued against it either. In Spanish corporate law, our courts recognize the possibility of creating a right of separation “ad nutum”, provided that it is in a company of indefinite duration. And being considered a cause in such broad terms, there should be no inconvenience in circumscribing it to an even more specific event such as the paralyzation of the corporate bodies.

As for the specific instrument for its introduction, it should be noted that it is not possible to articulate it in the articles of association, since it is a right that the company grants in favor of the shareholder. Focusing on the statutory scope, as its articulation is

expressly permitted, it is only necessary to comply with the requirements of article 347 of the Capital Companies Act. In this regard, it is necessary to establish the accreditation of the cause, and the form and term for its exercise. Regarding the form and term, it is possible to refer to the general formula established in the Capital Companies Law. In the case of accreditation, it is sufficient to say that it is not necessary to establish the specific form for this. As there is a peaceful doctrine, both jurisprudential and administrative, explaining what is understood by deadlock, there should not be any inconvenience in simply referring to the blocking. However, in order to provide greater legal certainty, it is more advisable to subject it to specific cases such as the failure to call a general meeting or the failure to adopt certain resolutions.

NINTH.- Unlike the right of separation, through the power of exclusion it is necessary to reach an agreement. However, its effectiveness lies in the fact that the person whose expulsion is being discussed cannot participate or vote in said deliberation, in such a way that the existing deadlock is not manifested. Moreover, it is a doubly useful mechanism, as it not only resolves the controversies, but also ensures that the partner who is really interested in the future of the company remains in the company and that the partner who only seeks his own interest, at the expense of the company's interest, leaves. On the other hand, in relation to the corporate context, it provides for a self-regulation mechanism by submitting the exclusion of those partners who hold at least 25% of the total shares to judicial confirmation, thus avoiding possible arbitrariness. The main danger is the risk of undercapitalization, as the excluded partner must be reimbursed the value of its shares.

As for its legal treatment, in this case it is very similar to the right of separation. This power is provided for in Articles 350 et seq. of the Capital Companies Act and, although there is no specific mention of deadlock, it is possible to articulate it in the bylaws. Nor is it possible to include it in the shareholders' agreements for the same reasons already explained. As regards its specific articulation, in this case it is only required that it is not a generic cause (Article 207 of the Mercantile Registry Regulations), so there are no doubts about subjecting it to the deadlock. However, in this case it would be even more advisable to describe specific conducts or acts, such as, for example, an attitude that systematically prevents the meeting from being called or held, or voting against certain resolutions that are considered essential, preventing their adoption.

TENTH.- As for the “shoot-out” clauses, their effectiveness is unquestionable as they create a kind of “ex post” purchase or sale obligation. The truth is that any of these

clauses fulfills a double function. On the one hand, they create a mechanism that is as effective as it is uncertain, since they subject the decision to leave the company to what are known as “auction” procedures, in which it is impossible to know the outcome. On the other hand, as a consequence of its radical nature, it fulfills a preventive function by encouraging the adoption of an amicable agreement in order to avoid its use.

Its compatibility with our legal system offers certain doubts, since there is no clear specific provision to support its use. The only rule under which they could be subsumed is that relating to the obligation to purchase upon the occurrence of specific circumstances established in Article 188.3 of the Commercial Registry Regulations. In any case, and despite the doubts expressed above, what is unquestionable is that the principle of free will can always be invoked as a means of justification. Beyond this, the main doubts presented by these clauses are related to the public policy limit of granting a consideration adequate to the real value of the shares to the outgoing shareholder. In this respect, the very operation of this type of clause seems to avoid this result. For example, the clause known as Russian roulette. Its operation consists of partner X designating the price of the shares and partner Y having the power to decide whether to buy or sell his shares at that price. In this case, partner X will always set a price that is in line with the real value, since he is aware that if he sets a price that is too low, partner Y will buy his shares and if it is too high, partner Y will sell them to him. In one case or the other, he will always be clearly prejudiced in terms of his assets, so he will avoid such types of offers. The only way for this result not to be achieved is if there is no uniform information about the company among the partners. However, due to the closed nature and the involvement of the partners themselves in its management, this will rarely happen. For these reasons, a fair exit is ensured, and in no case will there be an unfair agreement.

With regard to its specific articulation, in this case there is no inconvenience in including it in one form or another, as there are no reservations of any kind in the law. However, the different guarantees offered by both the bylaws and the shareholders' agreements must be taken into account, and in particular the possibility of opposition against the company derived from their inclusion in the bylaws.

ELEVENTH.- In particular, it is necessary to highlight the “Texas shoot-out” clause, as the mechanism that I consider provides the most effective solution of all the “shoot-out” clauses, due to the balance of all the intervening factors. Unlike the rest of the "auction" formulas, its operation is not so radical or uncertain. By allowing the option of bidding and counter-bidding, it is possible to obtain a competitive price that is more in

line with the real value of the shares. In this way, it is still possible to reach an agreement before the uncertain final round, and it also allows each partner to see what the approximate valuation of the shares may be, in the event of disagreements. In any case, if neither partner accepts the offer of the other, the final round will begin, where normally, the partner who shows the greatest interest will be the one who takes control of the company, making the winning offer within the parameters that do not cause economic damage.

On the other hand, this system gives more peace of mind to the parties, since it is not a solution like Russian roulette, which would be the same as flipping a coin. In the sense, the “shoot-out” clause allows to reflect or make offers to test the situation instead of gambling everything on a single card. However, this does not mean that the preventive function of this clause disappears, since, in this case, the outcome will still be uncertain, albeit to a lesser extent.

TWELFTH.- As regards the last mechanism proposed, the purchase or sale option, it is an institution well known in our legal system. Its effectiveness in resolving the blockage is simple. Once the blockage has occurred, partner X has a call option right on the shares of partner Y, while partner Y has a put option right on the shares of partner X. In this way, they can compel each other to ensure that at least one of them leaves the company to allow its continuity. However, the main problem lies in determining who holds which right, which is by no means an easy task, especially at the beginning of the partnership's life, when the roles of each party within the company are not yet clear.

For the rest, it is a clause expressly provided for, since it can be said that it is the specific type of the aforementioned Article 188.3 of the Mercantile Registry Regulations: In the event of the concurrence of specific circumstances, the obligation to purchase the shares is established. In any case, for its valid registration, the way in which the price will be determined must be established, due to the public order limit of the fair value of the shares. In these cases, the traditional method will be the appointment of an auditor or independent expert to determine the price. With regard to its specific articulation, the same considerations as for the “shoot-out” clauses can be taken as reproduced, since it is possible both in the articles of association and in the bylaws.

THIRTEENTH.- Any of these clauses has proved to be effective in resolving the corporate deadlock without having to resort to dissolution. However, it should not be

forgotten that none of them is expressly provided for in our legal system. In contrast to what happens in U.S. law, where the judge has even gone so far as to judicially request the purchase of the shares of the remaining partners before seeing the company disappear, it should not be forgotten that in our legal system there must first be a rule or a contract in which such a decision can be based. For this reason, it is so important the work that should be done not only by lawyers, but also by any legal advisor, as well as notaries and registrars, when incorporating a company, avoiding the use of the very deficient standardized forms of bylaws.

FOURTEENTH.- The function of the shareholders' agreements or family protocols should not be forgotten either. Although it is true that the security provided by the bylaws is one of the greatest guarantees that can be given to a rule in the corporate sphere, this does not necessarily mean that it will be the most effective form. In the end, the private nature of these agreements, as well as the restrictions on being able to modify their content, are circumstances that must be taken into account. Furthermore, even if it has been concluded that these clauses can be articulated in the articles of association, it should not be forgotten that, in the end, when their content is examined for access to the Commercial Registry, it is possible that they will simply be rejected due to the non-existence of regulations on which to rely. Therefore, I would venture to say that on more than a few occasions its registration will be rejected and, given the usual refusal to appeal such a decision, there will be no other possibility than to include it in a shareholders' agreement. At least until there is an express recognition of the same.

FIFTEENTH.- With regard to the rest of the rules whose function is preventive, the following should be highlighted: the “tag-along”, the “drag-along”, the “casting vote”, the “syndication of votes”, the “Gin and tonic” clause, mediation and arbitration. With the exception of the “Gin and tonic” clause, all of them are provided for in our legal system, so that their articulation presents fewer doubts.

SIXTEENTH.- Although the study of both the “tag-along” and the “drag-along” as a forced transfer clause has been included in the development of the work, the fact is that its function is more preventive than resolutive in the event of the appearance of a third party buyer. In the event of a deadlock, with the first clause, if partner X presents the company with an offer to purchase his shares from a third party, he could be obliged to make this transaction conditional on the acquisition of Y's shares in turn. On the other hand, by means of the second clause, if partner X makes a purchase offer for all of the partnership's shares, he can oblige Y to accept it. In the end, in either case, these are

instruments that serve rather to anticipate a future blockage, either due to the appearance of an outsider in the company, or in the event of a decision to purchase the company, although in the latter case their use is made conditional upon the existence of a corporate blockage.

SEVENTH.- With regard to the clauses relating to voting, both the syndication and the casting vote depend fundamentally on the respect of these attributions. In the event of minor conflicts, it seems clear that none of the partners would dare to go against what had been previously agreed. However, if the entity is sufficiently large, in one form or another, the paralysis of the corporate bodies will occur and can only be resolved by the departure of one of the partners or by the dissolution of the company.

On the other hand, with regard to the effectiveness of the negotiation clauses, whether it is a clause similar to the “Gin and Tonic” or the dispute is submitted to mediation, they will prove to be just as ineffective as the previous ones. In the end, if blocking is characterized by anything, it is the irremediable confrontation between both partners, in which no agreement is possible, making any type of negotiation useless. However, the effectiveness of this type of clause lies in the accessory nature that it can be granted in relation to the exit clauses. If there is one circumstance that may be the subject of controversy for the application of a “shoot-out” clause, it is that of determining the existence of the “deadlock” itself. For this reason, it can be integrated into them as part of the “cooling off period”, so that the inability to adopt any agreement would certify the existence of a corporate deadlock.

EIGHTEENTH.- Finally, arbitration has a special feature with respect to the above. Unlike the exit or prevention clauses, arbitration does not resolve a deadlock, nor does it resolve ties in votes at a meeting, or who should leave, or at what price. Arbitration means replacing the resolution of disputes by a judge with that of an arbitrator, in such a way that he or she can only hear those matters that would be attributable to a judge. However, it is the best guarantee that can be given to resolve the deadlock. This is mainly due to two reasons: (1) Submitting the dissolution and liquidation to arbitration, in those cases where there is no other alternative, makes it possible to avoid the eternal judicial process of dissolution in favor of the agile one of arbitration, greatly reducing the grievances caused by the delays of the company's disappearance. (2) On the other hand, it is also possible to submit disputes arising from the application of exit clauses to arbitration clauses, thus speeding up the process even more, in case one of the parties wants to take it to court. Furthermore, we cannot forget the possibility of submitting

disputes arising out of the corporate deadlock to an arbitration of equity, allowing us to take into account its passionate nature, which sometimes goes beyond the rigidity of the rules.

NINETEENTH.- From all the clauses proposed, it cannot be concluded that there are better or worse clauses. What is certain is that the legal advisor, when customizing the limited liability company, must take into account both the benefits and disadvantages of each clause, as well as the characteristics of each specific company in order to be able to opt for one or the other. In this sense, rather than choosing one, it would be more advisable to look for a combination of some of them, so that the shortcomings or defects of one are compensated by the virtues of another, thus creating a cascade procedure. For example, one could think of using a “Texas shoot-out” clause, in which before the first bid is placed, a period of time would be opened in which the parties would be obliged to negotiate and in which all disputes relating to its execution would be submitted to arbitration.

TWENTIETH.- As a final conclusion, I would like to point out that, in my opinion, the Anglo-Saxon perspective of the “deadlock” constitutes in Europe and specifically in Spain, a field of study that is still young, and that we will have to wait for pronouncements from both the Courts and the administrative doctrine regarding its admissibility, as is already happening in Italy. Until then, the main conclusion I draw in this humble work is that the clauses studied, together or separately, are an effective method for resolving the abuse of the parity position. The absence of regulations in this regard is what causes the fifty-fifty companies to be “hotbeds of litigation”.

ANEXO 1.

BIBLIOGRAFÍA.

- AIBEL, H., “Structures of world order”, en *Proceedings of Annual Meeting (American Society of International Law)* (Voll. 89, April 5-8, 1995), Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- ALBADALEJO, M., *Compendio de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1997.
- ALCALÁ DÍAZ, M., “Los deberes de los administradores en la PYME”, en ALCALÁ DÍAZ, M., *Creación, Gestión, Estrategia y Administración de la PYME*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
 - ALCALÁ DÍAZ, M., “Las sociedades mercantiles. Teoría General”, en ALONSO LEDESMA, C., *Derecho de Sociedades*, Atelier, Barcelona, 2015.
 - ALCALÁ DÍAZ, M., “Las Acciones y Participaciones Sociales. Las obligaciones”, en *Lecciones de Derecho Empresarial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
 - ALCALÁ DÍAZ, M., “El derecho al dividendo y sus institutos de protección”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 57/2019), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.
- ALCOVER GARAU, G., “El alcance de la presunción de exactitud del contenido del Registro Mercantil”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 5/1995), Aranzadi, Cizur Menor, 1995.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, en *Indret* (núm. 4/2005), Univerisat Pompeu Fabra, Barcelona, 2005.
 - ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Modelo de cláusula estatutaria reguladora de la exclusión de socios en una sociedad de responsabilidad limitada”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Derecho de Sociedades II. Praxis: Cuestiones y formularios*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A., “Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- ALLIS, J., “Solutions to deadlock in U.K. companies”, en *International Company and Commercial Law Review* (núm. 9/1998), Sweet & Maxwell, Londres, 1998.

- ALONSO ESPINOSA, F., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (aspectos generales)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 4/1995), Thomson Reuters, Cizur Menor, 1995.
 - ALONSO ESPINOSA, F., “La sociedad de responsabilidad limitada, ¿Corporación personalizable?”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 7/1996), Aranzadi, Cizur Menor, 1996.
 - ALONSO ESPINOSA, F., “La empresa familiar como problema”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 283/2012), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- ALONSO LEDESMA, C., “La cuestión del Capital en la PYME (1)”, en ALCALÁ DÍAZ, M., *Creación, Gestión, Estrategia y Administración de la PYME*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
 - ALONSO LEDESMA, C., “La autonomía de la voluntad en la separación de socios”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- ALONSO UREBA, A., “Sobre la funcionalidad del Derecho de Sociedades de Capital en la perspectiva de las PYMES”, en ALCALÁ DÍAZ, M., *Creación, Gestión, Estrategia y Administración de la PYME*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
 - ALONSO UREBA, A., “La constitución de las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 36/2011), Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- ANDERSSON, J., “Minority shareholder protection in SMEs: a question of information ex post and bargaining power ex ante”, en NEVILLE, M. y ENGSIG SØRENSEN, *Company Law and SMEs*, Thomson Reuters Professional, Copenhagen, 2010.
- ARMOUR, J. y SKEEL, D., “An ocean of difference on takeover regulation”, en GRANT, J., *European Takeovers. The Art of Acquisition*, Euromoney Books Londres, 2005.
- ARMOUR, J., HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R., “Agency Problems and Legal Strategies”, en KRAAKMAN, R., ARMOUR, J., DAVIES, P., ENRIQUES, L., HANSMANN, H., y otros, *The anatomy of corporate Law. A comparative und functional approach*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., “El capital autorizado”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 178/1985), Civitas, Madrid, 1985.
 - ARROYO MARTÍNEZ, I., “Reflexiones en torno al interés social”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 240/2001), Civitas, Madrid, 2001.

- ARROYO MARTÍNEZ, I., “Concepto”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. y GÓRRIZ, C., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 2009,
- ARROYO MARTÍNEZ, I., “El arbitraje en el derecho societario español”, en *Anuario de Derecho Marítimo* (núm. 34/2017), Alferal, Barcelona, 2017.
- ÁVILA DE LA TORRE, A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial”, en *Revista General de Derecho* (núm. 636/1997), Revista General de Derecho, Valencia, 1997.
- BACHMANN, G., EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A. FLEISCHER, H. y SCHÖN, W., *Regulating the closed corporation*, Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston, 2014.
- BAÑEGIL ESPINOSA, A., “Los contratos de opción sobre acciones”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (núm. 69/1998), Trotta, Madrid, 1998.
- BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Montercorvo, Madrid, 1984.
- BARBA DE VEGA, J., “La sociedad de responsabilidad limitada”, en QUINTANA CARLO, I., *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*, Trivium, Madrid, 1989.
- BATALLER GRAU, J., “Artículo 360. Disolución de pleno Derecho”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- BATALLER GRAU, J., “Artículo 362. Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- BATALLER GRAU, J., “Artículo 363. Causas de disolución”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- BATALLER GRAU, J., “Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

- BATALLER GRAU, J., “La Disolución” en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Disolución y Liquidación de las Sociedades Mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- BAUMBACH, A. y HUECK, A., *GmbHG*, C. H. Beck, Múnich, 2017.
- BECHT, M. y BRADFORD DELONG, J., “Why has there been so Little block holding in America?”, en MORCK, R., *A History of Corporate Governance around the World. Family Business Group to Professional Managers*, The University of Chicago Press, Chicago, 2005.
- BECKER, B., *Die Zuässigkeit von Hinauskündigungs-klauseln nach freiem Ermessen im Gesellschaftsvertrag. Zugleich eine Besprechung von Russian Roulette-, Texan Shoot Out- und Drag-along-Klauseln*, Peter Lang GmbH, Frankfurt, 2010.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Nombramiento de liquidadores en la Sociedad Anónima”, en ALONSO LEDESMA, C. y otros, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMENZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada incuridas en causa de disolución”, en *Aranzadi Civil: Revista quincenal* (núm. 3/1997), Aranzadi, Cizur Menor, 1997.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Artículo 371. Sociedad en liquidación”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), A., *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- BLAIR, M. y STOUT, L., “Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law”, en *University of Pennsylvania Law Review* (vol. 149), University of Pennsylvania, Filadelfia, 2001.
- BLECH, U. y STERN, R., “Legal Issues On Cross-Border Mergers between UK Companies and German Companies”, en PAYNE, J. *Takeovers in English and German Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2020.

- BOCK, S., *Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2020.
- BONVICINI, D., *Le Joint Ventures: Tecnica giuridica e prassi societaria*, Dott, A. Giuffrè Milán, 1977.
- BOQUERA MATARREDONA, J., “La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 215/1995), Civitas, Madrid, 1995.
- BOTANA AGRA, M., “Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades Anónimas”, en *Derecho de los Negocios* (núm. 100/1999), La Ley, Madrid, 1999.
- BRÅTHEN, T., “Controlling changes in composition of shareholders of SMEs”, en NEVILLE, M. y ENGSIG SØRENSEN, *Company Law and SMEs*, Thomson Reuters Professional, Copenhagen, 2010.
- BRENES CORTÉS, J., “El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.37/2011), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- BROOKS, R., LANDEO, C. y SPIER, K., “Trigger happy or gun shy? Dissolving common-value partnerships with Texas shootouts”, en *RAND Journal of Economics* (Vol. 41, núm. 4, Winter 2010), Rant corporation, Santa Monica, 2010.
- BROSETA PONT, M., “Cambio de objeto y ampliación de operaciones en la Ley Española de Sociedades Anónimas”, en *Estudios jurídico en homenaje a Joaquín Garrigues*, Tecnos, Madrid, 1971.
 - BROSETA PONT, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Tecnos, Madrid, 1984.
- BURKART, M. y PANUNZI, F., “Mandatory Bids, Squeeze-Out, Sell-Out and the Dynamics of the Tender Offer Process”, en FERRARINI, G., HOPT, K., WINTER, J. y WYMEERSCH, E., *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., *Separación y Exclusión de Socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998.
 - CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Constitución de la sociedad”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. y GÓRRIZ, C., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 2009.

- CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Escritura de constitución”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. y GÓRRIZ, C., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 2009.
- CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Estatutos”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. y GÓRRIZ, C., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 2009.
- CACHÓN BLANCO, J., “Modificación de estatutos sociales. Aumento y reducción de capital”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994.
- CALVOSA, L., “Anzioni e quote rescattabili: delimitazione dei confini di operatività dell’istituto”, en *Le Società Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale* (núm. 12/2019), Wolters Kluwer Italia, Milán, 2019.
- CAMPINS VARGAS, A., “Articulación contractual y régimen jurídico de los pactos de acompañamiento (cláusulas de “tag-along”)", en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.46/2016), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A., “La diversidad de derecho de las participaciones sociales”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (núm. 15/2000), Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- CAREY, S., “Buy/sell provisions in real estate joint venture agreements”, en *Real Property, Probate and Trust Journal* (Vol. 39, No. 4, Winter 2005), American Bar association, Chicago, 2005.
- CARLÓN SÁNCHEZ, L., “Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en MOTOS, M. y ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984.
- CARRASCO PEREA, A., “Protocolo familiar: aspectos generales”, en ALCALÁ DÍAZ, M., *Creación, Gestión, Estrategia y Administración de la PYME*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- CELAYA, A., “Sociedad Cooperativa de Trabajo y de Sociedad Anónima Laboral. Configuración societaria comparada”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 191/1989), Civitas, Madrid, 1989.
- CHAMPETIER DE RIBES-JESTEAU, A., *Les abus de majorité, de minorité et d’égalité. Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, Dalloz, París, 2010.

- COMBEN, A., *Joint Ventures and Shareholders' Agreements*, Butterworths, Londres, 2005.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., “Contratos Bancarios (1)”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil II*, Civitas, Madrid, 2007.
 - CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., “El interés social y el sistema de Gobierno Corporativo”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- DAVIES, P., HOPT, K. y RINGE, W., “Control transactions”, en KRAAKMAN, R., ARMOUR, J., DAVIES, P., ENRIQUES, L., HANSMANN, H., y otros, *The anatomy of corporate Law. A comparative und functional approach*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- DE EIZAGUIRRE, J., “De la disolución y liquidación”, en SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas (T. VIII)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.
 - DE EIZAGUIRRE, J., “La subjetivación de las sociedades de personas”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 14/2000), Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- DE FRUTOS, M. y KITTSTEINER, T., “Efficient Partnership Dissolution under Buy-Sell Clauses”, en *RAND Journal of Economics* (Vol. 39, No. 1, Spring 2008), Rand corporation, Santa Monica, 2008.
- DE LA CAMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, Centro de estudios tributarios, Madrid, 1972.
 - DE LA CAMARA, M., “El principio de capital mínimo”, en IGLESIAS PRADA, J. (Coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.
- DE LA CUESTA RUTE, J., “Reflexiones en torno al «leasing»”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 118/1970), Civitas, Madrid, 1970.
- DELY, F., “Divorce clauses in international joint venture contracts”, en *International Business Law Journal* (núm. 3/1995), Sweet & Maxwell, Londres, 1995.
- DE SOLA CAÑIZARES, F., “Las formas jurídicas de las empresas. (La empresa individual limitada, el contrato de sociedad, y la institución de acciones)”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 39/1952), Civitas, Madrid, 1952,
 - DE SOLA CAÑIZARES, F., *Las sociedades de responsabilidad limitada*, Revista de derecho Privado, Madrid, 1954.

- DENT, G., “Lawyers and Trust in Business Alliances”, en *The Business Lawyer*, (Vol. 58, No. 1, November 2002), American Bar association, Chicago, 2002.
- DÍAZ GÓMEZ, M. y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, en *Pecunia* (núm. 12/ enero-junio 2011), Universidad de León, León, 2011.
- DÍAZ MORENO, A., “Artículo 90. Participaciones sociales y acciones”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L., “Los llamados contratos forzosos”, en *Anuarios de Derecho Civil* (Vol. 56.1), Ministerio de Justicia, Madrid, 1956.
- DIVIZIA, P., “Patto parasociale di russian roulette”, en *Le Società Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale* (núm. 4/2018), Wolters Kluwer Italia, Milán, 2018: https://www.fdnотai.it/wp-content/uploads/2019/04/Divizia-SOCI_2018_04.pdf.
- DOBKIN, J., BURT, J., KRUPSKY, K. y SPOONER, M., *International Joint Ventures*, Federal Publications Inc. A Longman company, Washington D. C, 1988.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “Acciones y obligaciones representadas mediante anotaciones en cuenta: Aspectos dogmáticos y de régimen jurídico”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 4/1995), Aranzadi, Cizur Menor, 1995.
- DRAKE, D., *Business Planning: Closely Held enterprises*, West Academic Publishing, Saint Paul, 2013.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, R., y SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades Anónimas I. La Fundación*. Civitas, Madrid, 1991.
- ELSON, A., “Shareholders Agreements, a shield for minority shareholders of close corporations”, en *The business Lawyer* (Vol. 22, núm. 2, 1967), American Bar association, Chicago, 1967.
- EMBID IRUJO, J., “Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990”, en *Diario La ley* (núm. 4/1990), Wolters Kluwer España, Madrid, 1990.

- EMBID IRUJO, J., “Cuestiones tipológicas en la sociedad de responsabilidad limitada”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMENZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994.
- EMBID IRUJO, J., “¿Hacia un nuevo derecho de sociedades? Reflexiones desde el derecho español”, en *Revista Lex Mercatoria* (núm. 1/2015), Universidad Miguel Hernández, Elche, 2015.
- EMBID IRUJO, J., “Mediación y Derecho Mercantil”, en BOLDÓ RODA, C. y ANDREU MARTÍ, M., *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., “Artículo 350. Causas legales de exclusión”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
 - EMPARANZA SOBEJANO, A. “Artículo 351. Causas estatutarias de exclusión de los socios” en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
 - EMPARANZA SOBEJANO, A., “Concepto corporativo y junta de accionista: Balance de diez años de reglamentos de junta”, en TOBÍO RIVAS, A., *Estudios de Derecho Mercantil. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ENGSIG SØRENSEN, K., “Duty of loyalty for shareholders -a posible remedy for conflicts in SMEs?”, en NEVILLE, M. y ENGSIG SØRENSEN, K., *Company Law and SMEs*. Thomson Reuters Professional, Copenhagen, 2010.
- ENRIQUES, L., “The Mandatory Bid Rule in the Proposed EC Takeover Directive: Harmonization as Rent-Seeking?”, en FERRARINI, G., HOPT, K., WINTER, J. y WYMEERSCH, E., *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
 - ENRIQUES, L., “The mandatory bid rule and the sell-out right in the Takeover Directive: Harmonisation for its own sake?”, en GRANT, J., *European Takeovers. The Art of Acquisition*, Euromoney Books, Londres, 2005.
- ENRIQUES, L., HERTIG, G., KANDA, H y PARGENDLER, M., “Related-Party Transactions”, en KRAAKMAN, R., ARMOUR, J., DAVIES, P., ENRIQUES, L., HANSMANN, H., y otros, *The anatomy of corporate Law. A comparative und functional approach*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

- ESPÍN CÁNOVAS, D., “Los contratos de promesa y de opción en el Código Civil español”, en IGLESIAS PRADA, J., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.
- ESTEBAN VELASCO, G., “Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 2/1994), Aranzadi, Cizur Menor, 1994.
 - ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 5/1995), Aranzadi, Cizur Menor, 1995.
 - ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
 - ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 209. Competencia del órgano de administración”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
 - ESTEBAN VELASCO, G., “Responsabilidad Social Corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y el Gobierno Corporativo” en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- FARRANDO, I., *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Civitas, Madrid, 1998.
- FELIY REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 29/2007), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
 - FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo Familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
 - FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La posible previsión de una causa estatutaria de separación del socio como mecanismo para resolver el bloqueo estatutario”, en *La Ley Mercantil* (núm. 36/2017), Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El código de conducta alemán sobre ofertas públicas de adquisición (“Verhaltensregeln für Freiwillige öffentliche Übernahmeangebote”)", en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.9/1997), Thomson Reuters, Cizur Menor, 1997.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La protección Jurídica del accionista inversor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “Personalidad jurídica de las sociedades de personas: requisitos de forma e irregularidad (Comentario a la STS de 7 de marzo de 2007)", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Derecho de Sociedades I. Comentarios a la jurisprudencia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El régimen jurídico de las asociaciones de accionistas", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (núm. 139/2015), Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La convocatoria de junta general de socios por registradores mercantiles en el ámbito de los artículos 169 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital", en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 46/2016), Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J., “Cuestiones estatutarias de la sociedad de responsabilidad limitada", en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 228/1998), Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “Los acuerdos entre los socios en el derecho español", en TOBÍO RIVAS, A., *Estudios de Derecho Mercantil. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Protocolo Familiar: un instrumento autoregulator de las relaciones sociales", en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.19/2002), Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- FERRARINI, G., “Shareholder Value and the Modernization of European Corporate Law" en HOPT, K. y WYMEERSCH, E., *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- FETT, T. y SPIERING, C., *Handbuch Joint Venture*, C. F. Müller, Múnich, 2010.
- FIELD, H., “Resolving Shareholder Disputes and Breaking Deadlocks in the Close Corporation", en *Minnesota Law Review* (núm.58/1974), University of Minnesota, Mineápolis, 1974: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1427>.

- FIRZGERALD, S. y CAULFIELD, G., *Shareholders' Agreement*, Sweet & Maxwell, Londres, 2017.
- FLAQUER RUITORT, J., “La paralización de la junta general de accionistas”, en *Revista General de Derecho* (núm. 603/1994), Revista General de Derecho, Valencia, 1994.
- FLEISCHER, H. y SCHNEIDER, S., “Shoot-Out Clauses in Partnerships and Close Corporations. An Approach from Comparative Law and Economic Theory”, en *Max Planck Private Law Research Paper* (Núm. 11/13), Hamburgo, 2011: <https://ssrn.com/abstract=1963118>.
- FRADEJAS RUEDA, O., “Paralización de los órganos sociales: Supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, en *Cuadernos de derecho y comercio* (núm. 57/2012), Consejo General de Colegio de Corredores de Seguro, Madrid, 2011.
- FREER, R. y MOLL, D., *Principles of Business Organizations*, West-Thomson Reuters, Saint Paul, 2013.
- GALÁN CORONA, E., “La junta general”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994.
- GALÁN LÓPEZ, C., “Cláusulas de autorización o consentimiento a la transmisión de las acciones”, en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, R., y SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades Anónimas II. Capital y acciones*, Civitas, Madrid, 1994.
- GALEOTE MUÑOZ, M., “Los sindicatos de voto”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y CAMPUZANO LAGUILLO, A., *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán, Liber Amicorum*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- GALGANO, F., “La società per azioni”, en GALGANO, F., *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Cedam, Padova, 1988.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
 - GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Mercados y contratos de futuro y opciones”, en CALVO CARAVACA, A. y FERNÁNDEZ DE LA GANGARA, L., *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997.
 - GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La revisión judicial del valor real/razonable de las acciones fijado por el auditor con ocasión de su transmisión como consecuencia del ejercicio de derechos de adquisición preferente estatutarios”, en *Estudios de*

Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: Libro homenaje al profesor Javier García Villaverde, Marcial Pons, Madrid, 2007.

- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La disolución de la sociedad cooperativa”, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* (núm. 50/2008), Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.32/2009), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 58. Objeto de la aportación”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Las aportaciones sociales”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 36/2011), Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Derecho de sociedades. El derecho estatutario de salida del inversor en las sociedades de capital cerradas”, en MASSAGUER FUENTES, J., ALONSO ESPINOSA, F., CUÑAT EDO, V., GALLEGO SÁNCHEZ, E. y PETIT LAVALL. M., *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal* (núm. 31/2013), Civitas, Madrid, 2013.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil parte primera*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Supuestos anómalos de aportaciones sociales. Aportaciones “a non dominio”, de bienes futuros y de uso”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y ESTEBAN VELASCO, G., *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La configuración estatutaria del derecho de separación por insuficiente reparto de dividendos”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (num.56/2019), Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho Mercantil. Parte Primera*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “La fundación de las sociedades de capital”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J., “Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (1)”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- GARCÍA LUENGO, B., “Limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones”, en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, R., y SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades I. La fundación*, Civitas, Madrid, 1991.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A., “Las cláusulas de arrastre en la doctrina de la dirección general de los registros y el notariado. (A propósito de la resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2017)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 53/2017), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales*, Montecorvo, Madrid, 1977.
 - GARCÍA VILLAVERDE, R., “El ejercicio del derecho de exclusión en las sociedades de responsabilidad limitada”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981.
 - GARCÍA VILLAVERDE, R., “La reforma del Registro Mercantil”, en *Diario la Ley* (núm. 2/1990), La Ley, Madrid, 1990.
- GARRIDO CERDÁ, E., “La calificación registral mercantil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (núm. 31/1992), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.
- GARRIDO DE PALMA, V., “La reforma del derecho de sociedades de capital y las facultades del órgano de administración”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (núm. 4/1988), Editorial La Ley, Madrid, 1988.
 - GARRIDO DE PALMA, V., “La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas”, en *Estudios de Derecho Mercantil, en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

- GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, en IGLESIAS PRADA, J., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.
- GARRIDO DE PALMA, V., “La familia empresaria ante el Derecho”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Bosch, Barcelona, 2005.
- GARRIDO DE PALMA, V., “La familia empresaria: su protocolo”, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo 44, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006.
- GARRIDO DE PALMA, V., “La Sociedad Familiar. Etapas de la Evolución y Modificaciones Estructurales”, en GARRIDO DE PALMA, V., ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J. y ARANGUREN URRIZA, F., *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo derecho de la sociedad anónima*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
 - GARRIGUES, J., “La fundación de la sociedad”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 8/1946), Civitas, Madrid, 1946.
 - GARRIGUES, J., “Fundación de la sociedad”, en GARRIGUES, J., y URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1953.
 - GARRIGUES, J., “Sindicatos de accionistas”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 55/1955), Civitas, Madrid, 1955.
 - GARRIGUES, J., *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971.
 - GARRIGUES, J., “Teoría general de las sociedades mercantiles”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 193-142/1976), Civitas, Madrid, 1976.
 - GARRIGUES, J., *Temas de derecho vivo*, Tecnos, Madrid, 1978.
- GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, P., “Selezione ed operatività delle cause di esclusione del socio di s.r.l.”, en CAMPOBASSO, M., CARIELLO, V., DI CATALDO, V., GUERRERA, F. y SCIARRONE ALIBRANDI, A., *Società, banche e crisi d'impresa*, Utet Giuridica, Torino, 2014.
- GILLES, P., “Contempt of Court- Ungebühr vor Gericht- Richter in eigener Sache”, en LEIPOLD, D., WOLFGANG, L. y YOSHINO, S., *Gedächtnisschrift für Peter Arens*, C. H. Beck, München, 1993.

- GIMENO BEVIÁ, V., ASENSI MERÁS, A., ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., “Principales diferencias Jurídicas entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada”, en *X Jornades de Xarxes d'Investigació en Docència Universitària*, Alicante, 2012.
- GIMENO BEVIÁ, V., *Las condiciones en el Contrato de Compraventa de Empresa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GIMENO SENDRA, V., *Los nuevos procesos de impugnación de acuerdos sociales y de la propiedad industrial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.
- GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en derecho comparado”, en *Revista de Derecho Mercantil* (num.6/1946), Civitas, Madrid, 1946.
 - GIRÓN TENA, J., “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 10/1947), Civitas, Madrid, 1947.
 - GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952.
 - GIRÓN TENA, J., *La evolución de la estructura y significado económico-jurídicos de la empresa en Derecho Marítimo*, Server-cuesta, Valladolid, 1958.
 - GIRÓN TENA, J., “Los cambios de socios en las sociedades de personas”, en *Estudios jurídico en homenaje a Joaquín Garrigues*, Tecnos, Madrid, 1971.
 - GIRÓN TENA, J., *Tendencias Actuales y Reforma del Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1986.
 - GIRÓN TENA, J., “Las reformas varias, pendientes y andantes, de la sociedad anónima en España”, en *Diario la Ley* (núm. 1/1989), La Ley, Madrid, 1989.
- GÓMEZ MENDOZA, M., “Clausulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales en la sociedad cerrada estadounidense”, en IGLESIAS PRADA, J., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.
- GÓMEZ SEGADE, J., “Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978.
- GONDRA ROMERO, J. “La teoría contractual de la sociedad anónima: Una aproximación a sus fundamentos teóricos-económicos”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Estudios de Derecho*

Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

- GOWER, L., “Some contracts between british and american corporation Law”, en *Harvard Law Review* (Vol. 69, Núm. 8, 1956), Harvard Law Review association, Harvard, 1956.
- GRANT, J., “Takeover and the market for corporate control”, en GRANT, J., *European Takeovers. The Art of Acquisition*, Euromoney Books, Londres, 2005.
 - GRANT, J. “Takeover regulation and the balancing of interests”, en GRANT, J., *European Takeovers. The Art of Acquisition*, Euromoney Books, Londres, 2005.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, J., “Escritura de constitución”, en ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 2006.
- GUYON, Y., *Droit des affaires. Droit comercial général et Sociétés*, Economica, París, 1998.
- HAMANN, H. y SIGLE, A., *Vertragsbuch Gesellschaftsrecht*, C. H. Beck, Múnich, 2008.
- HAMILTON, R., MACEY, J. y MOLL, D., *The Law of Business Organizations. Case, materials and problems*, West Academy Publishing, Saint Paul, 2014.
- HENSSLER, M. y STROHN, L., *Gesellschaftsrecht*, C. H. Beck, Múnich, 2019.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, en *Cuadernos de derecho y comercio* (núm. 56/2011), Consejo General de Colegio de Corredores de Seguro, Madrid, 2011.
 - HERNANDO CEBRIÁ, L., *El abuso de la posición jurídica del socio en las Sociedades de Capital*, Bosch, Barcelona, 2013.
 - HERNANDO CEBRIÁ, L., “Mediación en el ámbito del derecho de sociedades”, en BOLDÓ RODA, C. y ANDREU MARTÍ, M., *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- HERZFELD, E. y WILSON, A., *Joint Ventures*, Jordans, Bristol, 1996.
- HEWITT, I., HOWLEY, S. y PARKES, J., *Hewitt on Joint Ventures*, Sweet & Maxwell, Londres, 2016.
- HOPT, K., “Corporate Governance in Germany”, en HOPT, K. y EDDY, WYMEERSCH, *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

- HOPT, K., “Comparative Company Law”, en REIMANN, M. y ZIMMERMAN, R. (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- HOWE, L., “Corporate divorce: deadlocks in the close corporation”, en *The Business Lawyer* (Vol. 22, N. 2, January 1967), American Bar association, Chicago, 1967.
- HYNES, D. y LOEWENSTEIN, M., *Agency, Partnership and the LLC. In a nutshell*, West Academic Publishing, Saint Paul, 2020.
- IGLESIAS PRADA, J., “El proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar”, en *Revista General de Derecho* (núm. 596/1994), Revista General de Derecho, Valencia, 1994.
- ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., *Efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral. A propósito de la Ley 22/2011, de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de diciembre de arbitraje y de regulación de arbitraje institucional en la Administración General del Estado*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2011.
 - ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., “Liquidación de sociedades en supuestos de insuficiencia patrimonial con un solo acreedor: Imposibilidad de inscripción sin resolución judicial”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.41/2013), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- IRRIBAREN, M., “Pactos parasociales y cambios de los socios. (Una visión dinámica de los pactos parasociales)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 53/2018), Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- JIMÉNEZ DE PARGA, R., *Praxis Mercantil. Sociedades Mercantiles. Sociedades por Acciones de Responsabilidad Limitada 17.7.1953*, Praxis, Barcelona, 1954.
 - JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Condicionamientos históricos del Derecho Mercantil en la fase inicial de formación”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., “Constitución de la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Academia Sevillana del Notariado* (tomo 11/1998), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., VIGUERA RUBIO, J. y DÍAZ MORENO, A., “Constitución de la Sociedad”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 4º, Civitas, Madrid, 1999.
- JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría en la sociedad Anónima*, Aranzadi, Cizur Menor, 1995.

- JUSTE MENCÍA, J., “Pactos parasociales e impugnación de acuerdos sociales: el acceso de las minorías al consejo”, en 2009. *Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009.
- LANDEO, C. y SPIER, K., “Irreconcilable Difference: Judicial Resolution of Business Deadlock”, en *The University of Chicago Law Review* (Vol. 81, No. 1. Winter 2014), The University of Chicago Law Review, Chicago, 2014.
- LE CANNU, P., “Validation de la Clause Buy or sell, et durée des pactes d’actionnaires (CA Paris, 2e ch. B, 15 déc. 2006, CMP, STIM et CGTH c/ SNCM et CMN, D. 2007. AJ.162)”, en *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* (núm. 1/2007, Enero/marzo), Dalloz, París, 2007.
- LIBERTINI, M., “Nomina e cessazione dall’ufficio”, en D’ALESSANDRO, F., *Commentario Romano al nuevo diritto delle Società*, Piccin Nuova Libreria, Padova, 2011.
- LOJENDIO OSBORNE, I., “La determinación del precio en las cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión inter vivos de acciones”, en *Estudios de Derecho Mercantil, en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- LOJENDIO OSBORNE, I., “Aportaciones Sociales”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dir.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles Tomo XIV, Volumen 1ºA*, Civitas, Madrid, 1999.
- LUCEÑO OLIVA, J., “Los pactos parasociales como instrumento de protección del socio minoritario. Una propuesta de contenido mínimo”, en *Diario la Ley* (núm. 7422/2010), La Ley, Madrid, 2010.
- LUCEÑO OLIVA, J. y GUERRERO MACHADO, E., “Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las joint ventures o sociedades conjuntas. Un análisis de posibles cláusulas-tipo”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (núm. 4/2015), Wolters Kluwer España, Madrid, 2015.
- MACHADO PLAZAS, J., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad por las deudas sociales y la cuestión relativa a la aplicación retroactiva del artículo 367 LSC”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010

- MADRID PARRAS, A., “Representación y transmisión de acciones. Cláusulas limitativas”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 203/1992), Civitas, Madrid, 1992.
- MAFFEIS, D., “La vendita di partecipazioni social: natura, contenuto e tipi”, en Vincenzo Roppo, *Trattato dei contratti I. Vendita e vendite*, Giuffrè Editore, Milán, 2014.
- MALIMPENSA, E., “I nuovi tipi di circolazione forzata delle partecipazioni sociali: spunti di riflessione” en ABBADESSA, P., ANGELICI, C. y MAZZONI, A., *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011.
- MARTÍ, J., “El contrato de Sociedad en el Derecho Codificado español con especial referencia al Código Civil”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 194/1989), Civitas, Madrid, 1989.
- MARTÍNEZ SANZ, F. y EMBID IRUJO, J., “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 7/1996), Aranzadi, Cizur Menor, 1996.
- MASSAGUER FUENTES, J., “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Revista General de Derecho* (núm. 603/1994), Revista General de Derecho, Valencia, 1994.
 - MASSAGUER FUENTES, J., “El Derecho mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una Aproximación”, en IGLESIAS PRADA, J., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.
 - MASSAGUER FUENTES, J., “Régimen de la convocatoria de la junta general por el letrado de la administración de justicia y el registrador mercantil.”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 56/2019), Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
 - MASSAGUER FUENTES, “La propagación de la ineficacia de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 319/2021), Civitas, Madrid, 2021.
- MEJÍAS GÓMEZ, J., “La transmisión de las participaciones sociales”, en *Diario la Ley* (núm. 4/1995), La Ley, Madrid. 1995.
- MENÉNDEZ, A., *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1974.
 - MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978.

- MENÉNDEZ, A., “La configuración y la representación de la participación social”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán Liber Amicorum*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015
- MENÉNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disposiciones Generales”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dir.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 1.A., Civitas, Madrid, 1999.
- MENGUAL y MENGUAL, J., *La opción como derecho y como contrato*, Reus, Madrid, 1936.
- MERCADER, J., “El contrato de trabajo y el contrato de sociedad” Una larga historia de encuentros y desencuentros”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán Liber Amicorum*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- MERCADER, J. y PORTELLANO DÍEZ, P., “La sociedad laboral: sencillamente una sociedad especial (a propósito de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales)”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* (núm. 1/1997), Wolters Kluwer España, Madrid, 1997.
- MERINO MERCHÁN, J., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, en *Revista jurídica de Castilla y León* (núm. 29/2013), Junta de Castilla y León, Valladolid, 2013: <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1284253339728/Redaccion>.
- MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M., *Las opciones sobre acciones como sistema de retribución de administradores de sociedades anónimas cotizadas*, La Ley, Madrid, 2009.
- MORCK, R. y SREIER L., “The global History of Corporate Governance. An Introduction”, en MORCK, R., *A History of Corporate Governance around the World. Family Business Group to Professional Managers*, The University of Chicago Press, Chicago, 2005.
- MOYA BALLESTER, J., “El derecho de separación del socio cooperativo y el principio de puerta abierta”, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* (núm. 50/2008), Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
 - MOYA BALLESTER, J., *El procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2010.
 - MOYA BALLESTER, J., *La Responsabilidad de los administradores de sociedades en situaciones de crisis*, La Ley, Madrid, 2010.

- MOYA BALLESTER, J., “Artículo 23. Estatutos Sociales”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- MOYA BALLESTER, J., “Derecho de sociedades. El derecho de salida ad nutum y la valoración de las Participaciones”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978.
- NEVILLE, M., “A statutory buy-out right in SMEs – an important corporate governance mechanism and minority protection” en NEVILLE, M. y ENGSIG SØRENSEN, K. Karsten Engsig Sørensen, *Company Law and SMEs*, Thomson Reuters Professional, Copenhagen, 2010.
- NIETO CAROL, U., “Régimen jurídico de las participaciones sociales. La transmisión”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994.
- NIGHTINGALE, C., *Joint Ventures*, Longman Law, Londres, 1990.
- O’NEAL, H., “Restrictions on Transfer of Stock in Closely Held Corporations: Planning and Drafting”, en *Harvard Law Review* (Vol. 65, núm.5), Harvard Law Review association, Harvard, 1952.
- O’NEAL, H. y THOMPSON, R., *Oppression of minority shareholders and LLC members*, Thomson Reuters/West, Eagan, 2011.
 - O’NEAL, H. y THOMPSON, R., *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, Thomson Reuters/West, Eagan, 2018.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Arbitraje intraestatutario. Su reconocimiento legal”, en MASSAGUER FUENTES, J., ALONSO ESPINOSA, F., CUÑAT EDO, V., GALLEGUO SÁNCHEZ, E. y PETIT LAVALL. M., *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- OLIVENCIA, M., “Las prestaciones accesorias”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994.
 - OLIVENCIA, M., “Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones”, en *Estudios de Derecho Mercantil*, en

Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

- OSSORIO, A., *El contrato de opción*, Madrid, 1915.
- OTERO LASTRES, J., “Las ventajas particulares en la fundación de la sociedad anónima”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 147/1977), Civitas, Madrid, 1977.
 - OTERO LASTRES, J., “La reforma de la legislación sobre sociedades: Sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada”, en *Diario la Ley* (núm. 2/1987), La Ley, Madrid, 1987.
- PAINTER, W., *Corporate and tax aspects of closely held corporations*, Little, Brown and Company, Toronto, 1981.
- PAZ-ARES, C., *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Civitas, Madrid, 1996.
 - PAZ-ARES, C., “La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
 - PAZ-ARES, C., “La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
 - PAZ-ARES, C., “La sociedad mercantil: Mercantilidad e irregularidad de las sociedades”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
 - PAZ-ARES, C., “Los pactos parasociales. Su eficacia”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. y GARRIDO DE PALMA, V., *El patrimonio Familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, (T. IV)*, Bosch, Barcelona, 2005.
 - PAZ-ARES, C., “Aproximación al estudio de los squeeze-outs en el Derecho Español”, en *Themis-Revista de Derecho* (núm. 59/2011), 2011. Accesible a través de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110620>.
 - PAZ-ARES, C., “La validez de los pactos parasociales”, en *Diario la Ley* (núm. 7714/2011), La Ley, Madrid, 2011.
 - PAZ-ARES, C., “La denuncia *ad nutum* de los contratos de duración indeterminada: entre derecho dispositivo y el derecho imperativo. (reflexiones a propósito de *joint Ventures* y pactos parasociales)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

- PEINADO GRACIA, J., “Abnegación y silencio en la sociedad mercantil (apuntes sobre los conflictos de interés entre el socio y su sociedad)”, en OLMEDO PERALTA, E., GALACHO ABOLAFIO, A., GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. y COHEN BENCHETRIT, A., *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
 - PEINADO GRACIA, J., “La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores. Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 331/2019), Civitas, Madrid, 2019
- PEÑAS MOYANO, M., “Prestaciones accesorias”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dir.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Tomo XIV, Volumen 4º. Civitas, Madrid, 1999.
- PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitraje Estatutario”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015: <http://hdl.handle.net/10016/21044>.
- PERDICES HUETOS, A., “Restricciones a las transmisiones de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. y GARRIDO DE PALMA, V., *El patrimonio Familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, (T. IV)*, Bosch, Barcelona, 2005.
 - PERDICES HUETOS, A., “Comentario a la RDGRN de 15 de noviembre de 2016 sobre determinación estatutaria del valor de participaciones (RJ 2016, 6056)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.49/2017), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, en *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona* (núm. 4/1992), Bosch, Barcelona, 1992.
 - POLO SÁNCHEZ, E., “Abuso o Tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima”, en *Revista Jurídica del Notariado* (núm. 14/1995), Consejo General del Notariado, Madrid, 1995.
- PULGAR EZQUERRA, J., “La pérdida de la condición del socio en el marco cooperativo: Su baja y expulsión”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

- PULGAR EZQUERRA, J., “La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 36/2011), Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (num.129/2013), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Derecho europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la competencia”, en *Revista Española de Derecho Europeo* (núm. 60/2016), Civitas, Madrid, 2016.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Holdout accionarial, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio (1)”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* (Núm.27/2017), Wolters Kluwer España, Madrid, 2017.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1989.
 - QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. (8/1997), Thomson Reuters, Cizur Menor, 1997.
- QUINTANA CARLO, I. “La reforma del derecho de sociedades de capital: su oportunidad y significado”, en QUINTANA CARLO, I., *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Trivium, Madrid, 1989, págs. 7 a 9.
- RAGAZZO, R, y MOLL, D., *Closely Held Business Organizations. Cases, materials, and problems*, Thomson-West, Saint Paul, 2006.
- REECE THOMAS, K, y RYAN C., *The Law and the practice of shareholders’ agreements*”, LexisNexis, Londres, 2009.
- REISER, T. y VEIL, R., *Recht der Kapitalgesellschaften*, Verlag Franz Vahlen, Múnich, 2010.
- PALÁ LAGUNA, R., “La Fundación de la Sociedad. Escritura Fundacional y Estatutos Sociales”, en ALCALÁ DÍAZ, M., *Creación, Gestión, Estrategia y Administración de la PYME*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- RICKFORD, J., “Takeovers in Europe -shareholder decisions and open markets- a UK perspective”, en GRANT, J., *European Takeovers. The Art of Acquisition*, Euromoney Books, Londres, 2005.

- ROCK, E., DAVIES, P., KANDA, H., KRAAKMAN, R. y RINGE, W., “Fundamental changes”, en KRAAKMAN, R., ARMOUR, J., DAVIES, P., ENRIQUES, L., HANSMANN, H., y otros, *The anatomy of corporate Law. A comparative und functional approach*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades de limitadas”, en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. y GARRIDO DE PALMA, V., *El patrimonio Familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, (T. IV)*, Bosch, Barcelona, 2005.
 - RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Algunas reflexiones sobre la crisis de la junta de las sociedades de capital”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Estudios de derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J., “Presupuestos y efectos de la Inscripción y de la publicación. Los pactos reservados”, en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, R., y SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades Anónimas I. La Fundación*, Civitas, Madrid, 1991.
- ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “La sociedad anónima como problema”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 187/1988), Civitas, Madrid, 1988.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (Núm. 618), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 6. Indicación del tipo social”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 19. La constitución de las sociedades”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
 - ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 20. Escritura pública e inscripción registral”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

- ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., “Artículo 204. Acuerdos impugnables”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “El capital social mínimo: Consideraciones de política y de técnica legislativas”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 178/1985), Civitas, Madrid, 1985.
- ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Artículo 5. Prohibición de capital inferior al mínimo legal”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor 2011.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., “La compra y venta forzosas de acciones (sell out y squeeze out)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.33/2009), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., “Acciones y participaciones”, en *Revista de derecho de Sociedades* (núm. 36/2011), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- ROSENGARTEN, J., BURMEISTER, F., KLEIN, M., *The German Limited Liability Company*, C.H. Beck, Múnich, 2020.
- RUBIO, J., *El principio de conservación de la empresa y disolución de Sociedades mercantiles en el Derecho español*, Madrid, 1935.
- SACRISTÁN REPRESA, M., “El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 165/1982), Civitas, Madrid, 1982.
- SÁEZ LACAVE, M., “Artículo 33. Efectos de la inscripción”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- SÁEZ LACAVE, M., “Artículo 35. Publicación”, en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- SÁEZ LACAVE, M. y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Inversiones específicas, oportunistas y contrato de sociedad. (A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along)”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.28/2007), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007.
- SALELLES CLIMENT, J., “Disolución”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. y GÓRRIZ, C., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 2009,

- SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El Derecho de suscripción preferente del accionista*, Civitas, Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ CALERO, F., “Escritura y estatutos sociales”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J. y NIETO CAROL, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994.
 - SÁNCHEZ CALERO, F., “Las sociedades cotizadas o bursátiles en el derecho español”, en POLO DÍEZ, A., *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells. Tomo III*, La Ley, Madrid, 1994.
 - SÁNCHEZ CALERO, F., “Evolución de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales por falta de promover la declaración de disolución de la sociedad”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal: Libro homenaje al profesor Javier García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones del Derecho Mercantil*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La transmisión de las participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 6/1996), Aranzadi, Cizur Menor, 1996.
- SCHMIDT, K., *Gesellschaftrecht*, Múnich, 2002.
- SELDEN HARVEY, R., *Rights of the Minority Stockholder and of the Railway Security Holder*, Baker, Voorhis & Co, Nueva York, 1929.
- SENÉN DE LA FUENTE, G., *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1965
- SEQUEIRA MARTÍN, A., “Aproximación al concepto de publicidad registral y de su eficacia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (núm. 589/1988), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1988.
 - SEQUEIRA MARTÍN, A., “Derecho de separación y la exclusión del socio”, en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm.36/2011), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- SERRANO ACITORES, A., “Mecanismos formales para la generación de la confianza interempresarial en las operaciones corporativas”, en *La Ley mercantil* (núm. 4-5/2014), Wolters Kluwer España, Madrid, 2014.

- SERRANO ACITORES, A., “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario en una sociedad de capital”, en *Revista Lex Mercatoria* (núm. 1/2015), Universidad Miguel Hernández, Elche, 2015.
- SILBERBERGER, C., *Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft als Finanzintermediär*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- SINGLETON, S., *Joint Ventures and Shareholders’ Agreements*, Bloomsbury, Londres, 2013.
- THOMPSON, R., “Corporate dissolution and shareholders’ reasonable expectations”, en *Washington University Law Quarterly* (núm. 66/1988), Washington University, Washington, 1988.
- STEDMAN, G. y JONES, J., *Shareholders’ Agreement*, Sweet & Maxwell, Londres, 1998.
- STEWART, C., “Trust, Trustees and Family Businesses”, en KAPLAN, A. y HAUSER, B., *Trust in Primer Jurisdictions*, Globe Law and Business Ltd, Surrey, 2020.
- STOUT, L., “Trust Behavior: The Essential Foundation of Securities Markets”, en KENT BAKER, H. y NOFSINGER, J., *Behavioral Finance. Investors, Corporations, and Markets*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2010.
- SÚAREZ-LLANOS, GÓMEZ, L., “Sobre la separación de un socio en las sociedades de personas”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978.
- URÍA, R., “Órganos de la Sociedad”, en GARRIGUES, J., y URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1953.
 - URÍA, R., “Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 60/1956), Civitas, Madrid, 1956.
 - URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Madrid, 1975.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Artículos 104 a 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dir.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 4º. Civitas, Madrid, 1998.

- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La sociedad anónima: principios fundamentales”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J., “La sociedad de Responsabilidad Limitada: Principios fundamentales. Disposiciones generales. Fundación” en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
 - URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J., “La sociedad de Responsabilidad Limitada: Exclusión y Separación de socios”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
 - URÍA, R., MENÉNDEZ, A. e IGLESIAS PRADA, J., “La sociedad de Responsabilidad Limitada. Las participaciones sociales: II. Transmisión. Negocios sobre las propias participaciones. Derechos Reales”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Cuestiones generales del derecho mercantil. La unificación del Derecho privado de obligaciones y contratos español”, en MASSAGUER FUENTES, J., ALONSO ESPINOSA, F., CUÑAT EDO, V., GALLEGO SÁNCHEZ, E. Y PETIT LAVALL, M., *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013
- VARELA VARGAS, A., JUSTE MENCÍA, J. y ERLAIZ COTELO, Í., “Las operaciones de Public to Private”, en ÁLVAREZ ARJONA, J. y ERLAIZ COTELO, Í., *Capital Riesgo (Private Equity) Aspectos regulatorios, mercantiles, financieros, fiscales y laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- VELASCO ALONSO, A., “El contenido económico de la cifra capital en las sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 22/1949), Civitas, Madrid, 1949.
 - VELASCO ALONSO, A., *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Derecho Financiero, Madrid, 1981.
- VELASCO SAN PEDRO, L., “El derecho de suscripción preferente”, en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, R., y SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades Anónimas I. Modificación de estatutos: Aumento y reducción del capital social*, Civitas, Madrid, 1994.
 - VELASCO SAN PEDRO, L., “¿Institución o contrato? Reflexionando (una vez más) sobre el carácter imperativo o dispositivo que debiera tener el derecho de

sociedades de capital”, en TOBÍO RIVAS, A., *Estudios de Derecho Mercantil. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

- VELASCO SAN PEDRO, L. y TAPIA HERMIDA, A., “De la fundación de la Sociedad”, en SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas (Tomo I)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997.
- VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen de transmisión de las participaciones sociales (artículos 26 a 34 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dir.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 1ºB, Civitas, Madrid, 1999.
 - VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “Modificaciones en el régimen de la sociedad cooperativa relativas a la constitución del capital social”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLOREZ, A., *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
 - VÉRGUEZ SÁNCHEZ, M., “En torno a algunas causas del derecho de separación del socio”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- VICENT CHULIÁ, F., “Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de votos”, en ALONSO LEDESMA, C. y otros, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991.
 - VICENT CHULIÁ, F., “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales”, en *Revista General de Derecho* (núm. 603/1994), Revista General de Derecho, Valencia, 1994.
- VIERA GONZÁLEZ, A., *Las sociedades de capital cerradas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
 - VIERA GONZÁLEZ, A., “Algunas reflexiones sobre el «proyecto de Real Decreto regulador de la publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar», en *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 26/2006), Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
 - VIERA GONZÁLEZ, A., “Modificaciones estructurales y restricciones a la transmisión de acciones y participaciones de una sociedad de capital cerrada integrada por personas jurídicas (1)”, en *Diario la Ley* (núm. 38/2017), La Ley, Madrid, 2017.

- VIVANTE, C., *Trattato de Diritto Commerciale. Vol. 2 Le società commerciali*, Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1928.
- WOLF, R., *The law and Practice of Shareholders' Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014.
- WOLFRAM, J., *Us-amerikanischer Deadlock und Selbstblockade der GmbH-Organe*, J. Wolfram, Hamburg, 1999.
- WOOD, R., “Dissolution of Limited Liability Companies”, en WOOD, R., *Limited Liability Companies. Formation, Operation, and Conversion*, Panel Publishers, Nueva York, 2001.
- WOOD, R. y SPUDIS, B., “Limited Liability Companies: an introduction”, en WOOD, R., *Limited Liability Companies. Formation, Operation, and Conversion*, Panel Publishers, Nueva York, 2001.
- YANES YANES, P., “Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones: supuestos especiales”, en ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, R., y SÁNCHEZ CALERO, F., *Derecho de Sociedades Anónimas II. Capital y acciones*, Civitas, Madrid, 1994.
- ZANARONE, G., “El tipo de la S.R.L. e l'autonomia delle parti” en GALGANO, F., *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia* (V. 8), Cedam, Padova, 1985.