



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**CLÁUSULAS ENTRE SOCIOS Y
MECANISMOS ANTIBLOQUEO DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

Autor: Patricia Clar Ramírez

5º E3, grupo A

Área de Derecho Mercantil

Tutor: Abel Veiga Copo

Madrid

Abril 2019

RESUMEN

La paralización de los órganos societarios, situación en la que se impide por completo la adopción de acuerdos sociales se conoce, en la práctica mercantil, como bloqueo societario. Es, en nuestro ordenamiento jurídico, una de las causas legales de disolución, quedando la sociedad completamente extinguida. Sin embargo, amparado por el principio de la autonomía de la voluntad, se permite, en nuestro derecho societario, que se establezcan mecanismos de solución alternativos que busquen, además de resolver el conflicto, la continuidad de la sociedad a largo plazo. Este trabajo tiene como objetivo el análisis de los distintos mecanismos antibloqueo existentes, así como la mejor alternativa para su configuración, a saber, la modificación estatutaria o la suscripción de pactos parasociales.

PALABRAS CLAVE: bloqueo societario, paralización de los órganos sociales, disolución, mecanismos antibloqueo, pactos parasociales, modificación estatutaria.

ABSTRACT

The paralysis of corporate bodies, a situation in which the adoption of corporate agreements is completely prevented, is known in commercial practice as deadlock. In our legal system, it is one of the legally provided dissolution causes. As a result of it, the company ceases to exist. However, our corporate law allows the establishment of alternative solution mechanisms that seek, in addition to resolving the conflict, the long – term continuity of the company. This possibility is allowed by the principle of party autonomy. The aim of this research is to analyze the different anti – blocking mechanisms, as well as studying which is the best alternative for their configuration, a modification of the Articles of Association or signing shareholders' agreements.

KEYWORDS: deadlock, paralysis of corporate bodies, dissolution, anti – blocking mechanisms, shareholders' agreements, modification of the Articles of Association.

ÍNDICE

1.	Introducción.....	5
2.	Bloqueo societario	7
2.1.	Concepto.....	7
2.2.	Marco normativo	10
3.	Mecanismos de solución del bloqueo societario	18
3.1.	Cláusulas que inciden en el derecho de voto.....	19
3.2.	Establecimiento de un derecho de separación	27
3.3.	Cláusulas de arrastre y de acompañamiento.....	30
3.4.	Cláusula duelo	33
3.5.	La subasta	36
3.6.	Cláusula tejana.....	38
4.	Estatutos sociales y pactos parasociales	40
4.1.	Estatutos sociales.....	40
4.2.	Pactos parasociales	41
4.2.1.	Mecanismos ante el incumplimiento	43
i.	<i>Acción de cumplimiento</i>	43
ii.	<i>Acción de remoción</i>	44
iii.	<i>Indemnización de daños y perjuicios</i>	45
4.2.2.	Oponibilidad frente a la sociedad de los pactos parasociales	46
4.3.	Valoración final	49
5.	Conclusiones.....	51
6.	Bibliografía.....	53
6.1.	Jurisprudencia.....	53
6.2.	Obras doctrinales	55

LISTADO DE ABREBIATURAS

Art.	Artículo
CC	Código Civil
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SL	Sociedad Limitada
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

El bloqueo societario, situación que se produce por la imposibilidad de llegar a acuerdos sociales, es una de las causas de disolución obligatorias que recoge 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 (en adelante, LSC). Si bien se trata de un problema que puede acontecer en cualquier tipo de sociedad, son especialmente vulnerables las sociedades de carácter cerrado en las que el capital social está igualmente dividido en dos partes (confección típica de las sociedades familiares)¹. En ellas, los conflictos internos creados por la estructura corporativa impiden el funcionamiento normal de la sociedad, privándola de continuar tanto con sus operaciones habituales, como con cualquier otra modificación de carácter sustancial que quiera realizarse, ya sea, por ejemplo, una fusión o un cambio en los estatutos.

A pesar de que frente a ello exista una solución de carácter legal, a saber, la liquidación y posterior disolución, resultaría más conveniente acudir a otra alternativa cuyo remedio no implique, directamente y, en primer lugar, la extinción de la sociedad, sino su continuidad. Dado que los socios fundadores, al constituir la sociedad, se muestran reticentes a creer que se producirá una futura desconfianza recíproca entre ellos, la regulación de nuestra LSC resulta bastante insatisfactoria, pues acude a una solución muy extremista². No obstante, su apreciación por parte de los tribunales exige la concurrencia de varios requisitos, pues la situación de bloqueo debe, en efecto, paralizar de manera definitiva la sociedad.

Por ello, tras una aproximación al concepto de bloqueo societario, la definición de las situaciones comunes en las que acontece y un breve estudio del mecanismo legal y comentarios jurisprudenciales al respecto, se analizan en el presente trabajo una serie de

¹ Sanz Bayón, P., “Fundamentación de la causa disolutiva por paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital”, *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del Derecho*, Universidad de Málaga, 2014 (disponible en https://www.researchgate.net/publication/267747826_Fundamentacion_de_la_causa_disolutiva_por_paralizacion_de_los_organos_sociales_en_las_sociedades_de_capital *Rationale of Corporate Deadlock as Ground for Dissolution*; última consulta el 11/3/2019).

² Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p.56.

mecanismos que, de carácter estatutario o meramente contractual, tienen como objetivo tanto el desbloqueo societario, como la futura permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico. La validez de estas cláusulas, como se observará, no parece plantear problema alguno, pues queda amparada por el principio de la autonomía de la voluntad que recoge el artículo 28 LSC.

En último lugar, se analizará el sistema más adecuado para su configuración, esto es, a través de los estatutos sociales, o mediante la suscripción de un pacto parasocial. Como se podrá comprobar, esta elección será relevante en la medida en que los efectos de una u otra opción difieren considerablemente. Por un lado, los estatutos sociales aseguran una eficacia plena, pero su admisión no es sencilla. Por otro lado, el pacto parasocial, dado carácter contractual, admite gran variedad de disposiciones. Sin embargo, su eficacia no está del todo asegurada, distinguiéndose, a estos efectos, dos tipos de pactos, *inter partes* y omnilaterales.

2. BLOQUEO SOCIETARIO

2.1. Concepto

El modelo de organización corporativa de las sociedades de capital está formado por dos órganos, la junta general de accionistas y el órgano de administración. Ambos tienen atribuidas, entre otras, competencias de deliberación en los asuntos estratégicos que marcan el funcionamiento de la sociedad. Para ello, se prevén legal o estatutariamente el alcance de determinadas mayorías o quórumos tanto para la constitución como para la toma de decisiones. Sin embargo, puede suceder que, por cualquier motivo, los socios o representantes del capital no consigan llegar a un acuerdo, generándose una discrepancia de votos igualitaria, es decir, un empate. En estos casos en los que la adopción de acuerdos deviene imposible, se produce una situación conocida como bloqueo societario o, en términos de derecho norteamericano, *deadlock*.

Si bien el bloqueo societario puede presentarse en ambos órganos, el artículo 160 LSC atribuye a la junta general de accionistas competencias para la separación y nombramiento de los administradores. Por ello, si éste se bloquease, los accionistas reunidos en Junta dispondrían de un mecanismo para solventar la situación. Sin embargo, cuando el bloqueo societario afecta a la junta general de accionistas, resulta necesario prever a los socios de mecanismos, ya sean *ex ante* o *ex post*, que permitan a la sociedad avanzar pese a las discrepancias, pues como se observará a continuación, la solución legal que prevé nuestro ordenamiento jurídico es la disolución de la sociedad (artículo 363.1.d) LSC).

En una primera clasificación, se diferencian dos tipos de sociedades, abiertas (o cotizadas) y cerradas. Respecto al bloqueo societario, es ésta última la que presenta mayores problemas, pues en las sociedades cotizadas es habitual la venta de acciones al mercado para evitar la disolución de la sociedad tras una paralización societaria³. Esto es, cualquiera de las partes sometidas al bloqueo societario, en una sociedad cotizada en el mercado, podría acudir al propio mercado abierto y adquirir acciones que le permitan alcanzar la necesaria mayoría para desbloquear la situación. Incluso, la propia sociedad

³ Fernández del Pozo, L., "Paralización de órganos sociales y autonomía de la voluntad", *Almacén de Derecho* (blog), 2018 (disponible en: <https://almacenederecho.org/paralizacion-organos-sociales-autonomia-la-voluntad/>; última consulta: 14/01/2019).

podría acudir a la autocartera, bien mediante su adquisición, bien mediante su venta y solucionar la situación de bloqueo. No obstante, es importante tener en cuenta las restricciones que, en materia de autocartera, recogen tanto la LSC como el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV). Por un lado, se establece, en el artículo 509 LSC, que la sociedad no podrá adquirir, en autocartera, acciones que representen un porcentaje mayor del 10% del capital social. Por otro lado, se prevén en la LMV una serie de reglas con el objetivo de evitar variaciones fraudulentas en el precio de cotización de la acción, tales como la prohibición de realizar operaciones de autocartera previas a la publicación de las cuentas de la empresa ⁴. Asimismo, puede ser el propio socio el que decida salir de la sociedad mediante la enajenación de sus acciones en el mercado y, con ello, la liquidación del paquete accionario⁵.

Sin embargo, en las sociedades cerradas, al no existir un mercado como el anterior, es necesario otro instrumento, esta vez de carácter interno, que permita romper el empate y evite el bloqueo societario. Dentro de las sociedades cerradas, son las pequeñas y medianas empresas formadas por dos socios (cada uno de los cuales ostenta la mitad del capital social) aquellas en las que es más habitual la situación de bloqueo⁶. Establece nuestra jurisprudencia que el bloqueo *“no sólo es posible en la válida constitución de la Junta porque los estatutos puedan prever un quórum reforzado, sino también, como en el presente caso, por la imposibilidad de que, una vez constituida, puedan alcanzarse acuerdos debido al enfrentamiento entre dos grupos paritarios de accionistas en sociedades cerradas, o familiares”*⁷.

No obstante, la discrepancia paritaria puede darse en cualquier estructura de capital en la que la representación del 50% se enfrente al otro 50% (que puede estar formado por un número reducido o elevado de socios), o bien haya tres grupos de socios cuyas desavenencias impiden el alcance de cualquier mayoría o unión.

⁴ De Carlos Bertrán, L., “La sociedad cotizada”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 39, 2015, pág. 35 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4613/documento/at02.pdf?id=5765>; última consulta el 2/4/2019)

⁵ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. p.14.

⁶ Fernández del Pozo, L., “Paralización de órganos sociales y autonomía de la voluntad”, cit.

⁷ SAP Pontevedra de 27 de noviembre de 2015 y STS de 5 de junio de 1978, de 15 de diciembre de 1982, de 12 de noviembre de 1987 y de 26 de septiembre de 2014, entre otras.

Ahora bien, puede suceder que la paralización societaria no responda a la situación anteriormente descrita, es decir, a dos grupos de socios cuya participación es paritaria en desacuerdo. Ello se debe a que, en ocasiones, lo relevante no es la titularidad de ese 50% del capital social, sino el poder político que cada socio ostente dentro de la sociedad. De hecho, si las participaciones confiriesen a sus titulares un derecho de voto plural (y no proporcional al capital representado), podría incluso suceder que un socio minoritario se enfrente a otro mayoritario. No obstante, dicha posibilidad solo puede darse en las sociedades de responsabilidad limitada, pues el artículo 96.2 LSC prohíbe la alteración de la proporcionalidad entre el valor nominal de las acciones y los derechos políticos inherentes a las mismas⁸.

Asimismo, en aquellos casos en los que estatutariamente se prevea una mayoría reforzada para la toma de decisiones, aquellos socios que ostenten una participación inferior al 50% del capital social podrán interferir en el funcionamiento de la sociedad simplemente por el veto a los acuerdos que se tratan de establecer⁹, produciéndose también una situación de paralización societaria.

⁸ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 43.

⁹ STS de 15 mayo del 2000.

2.2. Marco normativo

El único mecanismo nuestra Ley de Sociedades de Capital prevé para solucionar la situación de bloqueo societario es la disolución de la sociedad. Dicha disposición se recoge en el artículo 363.1.d) LSC, que establece:

1. La sociedad de capital deberá disolverse:

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

En primer lugar, hay que señalar que el legislador, por órganos sociales, no está haciendo referencia al órgano de administración y a la junta general de accionistas, sino a ésta última exclusivamente. Como se ha señalado previamente, la paralización del órgano de administración ni es definitiva, ni afecta a la continuidad de la sociedad, pues la lectura conjunta de los artículos 160 y 223 LSC confiere a la junta general de accionistas, la separación y cese de los administradores en cualquier momento y sin necesidad de que figure en el orden del día¹⁰. De hecho, si no se llegase a un acuerdo respecto al cese de los administradores que están provocando el bloqueo, sería la propia junta general la que, disponiendo de un mecanismo de solución, no pone fin la situación provocando, por lo tanto, la paralización de la sociedad.

A diferencia de nuestro sistema, en el derecho comparado, concretamente, el francés e italiano, se prevé expresamente que la paralización societaria va referida, exclusivamente, a la junta general de accionistas, y no a los dos órganos, como establece nuestro legislador¹¹. Así, el Code Civil francés (*Loi 78-9 1978-01-04*), en su artículo 1844.5°, menciona únicamente a los socios (y no consejeros) al establecer que la sociedad se extinguirá con «*la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société*». En

¹⁰ Fradejas Rueda, O., “Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* (Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), 2012, pág. 8 (disponible en: https://eprints.ucm.es/14689/1/Fradejas%2C_Olga.pdf; última consulta el 14/3/2019).

¹¹ Álvarez Royo – Villanova, S., “Situaciones de bloqueo en las sociedades de capital. La disolución judicial y sus alternativas”, *Cuadernos de Derecho comparado y Comercio*, núm. 49, 2009, pág. 62.

la misma línea, el derecho de sociedades italiano, en el que se inspira nuestro derecho societario, recoge, como causa de disolución, «*l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea*», en el artículo 2484.3) del Codice Civile (approvato con Regio Decreto del 16 de marzo 1942), que ignora cualquier mención al órgano de administración. No obstante, nuestra propia jurisprudencia, a pesar de la dicción literal de la LSC, ha admitido que la paralización societaria “*no se refiere propiamente al órgano de administración, sino a la junta de socios*”¹².

Por lo tanto, aclarado que el único órgano corporativo en el que puede producirse la paralización societaria es en la junta general de accionistas, procede distinguir los tres supuestos en los que ésta puede acontecer, a saber, la convocatoria, la constitución y alcance de acuerdos sociales¹³.

En primer lugar, resulta necesario distinguir qué clases de junta prevé la LSC, pues las reglas y contenido de estas es distinto para cada una de ellas. La primera, y la más esencial, es la junta ordinaria, reunión de la que no puede prescindirse en tanto que deberán aprobarse la gestión de la sociedad, las cuentas del ejercicio anterior y el destino y aplicación del resultado, materias imprescindibles para el adecuado funcionamiento de la sociedad. A pesar de este contenido mínimo expresamente establecido, puede tratarse en ella cualquier asunto. En materia de celebración, ésta debe ser necesariamente convocada y celebrada en los seis primeros meses del ejercicio económico (aunque el propio artículo, en su segundo apartado, declara la validez de toda convocatoria y celebración fuera de plazo). En segundo lugar, se establece, en el artículo 165 LSC, la junta general extraordinaria, que se define como toda junta no calificada como ordinaria. De ello deducimos, por un lado, que podrá tratarse en ella cualquier asunto que no esté expresamente atribuido a la junta ordinaria y, por otro lado, que su celebración no es obligatoria.

Aparte de los dos tipos de junta mencionados, ordinaria y extraordinaria, existen a lo largo de la LSC dos clases adicionales, la junta especial y la junta universal. La primera de ellas, mencionada expresamente en los artículos 293 y 329 LSC, tiene como objetivo la

¹² SAP de Madrid núm. 135/2014 de 28 de abril de 2014.

¹³ Fradejas Rueda, O., “Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, cit. pág. 11.

protección de los derechos de los socios titulares de acciones pertenecientes a una clase determinada. De esta manera, aquellos asuntos que afecten directamente a una clase de acciones deberán ser acordados en una junta especial por los titulares de dichas acciones o participaciones. Asimismo, procederá la celebración de esta junta cuando la reducción de capital mediante la amortización de acciones o participaciones no afecte por igual a cada una de ellas. Por último, constituye junta universal toda reunión de socios en la que se cumplan dos condiciones. Por un lado, que esté presente o representado la totalidad del capital social y, por otro, que se acuerde, por unanimidad, la celebración de la reunión.

Retomando los supuestos susceptibles de paralización societaria, la ley exige como requisito para la válida constitución de la junta, su previa convocatoria. La única excepción al respecto es la junta universal, en la que el artículo 178 LSC prescinde expresamente de ella. Dicha convocatoria corresponde, *ex art.* 166 LSC, a los administradores. No obstante, establece el artículo 168 LSC que podrán solicitar la convocatoria al órgano de administración, el socio o socios que representen, al menos, el 5% del capital. Por ello, el bloqueo societario acontecerá en aquellos casos en los que, o bien los administradores no la estiman oportuna la convocatoria, o bien no se consiga reunir un 5% del capital social que la solicite. Si bien estas reglas son aplicables a cualquier clase de junta, ordinaria o extraordinaria, para que se hable de efectiva paralización de los órganos sociales, debe ser la junta general ordinaria la que no pueda ser convocada, pues los asuntos que no hayan podido ser tratados en la junta extraordinaria, podrán acordarse en la ordinaria, que admitirá cualquier cuestión que sea determinante de la continuidad de la sociedad¹⁴.

Respecto a los plazos, si bien el artículo 167 LSC establece que la convocatoria se realice en *“las fechas o periodos que determinen la ley y los estatutos”*, el artículo 169 LSC prevé una alternativa. Así, dicha disposición confiere a los accionistas la facultad de solicitar la convocatoria de la reunión en aquellos casos en los que no se hayan respetado estos plazos legal o estatutariamente establecidos. Dado que, en este caso, la ley no exige un plazo concreto, parece que la determinación del momento exacto a partir del cual se paraliza la junta general ordinaria queda indefinida. Ante ello, sería conveniente la fijación, mediante estatutos, de un plazo para remediar la situación y que se proceda a la

¹⁴ Beltrán Sánchez, E., *La disolución de la sociedad anónima*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 104.

convocatoria. Pasado el plazo sin haberse procedido a la misma, ya podría hablarse de un efectivo bloqueo societario.

En segundo lugar, convocada la junta, deberá constituirse. En este aspecto, la ley distingue entre sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas. Si bien en las primeras no se exige un número determinado de asistentes, en las sociedades anónimas es necesario, *ex. artículos 193 y 194 LSC*, el alcance de un quórum de asistencia. Este quórum de constitución, que será más reducido en la segunda que en la primera convocatoria, así como reforzado en determinadas materias, deberá calcularse sobre la base del capital social suscrito y con derecho a voto. Esto es, que las acciones sin voto no computarán a efectos de quórum, regla que se estableció en la reforma que se realizó de la legislación mercantil en 1989 con el fin de remediar el absentismo en las juntas¹⁵.

Por lo tanto, para que se produzca una paralización de los órganos sociales por imposibilidad de constitución, será necesario que, en dicha sociedad, no se haya podido reunir el número mínimo de representantes del capital suscrito exigido en la segunda convocatoria (constituida si falla la primera). Ante ello, una posible solución podría ser la previsión, mediante estatutos, de la posibilidad de volver a convocar la junta pasado un plazo determinado (en el cual se deberían tratar de resolver las discrepancias o la causa que haya generado dicho bloqueo)¹⁶.

Por último, la paralización de los órganos sociales a que se refiere el artículo 363.1.d) LSC puede ocurrir en caso de que no se consigan alcanzar, en la junta general de accionistas, los acuerdos sociales que resulten relevantes para la continuidad y buen funcionamiento de la sociedad. Así, una vez queda constituida la junta, se procede a la deliberación de los asuntos que correspondan. Para ello, se prevén legal y estatutariamente determinadas mayorías de votos. En el caso de sociedades anónimas, las mismas irán referidas exclusivamente al capital social representado en la junta (que ha debido respetar un determinado quórum de asistencia), por lo que hablaríamos de mayorías relativas. Por el contrario, en las sociedades de responsabilidad limitada, dichas

¹⁵ Fradejas Rueda, O., “Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, cit. pág. 15.

¹⁶ Fradejas Rueda, O., “Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, cit. pág. 18.

mayorías se entienden respecto al capital social total, y no exclusivamente al que haya asistido a la reunión.

De este modo, constituida la junta, se adoptarán los acuerdos necesarios siempre y cuando se respete, bien la mayoría necesaria establecida en la ley, bien la mayoría exigida estatutariamente, que en ningún caso puede ser la unanimidad, prohibición legal expresa contemplada en el artículo 200 LSC.

Consecuentemente, en caso de que los votos discrepen (por ejemplo, enfrentándose dos grupos de accionistas que posean el 50% cada uno), la sociedad no podría adoptar los acuerdos necesarios para su funcionamiento, produciéndose el bloqueo societario¹⁷. Si bien esta posibilidad parece más propia de las sociedades de tamaño reducido, especialmente sociedades de responsabilidad limitada formada por dos socios, puede ocurrir que, a través de limitaciones de votos en vía estatutaria, la posibilidad de sindicación de acciones, la desavenencia entre titulares de acciones que se encuentran dispersas en varios grupos de accionistas, o la previsión de mayorías reforzadas, se produzca el bloqueo societario en empresas de mayor dimensión.

Además, cabría hacer mención de una situación que, si bien poco común, podría paralizar los órganos sociales por imposibilidad de alcanzar acuerdos sociales. Así, el artículo 83 de la LSC prevé la suspensión del derecho de voto a todos aquellos accionistas que no han cumplido con la obligación de pagar los dividendos pasivos. Podría suceder que, a consecuencia de ello, los accionistas se viesen temporalmente privados de su derecho a voto, impidiendo a la sociedad llegar a las mayorías necesarias para adoptar los acuerdos sociales¹⁸.

En definitiva, se producirá un bloqueo societario por imposibilidad de alcanzar acuerdos sociales si, convocada por segunda vez la junta, no se han podido reunir en ella suficientes votos favorables al acuerdo en cuestión, que debe ser lo suficientemente trascendente como para estar paralizando a la sociedad. De nuevo, no parece razonable que la

¹⁷ Sanz Bayón, P., “Fundamentación de la causa disolutiva por paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital”, cit.

¹⁸ Fradejas Rueda, O., “Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, cit. pág. 13.

imposibilidad de llegar a acuerdos de lugar a una causa de disolución directamente. Por ello, como se analizará más adelante, resultaría conveniente establecer, en vía estatutaria o pactos parasociales, previsiones que favorezcan la toma de decisiones, y no directamente la liquidación de la sociedad.

Vistos los tres supuestos en los que, a la luz de las previsiones de nuestra LSC, podría surgir una situación de bloqueo societario, conviene analizar a continuación qué entiende nuestro legislador, y especialmente nuestros jueces, por paralización societaria. En primer lugar, hay que destacar que la previsión legal contenida en el artículo 363.1.d) LSC no es una novedad. Antes de su promulgación en el año 2010, esta disposición ya existía en el ámbito societario, concretamente en el artículo 260.1. 3º de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA), para las sociedades anónimas, y en el artículo 104.1.c) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL) para las sociedades de responsabilidad limitada a las que, hasta ese momento, se les aplicaba de manera subsidiaria el régimen de las sociedades personalistas (artículo 218.7 Código de Comercio). No obstante, no es hasta el año 2010, con la LSC, cuando se convierte en una causa de disolución independiente y separada del ahora apartado b) del mismo artículo 363.1 LSC, que prevé la disolución por “*imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social*”¹⁹.

A lo largo de los años, nuestra jurisprudencia ha estimado, ya en diversas ocasiones, la disolución de la sociedad por entender que concurre el supuesto de hecho planteado en la ley, es decir, la paralización de los órganos sociales. Ahora bien, dicha causa, para ser estimada judicialmente, debe quedar debidamente probada y acreditada. La primera manifestación al respecto la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 1945, en la que se exigía no solo una paralización de la vida societaria, sino una imposibilidad manifiesta de continuidad sin que se produjese un grave perjuicio²⁰.

Respecto a los requisitos exigidos para apreciar la efectiva paralización de los órganos sociales, dado que la previsión legal nada dice al respecto, acudimos a la jurisprudencia,

¹⁹Sanz Bayón, P., “Fundamentación de la causa disolutoria por paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital”, cit.

²⁰ Sanz Bayón, P., “Fundamentación de la causa disolutoria por paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital”, cit.

que demanda la concurrencia de “*una paralización definitiva e irreversible de los órganos sociales*”²¹, “*permanente e insuperable, no transitoria y vencible*”²². No parece suficiente, por tanto, la mera constatación de un problema puntual surgido entre los socios, sino que se deberá acreditar la existencia de una situación de bloqueo duradera, estructural y cuya solución sea prácticamente imposible.

En este sentido, existe cierto debate doctrinal respecto al grado o nivel de gravedad que debe exigirse en la situación de parálisis societaria para disolver la sociedad. Cierta sector considera que no debe hacerse una interpretación demasiado extremista, pues los costes de litigación o, incluso, la simple presentación de la demanda, ya demuestran que existe cierta preocupación por parte de los socios²³.

Se distinguen, en el ámbito jurisprudencial, dos planos, uno objetivo y otro subjetivo. La mayoría está de acuerdo en que “*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*”²⁴. Por tanto, no resulta relevante, a estos efectos, los motivos o intenciones de los socios que provocan el bloqueo, sino la situación objetiva consistente en la imposibilidad de constituir o convocar la junta general de accionistas y, especialmente, la dificultad de adoptar los acuerdos necesarios para el normal funcionamiento de la sociedad.

Con todo, puede observarse que, si bien la paralización de órganos sociales se ha reconocido como causa de disolución autónoma, no deja de ser un hecho que se constata cuando, en definitiva, no puede alcanzarse el fin social pretendido por la sociedad (artículo 363.1. c) LSC). Sin embargo, en vez de considerar ambas disposiciones como

²¹ STS núm. 373/2010 de 15 de junio de 2010.

²² STS de 12 noviembre de 1987, de 26 de septiembre de 2014, de 2 de marzo de 1998, de 20 julio de 2002 y de 26 noviembre de 2014, entre otras.

²³ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 47.

²⁴ SAP de Madrid de 3 de junio de 2011, de Gerona de 4 de octubre de 2011 y de Cuenca, de 13 de marzo de 2012.

una misma causa, puede entenderse que, cuando la sociedad no consigue operar por causas externas, será de aplicación el apartado c), pero que, si el bloqueo responde a causas internas, principalmente desavenencias en los órganos sociales, entramos en el ámbito del apartado d) relativo a la paralización societaria²⁵.

Analizado el mecanismo legal previsto, así como los comentarios jurisprudenciales al respecto, parece conveniente afirmar que la disolución judicial de la sociedad no debería ser el primer mecanismo de solución al que acudir²⁶. En su lugar, sería más razonable el establecimiento de otros remedios dirigidos a la preservación de la sociedad, y no directamente a su extinción. No parece adecuado que si la sociedad, al margen de las desavenencias entre socios, es viable y presenta resultados económicos favorables, tenga que desaparecer por discrepancias internas. Más lógico sería, por ejemplo, que uno de los socios compre su participación al otro, que no proceder directamente a liquidar y disolver una empresa que funciona²⁷. Además, la parte que venda recibirá, en la mayoría de los casos, mayor importe por el valor razonable de su participación, que por la cuota de liquidación que se le atribuya²⁸.

Con todo, debería establecerse un orden, previendo mecanismos alternativos de resolución y, solo para el caso en que éstos no funcionen, acudir en último lugar a la disolución judicial de la sociedad. En los apartados siguientes, se analizarán posibles remedios que la sociedad puede adoptar para evitar la aplicación del artículo 363 LSC.

²⁵ Sanz Bayón, P., “Fundamentación de la causa disolutoria por paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital”, cit.

²⁶ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 65.

²⁷ Kittsneiner, T., “Efficient Partnership Dissolution under Buy – Sell Clauses”, *The RAND Journal of Economics*, v. 39, núm.1, 2008, pág. 185 (disponible en ftp://ftp.cemfi.es/pdf/papers/Seminar/MAgeles_Frutos.pdf; última consulta el 17/3/2019).

²⁸ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 67.

3. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DEL BLOQUEO SOCIETARIO

El artículo 28 LSC consagra el principio de autonomía de la voluntad en nuestro derecho societario. Concretamente establece que “*en la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*”. De su lectura podemos extraer que, si bien nuestro legislador ha previsto la disolución societaria como mecanismo legal de resolución del conflicto, la redacción de una cláusula estatutaria que prevea otra alternativa frente al mismo conflicto es completamente válida y, como se observará, posiblemente más razonable y adecuada.

Además de ello, existen en nuestro ordenamiento jurídico una serie de pactos o cláusulas extra – estatutarias que se redactan entre socios para modificar o completar el contenido de los estatutos de la sociedad. Dichas previsiones, conocidas como pactos parasociales, regulan, con fuerza contractual, las relaciones internas entre socios. Se circunscriben, exclusivamente, al ámbito interpersonal de quienes los acuerdan, siendo su eficacia un tema en el que hay distintas opiniones, pues no debe olvidarse que para toda modificación del régimen societario ya existen, precisamente, los estatutos sociales, verdadero mecanismo social al respecto. Al final, no puede pretenderse alterar, con un mero contrato, reglas que han sido establecidas a través de un sistema de mayorías reforzadas y para cuya modificación se prevé un procedimiento específico, a saber, la modificación estatutaria de los artículos 285 y siguientes LSC.

No obstante, existen actualmente mecanismos antibloqueo recogidos en pactos reservados. Con arreglo a una clasificación extendida en el ámbito de nuestro derecho mercantil y sobre la que volveremos más adelante, de los tres tipos de pactos que se distinguen (de relación, atribución y organización), aquellos que prevén mecanismos frente al *deadlock* se encuadrarían en la categoría de pactos de organización. Éstos últimos tienen, como objetivo principal, la regulación de la organización, funcionamiento y toma de decisiones de la empresa²⁹.

²⁹ Paz – Ares, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n° 5, 2003, pág. 20 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf>; última consulta el 18/3/2019).

En este apartado, se detallarán una serie de cláusulas que, ya sea estatutariamente, o mediante la suscripción de pactos parasociales, podrían funcionar como alternativa a la disolución judicial en aquellos casos en los que se produzca un bloqueo societario.

3.1. Cláusulas que inciden en el derecho de voto

El primer posible remedio ante un bloqueo societario que se analizará es el otorgamiento a una persona determinada de un voto adicional. De esta manera, quien ostente dicho voto, ya sea socio o tercero, será capaz de romper con el empate surgido en la votación y que está causando la paralización societaria.

Por un lado, dicho voto podría conferirse a favor de uno de los socios. En este caso, estaríamos ante lo que en el derecho americano llaman *casting vote*, voto de calidad en nuestro ordenamiento jurídico. Esta posibilidad consiste en que el presidente de la junta tenga, además del voto ordinario que ostenta por su condición de socio, uno adicional que le permita prevenir situaciones de empate que dan lugar a un bloqueo societario. Sin embargo, si bien ello podría resultar un mecanismo eficiente en sociedades de responsabilidad limitada, no parece que sea un pacto lícito en sociedades anónimas³⁰. Como se ha mencionado en un apartado anterior, el artículo 96.2 LSC prohíbe expresamente una alteración de la proporcionalidad entre la participación en el capital social y los derechos de voto de un socio.

A este respecto, cabe analizar la figura del voto plural, (no permitida en nuestras sociedades anónimas), que confiere al titular de la participación más de un voto. Resulta interesante señalar aquí la especial configuración que de este tipo de voto realiza el derecho italiano, pues en materia de paralización societaria, es un ordenamiento cuya trayectoria ha ido evolucionando en la misma línea que nuestro sistema³¹. Así, en 2014, con la aprobación del llamado *Decreto competitività*, se suprime, para toda sociedad no cotizada, la prohibición de emitir acciones con voto plural, permitiéndose que cada acción pueda conferir a su titular un máximo de tres votos. Si bien la prohibición se mantiene en el caso de cotizadas, se introduce una figura llamada *loyalty shares*, que aumentan el

³⁰ Así lo establece, por ejemplo, la Resolución de la DGRN de 13 de enero de 1984.

³¹ Sanz Bayón, P., “Fundamentación de la causa disolutiva por paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital”, cit.

número de votos por accionista a dos siempre y cuando su titular haya poseído dichas acciones durante un periodo de tiempo.

Esta reforma, que ha sido objeto de atención por parte de la doctrina mercantil, persigue, por un lado, favorecer la salida a bolsa de las sociedades no cotizadas (ya que no se perdería el control por parte de los socios fundadores) y, por otro, incentivar el control por parte de socios sin ánimo meramente especulativo (se premia la fidelidad)³².

Sin embargo, interesa aquí el hecho de que se ha roto, de manera generalizada, con el principio de proporcionalidad entre participación y voto. No obstante, no parece que ello haya suscitado gran debate doctrinal, pues de la misma manera que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, este principio ya se había visto quebrado a consecuencia de introducir figuras tales como las acciones privilegiadas. Así, la regla de que por cada acción hay un único voto, se rompe en aquellos casos en los que el titular de una acción privilegiada pierde su derecho a voto, alterándose la mencionada proporcionalidad. En este sentido, en una sociedad cuyo capital está formado por 100 acciones, si la mitad de ellas son privilegiadas (sin derecho a voto), el control de la sociedad no exigirá una participación del 50%, sino del 25%, pues los derechos políticos existen únicamente en la mitad del capital³³.

Asimismo, respecto a la configuración del voto plural, éste puede quedar condicionado a una serie de asuntos determinados, o a la totalidad de decisiones a adoptar. Además, puede sujetarse a condición. De este modo, la posibilidad de que un accionista incremente el número de votos recaería sobre un suceso futuro e incierto, es decir, una condición suspensiva. Incluso, de la combinación de ambos, podría preverse el nacimiento de un voto plural para un asunto determinado en caso de que se cumpla la condición estipulada³⁴.

³² Gandía, E., “El nuevo voto privilegiado en Italia. Breve comentario al régimen jurídico de las acciones de voto plural y de las *loyalty shares* introducidas por el *decreto – legge* núm. 91 de 24 de junio”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 65, 2016, pág. 173.

³³ Gandía, E., “El nuevo voto privilegiado en Italia. Breve comentario al régimen jurídico de las acciones de voto plural y de las *loyalty shares* introducidas por el *decreto – legge* núm. 91 de 24 de junio”, cit. pág. 173.

³⁴ Gandía, E., “El nuevo voto privilegiado en Italia. Breve comentario al régimen jurídico de las acciones de voto plural y de las *loyalty shares* introducidas por el *decreto – legge* núm. 91 de 24 de junio”, cit. pág. 173.

Este voto plural que el derecho italiano ha extendido a la totalidad de sociedades no cotizadas (y que en nuestro derecho cabe únicamente en sociedades limitadas), sería un mecanismo susceptible de romper con un bloqueo societario. El supuesto anteriormente descrito, acciones con voto plural para un asunto determinado sujeto a condición, podría constituir una cláusula antibloqueo. Así, podría establecerse que, para aquellos asuntos susceptibles de paralizar la sociedad en los que se dé una discrepancia de votos, nazca a favor de determinados titulares de acciones, la facultad de emitir más de un voto, rompiéndose inmediatamente el bloqueo societario. No obstante, como ya se ha mencionado, esta posibilidad está limitada en nuestro derecho a las sociedades de responsabilidad limitada, pues se prohíbe expresamente la alteración de la proporción participación – voto en toda sociedad anónima. Tal vez en un futuro, mediante una reforma, se introduzca la posibilidad, lo que resultaría, en materia de bloqueo societario, una alternativa sencilla de establecer y, por lo que parece, efectiva.

Las *loyalty shares*, por su parte, se crean para sociedades cotizadas con dos objetivos fundamentales. Por un lado, premiar el compromiso de los accionistas más estables de la sociedad, pues se les confiere un mayor número de votos por acción, es decir, más poder político. Por otro lado, se castiga a quienes adquieren y mantienen por un periodo reducido acciones societarias, en tanto que su poder político se ve disminuido a causa del voto doble conferido a los accionistas titulares de este tipo de acciones³⁵.

La creación de las *loyalty shares* en las sociedades abiertas responde, principalmente, a la preocupación surgida por los perjuicios del cortoplacismo. Y es que, la compra y venta de acciones con motivos puramente especulativos fue una de las causas que favoreció el incremento de la volatilidad del mercado y, con ello, la crisis financiera. Atribuir mayor peso político a los accionistas que permanecen en la sociedad contribuye a un mayor compromiso y estabilidad societaria, a una mejora del gobierno corporativo y, con ello, la creación de estrategias que crean valor para la compañía³⁶.

³⁵ Fernández Torres, I., *Las loyalty shares: cortoplacismo contra activismo accionarial*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 28.

³⁶ Fernández Torres, I., *Las loyalty shares: cortoplacismo contra activismo accionarial*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 28.

En la materia de bloqueo societario, la emisión de *loyalty shares* favorecería la adopción de acuerdos por aquellos accionistas verdaderamente comprometidos con la continuidad y funcionamiento de la sociedad. Dado que los socios titulares de estas acciones tienen intención de permanecer en la sociedad, tomarán sus decisiones buscando la estabilidad societaria. Si este objetivo es común, podrán unirse para alcanzar las mayorías necesarias en el alcance de acuerdos sociales, evitando intereses particulares de quienes buscan, exclusivamente, aumentar el valor de la acción y vender en el corto plazo.

Otro caso especialmente interesante es el del voto divergente. Las acciones y participaciones individualmente consideradas otorgan a su titular la condición de socio, confiriéndole una serie de derechos, entre ellos, el derecho de voto. Así, el número de acciones o participaciones que se ostenten determinará la importancia del socio dentro de la sociedad, en tanto que cuantas más acciones, más derechos³⁷.

Parece que lo lógico y razonable sería ejercitar el derecho de voto de manera unificada y en un mismo sentido. De esta manera, el socio votará a favor, en contra o se abstendrá en un determinado asunto, no teniendo sentido alguno tomar dos posiciones distintas y, por tanto, opuestas. Sin embargo, las sociedades de capital, por cada acción o participación confieren una posición de socio distinta, por lo que podría admitirse que un socio votase en varios sentidos mediante un voto divergente. Esto último se observa de la comparación con las sociedades de personas o personalistas, en las que cada socio tiene, exclusivamente, una única posición³⁸.

Por un lado, admitir la posibilidad de voto divergente puede conllevar diversas consecuencias nocivas, así como permitir un ejercicio abusivo por parte del socio. Por ejemplo, dado que el voto en contra de un acuerdo sustancial confiere al titular de ese voto un derecho de separación, podría suceder que un socio votase con una única de sus acciones o participaciones en contra del acuerdo para poder optar a esa posibilidad³⁹.

³⁷ Menéndez, A., “El voto divergente en las sociedades de capital” en *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 955.

³⁸ Alfaro, J., El voto divergente, *Almacén del Derecho*, 2018 (disponible en <https://almacenederecho.org/el-voto-divergente/>; última consulta 14/3/2019).

³⁹ Menéndez, A., “El voto divergente en las sociedades de capital” cit. p. 956.

Por otro lado, pueden existir causas razonables por las que un socio emita un voto divergente. Por ejemplo, si ha firmado un pacto parasocial por el que se obliga a emitir en un sentido determinado el voto (sindicatos de voto) con algunas de sus acciones, puede querer tomar otra posición, más personal, con las acciones o participaciones no vinculadas por el acuerdo⁴⁰.

Asimismo, puede ocurrir que el socio haya nombrado a diversos representantes para sus acciones, instruyendo de manera distinta a cada uno de ellos. Ahora bien, el artículo 183.3 LSC, referido a la sociedad de responsabilidad limitada, dispone que “*la representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado*”, prohibiendo la representación por parte de varias personas. En línea con lo dicho en un momento anterior, esta disposición parece más indicada para una sociedad de carácter personalista que para una sociedad de capital, en la que recordemos que cada acción o participación confiere una posición⁴¹. Asimismo, no tiene sentido esta prohibición cuando nada se ha establecido acerca de la posibilidad de que un solo representante reciba instrucciones para votar en sentidos opuestos con cada una de las participaciones que representa⁴².

Tradicionalmente, existían diversos argumentos en contra de la legitimidad del voto divergente. Así, el derecho de voto permite a cada socio expresar su voluntad, que no puede ser contraria a sí misma. Además, el socio dispondrá de más o menos facultades en función del sentido en que vote, pues si vota en contra de un acuerdo, podrá impugnarlo o separarse de la sociedad, posibilidades no contempladas para los titulares de los votos a favor. Por tanto, la ley está dando por hecho que el sentido es único. El hecho de que un socio pueda comprar varias acciones o participaciones no tiene como finalidad ofrecer a esa persona tantas posiciones como participaciones tenga, sino otorgarle peso dentro de la sociedad⁴³.

Esta posición ha ido evolucionando y matizándose a lo largo del tiempo, llegándose a admitir la legitimidad del voto divergente. Así, en Portugal y Reino Unido se prevé

⁴⁰ Alfaro, J., “El voto divergente”, cit.

⁴¹ Alfaro, J., “El voto divergente”, cit.

⁴² Menéndez, A., “El voto divergente en las sociedades de capital” cit. p. 958.

⁴³ Menéndez, A., “El voto divergente en las sociedades de capital” cit. p. 960.

expresamente en la ley, y en Alemania lo ha admitido explícitamente la jurisprudencia⁴⁴. En España, sin embargo, así como en Italia, no hay una posición clara. Hay quienes consideran que debe admitirse por razones prácticas. Incluso, se ha llegado a admitir que no permitirlo vulneraría los intereses legítimos de los titulares, pues si los socios son personas jurídicas pueden tener detrás opiniones distintas de cada uno de sus socios, no siendo acorde a la voluntad votar siempre en un mismo sentido. Imaginemos, por ejemplo, que la sociedad B tiene 30 participaciones en A. En un acuerdo sometido a votación en la junta de A, el 25% de los accionistas de B quiere votar en contra y el 75% a favor. Parece razonable que B vote a favor con un 75% de las participaciones en A, y en contra con el 25% restante, pues de esta manera, la voluntad de los verdaderos titulares quedaría perfectamente expresada. Ahora bien, los acuerdos que surjan durante la celebración de la junta no van a permitir la votación previa en una reunión de la persona jurídica que debe emitir el voto.

Por todo, parece que la doctrina española más moderna admite su licitud siempre que los motivos sean justos y, sobre todo, que no respondan a actos cuestionables tales como un abuso de derecho⁴⁵. Además, siendo esto lícito, nada impide que los estatutos recojan expresamente esta posibilidad en los estatutos de la sociedad.

Pues bien, atendiendo a la cuestión objeto de la presente investigación, es decir, el bloqueo societario, cabría admitir la posibilidad de que los titulares de las acciones o participaciones de la sociedad paralizada emitan votos divergentes como mecanismos de desbloqueo. Así, por ejemplo, en el caso de personas jurídicas que ostenten acciones de una sociedad paralizada, éstas no están obligadas a emitir sus votos en un único sentido, pudiendo dispersar el voto.

Ahora bien, también podría suceder que, por el contrario, el mecanismo de desbloqueo lo constituya la prohibición de emitir votos divergentes. Así, un socio que ha votado en diversos sentidos (por ejemplo, por tener acciones afectas a un sindicato de voto), podría estar contribuyendo a la producción de un bloqueo mediante la discrepancia entre su verdadera voluntad y los votos que, en cumplimiento del acuerdo, hayan sido emitidos en sentido contrario.

⁴⁴ Menéndez, A., “El voto divergente en las sociedades de capital” cit. p. 966.

⁴⁵ Menéndez, A., “El voto divergente en las sociedades de capital” cit. p. 968.

A pesar de que se haya afirmado que el bloqueo societario ocurre en sede de la junta, otorgar un voto dirimente a un consejero independiente podría evitar que, en los asuntos encomendados a dicho órgano, se produzca un conflicto entre sus miembros susceptible de convertirse en paralización societaria⁴⁶. En este caso, sería en sede del Órgano de Administración en la que se ha producido el bloqueo. Así, al margen de los socios o consejeros dominicales en conflicto, se atribuye a un miembro independiente un voto decisivo. Este tipo de cláusulas podrían, por ejemplo, establecer cómo debe formarse el Consejo de Administración, obligando a un determinado número de consejeros independientes cuyo voto resultaría esencial para evitar el empate.

Una modalidad especial de este último tipo de voto lo constituirían aquellas cláusulas en las que, en lugar de establecer un número determinado de consejeros independientes, se obligue a la transmisión de un número concreto de participaciones a un tercero designado cuando se cumplan las circunstancias estipuladas en el pacto que las contemple (art. 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil). De este modo, de producirse determinadas desavenencias entre los miembros de la sociedad, se prevé que un tercero pueda entrar en juego y, desde una posición algo más objetiva, resuelva la situación de bloqueo⁴⁷.

Por último, cabría plantear qué ocurre en aquellas situaciones en las que el voto no se ejerce por el titular de las acciones, sino por un tercero ajeno a la sociedad a quien se le ha conferido este derecho. Es el caso, por ejemplo, del acreedor pignoraticio que ha recibido en prenda las acciones. Éste, al constituir la garantía, tendrá un objetivo específico, la conservación del valor tanto jurídico como económico de las acciones dadas en prenda, pues de dicho valor dependerá la eficacia de su crédito garantizado⁴⁸. Ahora bien, el artículo 132 LSC, con la finalidad de evitar toda separación entre titularidad y legitimación del derecho de voto, confiere al socio el ejercicio de los derechos políticos. Por ello, si nada consta expresamente en los estatutos, la sociedad puede oponerse al

⁴⁶ Cobo, C. y Rodríguez, C., “La sociedad inoperante”, *Economist & Jurist* (Pérez Llorca), 2014 (disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/32498/>; última consulta 18/02/2019).

⁴⁷ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 100.

⁴⁸ Veiga Copo, A., “El ejercicio de los derechos de socio por el acreedor pignoraticio en la prenda de acciones”, pág. 45 *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 8, 2014 (disponible en https://www.comillas.edu/images/catedras/Garrigues/Catedra_Garrigues_cuadernos_8.pdf; última consulta el 22/03/2019).

ejercicio, por parte del acreedor pignoraticio, de los derechos políticos inherentes a las acciones. De la misma manera, si correspondiese a este último el derecho, la sociedad podría alegar que el socio no está legitimado para votar, dando como válida la posición que decida tomar el acreedor. Incluso, dando un paso más, la sociedad puede no permitir que el derecho se realice de manera conjunta entre ambos (según lo pactado en el contrato de garantía), obligando al socio a que tome, exclusivamente, la posición que considere⁴⁹.

El acreedor pignoraticio, dada su posición, estará interesado en que su administración contribuya a la conservación de las acciones y su valor. Por ello, si los estatutos le confieren el ejercicio del derecho de voto, el interés del socio deberá quedar subordinado al fin pretendido por éste. Además, dado que el acreedor velará por la tutela de su crédito, parece lógico que, al pactar la garantía, se atribuya los derechos políticos inherentes a las acciones que reciba en prenda. Ahora bien, esta previsión debe quedar reflejada en los estatutos sociales, no permitiéndose la mera disposición que obligue a cumplir con lo pactado en el contrato de garantía, pues el derecho civil es ajeno al derecho societario⁵⁰.

El legislador, cuando opta por conceder los derechos políticos al socio, verdadero titular de las acciones, está tratando de proteger los intereses de la sociedad, establecido cierta uniformidad para la totalidad de contratos de prenda que recaigan sobre las acciones de la sociedad. No obstante, es una disposición que no está exenta de críticas, en tanto parecería más razonable que la conservación de la acción (fin pretendido por el acreedor) esté por encima de los intereses particulares del socio⁵¹.

Por todo, en situaciones de bloqueo societario, todos aquellos acreedores con derecho a voto estarán interesados en actuar de tal manera que el valor jurídico y económico de la acción se conserve (o bien aumente). Este hecho podría constituir una salida de la situación de paralización societaria, en tanto que se permite que un tercero, ajeno a los conflictos internos entre socios, vele por el interés social y el buen funcionamiento de la sociedad. De lo contrario, la garantía que recae sobre su crédito perdería eficacia.

⁴⁹ Veiga Copo, A., “El ejercicio de los derechos de socio por el acreedor pignoraticio en la prenda de acciones”, *cit.* pág. 47.

⁵⁰ Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1981.

⁵¹ Veiga Copo, A., “El ejercicio de los derechos de socio por el acreedor pignoraticio en la prenda de acciones”, *cit.* pág. 50.

Ahora bien, no puede obviarse que, en ocasiones, podría suceder que este acreedor pignoraticio, que puede ser una entidad institucional, ejercite los derechos en su beneficio propio (justificado por un entramado de motivos que exceden del ámbito del presente trabajo), no coincidiendo éste con el verdadero interés social. En estos casos, cabría plantear la duda de si corresponde o no la suspensión de sus derechos mediante la introducción de reglas que limiten el derecho de voto. No obstante, parece que estas limitaciones solo quedarían justificadas en la medida en que el interés social se vea efectivamente perjudicado, hecho que puede resultar difícil de probar⁵².

3.2. Establecimiento de un derecho de separación

En nuestro derecho de sociedades, el derecho de separación de los socios se contempla, para aquellos casos en los que se vote en contra de una serie de acuerdos, en el artículo 346 LSC. Además de ellos, en el artículo 347 LSC se permite que, por vía estatutaria, se establezcan una serie de causas que, distintas a las tasadas por la ley, confieran a cada uno de los socios el derecho a separarse de la sociedad cuando así acontezcan. Es, en realidad, un derecho que se otorga para proteger a los socios minoritarios frente a las decisiones importantes adoptadas por la mayoría.

Nuestro legislador, por tanto, no ha previsto, entre las causas legales, un derecho a ejercitar la separación por la exclusiva voluntad del socio, que ya no quiere formar parte de la sociedad. En su lugar, el ejercicio de este derecho se prevé en aquellas situaciones en las que se produzca una alteración relevante de las circunstancias habituales tales como un cambio en el objeto social, pues no parece razonable obligar a los socios a permanecer si han votado en contra de dichos cambios. Asimismo, aunque exista la posibilidad de recoger causas adicionales en los estatutos de la sociedad, ello no es frecuente en la práctica, pues entre otros motivos, los socios suelen ser reacios a prever la salida de una sociedad que están constituyendo, por lo que el camino para salir de la sociedad mediante un derecho de separación no es sencillo⁵³. En su lugar, el socio que quiera desvincularse

⁵² Ibáñez, J., “Equity swap y alternativas eficientes de compras de votos”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 8, 2016, pág. 39 (disponible en https://www.comillas.edu/images/catedras/Garrigues/Catedra_Garrigues_cuadernos_8.pdf; última consulta el 23/03/2019).

⁵³ Altirriba, X. y Cuenca, J., “El derecho de separación y la figura de la exclusión de socios”, *Iuris: actualidad y práctica de derecho*, núm. 198, 2013, pág. 36 (disponible en: https://www.rocajunyent.com/content/uploads/documentos_131003_Iuris_ed94088.pdf; última consulta 17/02/2019).

de la sociedad deberá proceder a la transmisión de sus acciones, pues como estableció el Tribunal Supremo en su STS 15 de noviembre de 2011, “*tratándose de sociedades de estructura corporativa y capitalista, el principio de estabilidad del capital, como regla, impide a los socios la desinversión y rescate de su aportación, sin que su vinculación con la sociedad pueda calificarse de permanente dada la posibilidad de transmitir a terceros su posición e intereses en la sociedad*”.

Ahora bien, en aquellos casos en los que la sociedad funciona y es viable, pero se ha producido una situación de paralización societaria, si uno de los socios está dispuesto a salir de la sociedad, y el otro quiere continuar siendo miembro de esta, no puede equipararse la transmisión de las acciones a un derecho de separación. Al final, no resultará sencillo encontrar compradores, sobre todo en las sociedades cerradas, pues la sociedad se encuentra en una situación de bloqueo⁵⁴. Es más, si finalmente se llegasen a transmitir las acciones o participaciones, el socio vendedor correría el riesgo de que el contrato por el que se procede a la transmisión devenga nulo por vicios en el consentimiento, pues el adquirente se encontrará con una sociedad que no está operativa, sino paralizada. Por este motivo, en la transmisión, la situación social debe quedar, en todo caso, muy bien informada al comprador. No obstante, si la transmisión pasa por una venta de un número importante de acciones o participaciones, sería recomendable que el comprador solicite el establecimiento de cláusulas de manifestaciones y garantías en las que se detalle, minuciosamente, el verdadero estado en que se halla la sociedad, o bien proceda a una *due diligence*. Ahora bien, también podría suceder que el comprador, como nuevo miembro de la sociedad, utilice sus votos para desbloquear la sociedad. En caso contrario, el remedio frente a la paralización pasará por la disolución de la sociedad, tal y como está previsto en la ley.

La inclusión por vía estatutaria de un derecho de separación si se produce la paralización de los órganos sociales se permite por el artículo 347 LSC. Ahora bien, en caso de que los socios, como suele ocurrir la mayoría de las veces, no hayan querido prever expresamente esta causa, sería interesante analizar la validez del establecimiento de un

⁵⁴ Campins, A. y Alfaro, J., “Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital”, *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, 2014, pág. 68 (disponible en https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400077396es.pdf; última consulta el 17/3/2019).

derecho de separación *ad nutum*, es decir, a voluntad del socio que quiere ejercitar dicho derecho y sin tener que detallar la causa exacta en los estatutos.

Pues bien, la doctrina discrepa en este tema. Por un lado, hay quienes se posicionan a favor de su validez por la aplicación analógica del artículo 108.3 LSC, que menciona la posibilidad de que exista un derecho de separación “*en cualquier momento*”. Sostienen que dicha disposición eliminaría cualquier duda acerca de la contrariedad de dicha cláusula a la ley o a los principios configuradores del tipo social elegido, límites a la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 28 LSC, por lo que su previsión estatutaria no sería objeto de impugnación⁵⁵. Asimismo, ha sido admitida tanto por la DGRN, por ejemplo, en la Resolución de 2 de noviembre de 2010, como por nuestros tribunales, por ejemplo, en la STS de 15 de noviembre de 2011. Por ello, siempre y cuando se dé el consentimiento de todos los socios (exigido en el artículo 347.2 LSC), una cláusula que prevea un derecho de separación podría ser válida y funcionar como mecanismo alternativo para resolver las situaciones de paralización societaria.

No obstante lo anterior, hay quienes se inclinan por la inadmisión de este derecho de separación *ad nutum*. Consideran que la posibilidad ofrecida en el artículo 108.3 LSC antes mencionado constituye una excepción que únicamente procede en aquellos casos en los que se haya prohibido la libre transmisión de las participaciones pasados cinco años tras la constitución de la sociedad. En caso contrario, el mecanismo al que debería recurrirse es a la transmisión de las participaciones, pues lo contrario podría suponer la desinversión total de la sociedad. Además, argumentan que dicha previsión es contraria al 1256 CC, que no permite dejar, al arbitrio de una de las partes, la validez de los contratos, en este caso, el de sociedad⁵⁶.

Al final, la validez o no de dicha cláusula no puede admitirse de manera general, pues en las sociedades abiertas la facilidad de transmisión descartaría por completo esta

⁵⁵ Gimeno, J., “Derecho de separación *ad nutum* y prestaciones accesorias (comentario a la STS de 14 de marzo de 2013)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 42, 2014, pág. 293 (disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/47234/1/2014_Gimeno-Bevia_Revista-de-Derecho-de-Sociedades.pdf; última consulta el 17/3/2019).

⁵⁶ Gimeno, J., “Derecho de separación *ad nutum* y prestaciones accesorias (comentario a la STS de 14 de marzo de 2013)”, cit. pág. 278.

posibilidad. Respecto a las cerradas, habrá que estarse al caso concreto, principalmente a la dificultad existente para transmitir las acciones o participaciones.

Por último, el derecho de separación como mecanismo antibloqueo de la sociedad no está exento de problemas. Si, por ejemplo, el valor razonable que se atribuya a las acciones o participaciones del socio que ejercita este derecho (valor de rescate) es superior al valor que las mismas tienen en la sociedad, todos los socios estarán interesados en ejercitar el derecho. Si, por el contrario, el valor de la participación es superior al valor obtenido por separarse de la sociedad, ninguno de los socios estará interesado en salir de la misma, pues perderán parte de su inversión. Además, en el caso de que uno de ellos tenga información privilegiada respecto al verdadero valor razonable y de rescate de las acciones o participaciones, el resultado al que se llegará no será justo, a pesar de desbloquearse la sociedad⁵⁷.

3.3. Cláusulas de arrastre y de acompañamiento

Conocidas como cláusulas *tag – along* (de acompañamiento) y *drag – along* (de arrastre), una alternativa para solucionar las situaciones de bloqueo societario es la venta, a un tercero, de las acciones o participaciones de la sociedad. De este modo, si los socios actuales no son capaces de resolver sus discrepancias, se puede proceder a la enajenación de sus respectivas participaciones en la sociedad y así evitar su desaparición mediante su liquidación y posterior disolución.

En aquellos casos en los que un tercero lanza una oferta para comprar las acciones o participaciones de la sociedad y así tener el control, si los accionistas mayoritarios asienten a la misma, pueden exigir a los socios minoritarios, mediante la cláusula *drag – along*, que vendan sus respectivas participaciones, a pesar de que se opongan. Es por su propia definición por la que se afirma que la cláusula de arrastre es, en realidad, un derecho de los socios mayoritarios⁵⁸.

⁵⁷ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 117.

⁵⁸ Sáez Lavace, M^a I. y Bermejo, N., “Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad. A vueltas con los pactos de *tag -* y de *drag – along*”, *InDret*, núm. 1, 2007 (disponible en [http://www.indret.com/pdf/415 es.pdf](http://www.indret.com/pdf/415_es.pdf); última consulta el 17/3/2019).

Por el contrario, a través de la cláusula *tag – along*, todo accionista minoritario tendrá derecho a acompañar la venta de las acciones que esté realizando un socio mayoritario, en los mismos términos y condiciones (con prima de control, que valdrán más que si el minoritario vendiese sus acciones por separado). De la misma manera que en el caso anterior, podríamos hablar de un derecho conferido a los accionistas minoritarios, pues el accionista mayoritario se compromete a incluir en la operación de venta a los minoritarios, que tienen un derecho de opción⁵⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico, dichas cláusulas se recogieron en la Propuesta de Código Mercantil, concretamente en su artículo 232 – 9. Sin embargo, dado el fracaso de esta, no tenemos a día de hoy una previsión legal que las reconozca. Ello no obsta para que puedan preverse mediante estatutos o, como suele ser más frecuente, a través de pactos parasociales.

A través del establecimiento de una cláusula de arrastre, podría evitarse el bloqueo societario mediante la salida de los socios actuales de la sociedad, que son quienes lo están provocando. Además, en caso de que el poder político conferido a los socios cuya participación en el capital es minoritario sea elevado, este tipo de cláusulas podrían evitar actuaciones contrarias al interés social que están, precisamente, causando la paralización societaria. Su eficacia es indiscutible, pues dado que los socios minoritarios tienen una obligación de venta, el tercero garantiza que podrá obtener el control de la sociedad, asegurándose así su compra.

Sin embargo, ello no ocurre en las cláusulas de acompañamiento, en las que los socios destinatarios de la cláusula no quedan obligados a la venta, sino que tienen un derecho de opción a vender (*put option*). A consecuencia de ello, si un tercero lanza una oferta para comprar un paquete de acciones, no quedará satisfecho exclusivamente con el 50% de las mismas, pues recordemos que la sociedad está en situación de bloqueo societario. Dado que la venta del resto de participaciones que le proporcionarían el control no está garantizada (como sí ocurriría con el establecimiento de una cláusula *drag along*), se discute la eficacia de este tipo de pactos como mecanismos antibloqueo, pues sería necesario asegurar que la opción de venta va a ser ejercitada.

⁵⁹ Perdices, A., “Tag – Along”, *Almacén del Derecho* (blog), 2016 (disponible en: <https://almacenederecho.org/lecciones-tag-along/>; última consulta el 18/02/2019).

Ahora bien, con un mero retoque de la cláusula básica de acompañamiento, ésta podría convertirse en un mecanismo de solución eficiente. Dicha modificación consistiría en incluir una disposición que atribuya al socio que está tratando de vender, un derecho de separación para el caso de que el resto de los socios no ejerciten el derecho de opción de venta. De esta manera, si los socios aceptan la oferta y venden, el tercero entra a controlar la sociedad y se resuelve el bloqueo. En cambio, si no ejercitan su opción de compra, el socio que trataba de vender podrá salir de la sociedad mediante su derecho de separación, quedándose el resto de los socios con su 50% de participación y, por tanto, desapareciendo la paralización societaria⁶⁰.

No obstante, si bien parece que ambos mecanismos son susceptibles de romper con el bloqueo societario, también tienen una serie de desventajas. En primer lugar, si uno de los socios aporta a la sociedad conocimientos imprescindibles (que el tercero tenga difícil imitar), se pierde un activo importante dentro de la sociedad, y la misma perderá valor. Además, los costes asociados a este mecanismo son bastante altos, ya que será necesario pasar un proceso de *due diligence*, así como incurrir en costes de negociación derivados de las cláusulas contractuales a establecer para proceder a dicha venta. Por último, la búsqueda de ese tercero puede ser bastante complicada y costosa, sobre todo si la sociedad no resulta atractiva para los inversores.

Por último, si bien la entrada de un tercero en la sociedad es uno de los posibles mecanismos antibloqueo, en muchas ocasiones es preferible la compra de las participaciones en venta por los propios miembros de la sociedad. De esta manera, la empresa, que tiene más valor para ellos que para un tercero, podría continuar funcionando como lo hacía previamente, bajo el control de una parte de los socios. Se evitarían, además, todos los costes asociados a la entrada de un tercero, de los cuales algunos han sido mencionados previamente. Por ello, se analizarán, a continuación, una serie de cláusulas que, precisamente, optan por la salida de uno de los socios (o grupo de socios) y la sucesiva compra por la otra parte para, así, desbloquear la sociedad.

⁶⁰ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 145.

3.4. Cláusula duelo

La cláusula duelo, conocida también como *shoot – out clause*, ruleta rusa o pacto andorrano es uno de los mecanismos antibloqueo más recomendados en la práctica mercantil. Sus cláusulas han sido objeto de estandarización, llegando incluso a afirmarse que el abogado que se dedique al asesoramiento de sociedades debería sugerir su previsión o incurriría en mala praxis⁶¹.

Mediante su establecimiento, producida la situación de bloqueo societario (conocido como *trigger event*), uno de los socios (o un grupo), lanza una oferta al otro socio (o grupo) de compra de sus participaciones, o venta de las propias por un precio fijo determinado. La especialidad que tiene esta cláusula es que, comunicada la oferta por uno de los socios, el receptor de la oferta queda obligado a la venta o, de no querer, a comprar la participación del oferente⁶².

Podemos calificar la naturaleza jurídica de estas cláusulas de venta o compra forzosa (en tanto que una vez instada, existe la obligación de comprar o vender) o bien, de promesa condicionada a la producción de un evento previsto (en este caso, el bloqueo societario).

De la misma manera que ocurría con los mecanismos anteriores, las cláusulas duelo pueden incorporarse a los estatutos, o bien acordarse mediante pactos parasociales entre los socios, decisión que será analizada en un apartado posterior. Respecto a la validez de su inclusión, no queda en duda, estando plenamente amparadas por el principio de la autonomía de la voluntad que establece el ya citado artículo 28 LSC.

Las ventajas que proporciona este mecanismo son varias⁶³. En primer lugar, dado que el precio lo establece el socio que lanza la oferta, y que existe incertidumbre acerca de si acabará posicionándose como comprador o vendedor, fijará el valor más equitativo que considere. Se evitan, por tanto, actuaciones oportunistas del socio oferte que activa la cláusula. En segundo lugar, constituye un mecanismo efectivo de desbloqueo, que es su

⁶¹ Fleischer, H. y Schneider, S., “Shoot – out clauses in partnerships and close corporations: An approach from comparative law and economic theory”, *European Company and Financial Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2012, pág. 35.

⁶² Cobo, C. y Rodríguez, C., “La sociedad inoperante”, cit.

⁶³ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 160.

principal función. La salida de una de las partes del conflicto termina, de manera radical, con toda desavenencia producida. Al ser suficiente con que una sola de las partes active la cláusula, se evitan intentos de negociación u otras alternativas que, además de requerir más tiempo, pueden no resultar resolutorias, pues recordemos que las partes no consiguen llegar a acuerdos. En tercer lugar, la cláusula duelo supone, comparado con otros mecanismos, un ahorro de costes. Dado que el precio debe asignarlo el oferente, no se precisa de un experto independiente que determine el valor razonable de la participación. Asimismo, al no tener que vender la participación a un tercero ajeno a la sociedad, se evitan procesos de *due diligence*, consultores e, incluso, de la dificultad de encontrar un inversor dispuesto a comprar una participación en la sociedad.

Ahora bien, a pesar de que *a priori* parezca una solución razonable, existen situaciones en las que la aplicación de esta cláusula puede generar problemas. Por ejemplo, en aquellos casos en los que los socios en conflicto ostentan posiciones económicas distintas, la previsión de un pacto andorrano se puede convertir en un mecanismo para beneficiar al socio económicamente más poderoso. Así, podría suceder que dicho socio, buscando hacerse con el control exclusivo de la sociedad, produzca a propósito la situación de bloqueo societario para, mediante la activación de la cláusula, proponer a la contra parte un precio relativamente alto (y que, por ser este más débil en términos económicos no pueda permitirse) y, así, obligarle a vender su participación en la sociedad⁶⁴.

Asimismo, otra situación en la que la cláusula duelo pierde su fundamento es aquella en la que la información de la que disponen las partes en conflicto es asimétrica⁶⁵. Si el socio que dispone de información privilegiada es el que recibe la oferta, se darían dos situaciones de las que podría aprovecharse. Por un lado, si dicho socio conoce (por la información de la que solo él dispone) que la empresa vale menos de lo que parece, aceptará vender su participación al otro socio, que le habrá ofrecido un precio superior al real. Por otro lado, si sabe que la empresa tiene mucho más valor del que aparenta, comprará la participación del oferente, que habrá fijado a un precio inferior al verdadero

⁶⁴ Brooks, R., Landeo, C. y Spier, E., “Trigger happy or gun shy? Dissolving common – value partnerships with Texas shootouts”, *Harvard Public Law and Economics Discussion Paper*, nº 630, 2009, pág. 672 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1372195; última consulta el 17/3/2019).

⁶⁵ Brooks, R., Landeo, C. y Spier, E., “Trigger happy or gun shy? Dissolving common – value partnerships with Texas shootouts”, cit. pág. 650.

valor razonable. De la misma manera, si el socio que cuenta con la información privilegiada es el oferente, podría jugar con dicha ventaja a la hora de determinar el valor de la participación, aunque se expone a mayor riesgo que en el supuesto anterior. En ambos casos, hay un acto oportunista por una de las partes cuya consecuencia es la pérdida de equidad que, teóricamente, se busca con este tipo de cláusulas.

Por último, si bien la cláusula duelo puede resultar muy efectiva para resolver las discrepancias entre dos socios (o dos agrupaciones de ellos) que representan cada una el 50% del capital, se complica cuando entran en juego tres o más grupos enfrentados. En este tipo de situaciones, parece que resultaría un mecanismo alternativo más eficiente la subasta, objeto de explicación en el apartado siguiente.

3.5. La subasta

A diferencia de las cláusulas duelo, diseñadas para resolver las discrepancias entre dos grupos de socios, la subasta es un mecanismo de desbloqueo idóneo cuando son tres o más grupos los que están en conflicto.

De la misma manera que en el supuesto anterior, la subasta constituye una compra o venta forzosa, en tanto una vez producida, los socios quedarán obligados bien a la venta de sus acciones o participaciones, bien a su adquisición.

Como su propio nombre indica, este mecanismo consiste en la celebración de una subasta por la totalidad de las acciones o participaciones de la sociedad. En primer lugar, se procede a una valoración inicial de dicha participación societaria, en la que sería recomendable contar con la ayuda de un experto independiente. En segundo lugar, los socios pujan por ellas, ofreciendo el precio por el que estarían dispuestos a adquirirlas. Finalmente, el socio que ha pujado más alto queda obligado a adquirir las acciones o participaciones al precio de remate (que será el valor más alto ofrecido), convirtiéndose en socio único. Por el contrario, los miembros restantes se obligan a la venta de su respectiva participación en el capital, saliendo de la sociedad.

Ahora bien, a diferencia de la cláusula duelo, que una vez activada soluciona drásticamente el bloqueo societario, la subasta puede fallar⁶⁶. Así, una vez entra en funcionamiento y se fija un precio, podría suceder que ninguno de los socios puge por las acciones o participaciones, quedando frustrada la adjudicación. Ante la posibilidad de que ello ocurra, convendría fijar otro mecanismo de desbloqueo subsidiario, pues sino entrarán en juego tanto la liquidación como la subsiguiente disolución (lo cual, paradójicamente, también podría resultar un incentivo para que los socios participen en la subasta).

⁶⁶ Serrano, A., “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario en una sociedad de capital”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 2015, pág. 86, (disponible en <http://revistas.innovacionumh.es/index.php/lexmercatoria/article/view/843/71>; última consulta el 17/3/2019).

Existen, en la práctica, cuatro modalidades distintas de subasta⁶⁷. En primer lugar, la forma más tradicional en nuestro país, la llamada *dutch auction*. En esta clase de subasta, las acciones y participaciones se valoran a un precio determinado (suele ser el valor razonable, o uno superior) que va bajando hasta que uno de los socios esté dispuesto a pagar por ellas. En segundo lugar y, en sentido opuesto a la anterior, puede llevarse a cabo la *english auction*, en la que el precio de salida es bajo, teniendo los socios que subir la apuesta. En tercer lugar, existe un tipo de subasta conocida como *sealed – bid first – price auction*, en la que cada socio fija un precio, adquiriendo las acciones el que realice la puja más alta⁶⁸. En esta modalidad, ningún socio conoce el precio que están dispuestos a pagar los demás hasta el final. Por último, puede procederse a la subasta *sealed – bid second – price auction*. De la misma manera que en el caso anterior, los socios fijan cada uno un precio sin conocimiento del que establezcan los demás miembros. Cerrado el plazo para pujar, las acciones o participaciones se adjudican al socio dispuesto a pagar mayor precio, pero al segundo mejor precio⁶⁹.

El resultado de la subasta, tal y como sucedía con las cláusulas duelo, es susceptible de romper de forma justa el bloqueo societario siempre y cuando la información entre los socios sea simétrica y no existan posiciones económicas muy distintas. A pesar de la desventaja que presenta si ningún socio puja por las acciones o participaciones (falla y no resuelve el bloqueo), es un mecanismo más razonable que la disolución judicial en caso de paralización societaria, por lo que su previsión en estatutos o pactos parasociales siempre será más recomendable que no establecer nada al respecto.

⁶⁷ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 170.

⁶⁸ Brooks, R., Landeo, C. y Spier, E., “Trigger happy or gun shy? Dissolving common – value partnerships with Texas shootouts”, cit. pág. 655.

⁶⁹ Lengwiler, Y. y Wolfstetter, E., “On some auction rules for amicable divorce in equal share partnerships”, *SSRN Electronic Journal*, 2005 (disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=727763; última consulta 19/02/2019).

3.6. Cláusula tejana

La cláusula tejana, conocida también como tiro mejicano o *texas shoot – out clause* constituye otro de los posibles mecanismos de desbloqueo societario. De nuevo, puede establecerse tanto por vía estatutaria, como mediante la suscripción de pactos parasociales.

Como se observará, esta cláusula es el resultado de combinar las dos cláusulas anteriormente analizadas, a saber, el pacto andorrano y la subasta. Por un lado, se produce una compra o venta forzosa. Por otro lado, si la operación anterior no se cierra con las primeras ofertas, se procede a una especie de subasta entre los socios. Si bien la idea general es la misma, existen diversas maneras de configurar el tiro mejicano, por lo que su definición irá en función de cada tipo.

Una de las modalidades de cláusula tejana sería aquella iniciada mediante una oferta de compra⁷⁰. Producido el bloqueo societario, uno de los socios comunica a la contraparte su intención de comprar sus acciones o participaciones por un precio determinado. El socio que recibe la oferta tiene dos opciones, o bien acepta y vende su participación, o bien lanza una contraoferta para adquirir él las acciones del oferente inicial a un precio superior. De nuevo, se procede, bien al rechazo de la oferta, bien a una nueva propuesta, repitiéndose este proceso tantas veces como sea necesario hasta que el precio resulte atractivo para alguna de las partes.

La cláusula que se acaba de definir podría configurarse en sentido inverso, siendo la oferta inicial de venta⁷¹. Así, el socio que activa la cláusula propone a la otra parte la venta de todas sus acciones o participaciones por un precio determinado. En este caso, el socio que recibe la oferta elegirá si aceptar y comprar, o si lanza una contraoferta para vender él su participación a un precio inferior. Tal y como sucedía en el caso anterior, las negociaciones pueden alargarse repitiéndose el proceso hasta que uno de los socios esté dispuesto de vender sus acciones o participaciones y salir de la sociedad.

⁷⁰ Fleischer, H. y Schneider, S., “Shoot – out clauses in partnerships and close corporations: An approach from comparative law and economic theory” cit. pág. 38.

⁷¹ Fleischer, H. y Schneider, S., “Shoot – out clauses in partnerships and close corporations: An approach from comparative law and economic theory” cit. pág. 39.

Por último, existe un tipo de cláusula considerada variación del tiro mejicano llamada *mexican shoot – out clause*.⁷² En ella, ambas partes realizan ofertas a través de sobre cerrado. Decididos a terminar con la situación de paralización societaria, los socios fijan, por escrito y sin conocimiento de la oferta que está haciendo el otro socio, un precio por el que estarían dispuestos a adquirir la participación ajena. Mediante el procedimiento previsto en la cláusula (por ejemplo, ante notario u otro fedatario público), se da conocimiento de ambas posturas, adquiriendo las participaciones el socio cuya oferta sea más elevada.

La modalidad descrita puede, a su vez, presentar diversas modificaciones⁷³. Así, podría establecerse que, si bien el mejor postor será quien debe comprar las participaciones del otro socio, lo haga por el segundo precio más alto. También podría pedirse a un tercero ajeno al conflicto que determine el valor real o razonable de las participaciones, adquiriéndolas el socio que más se haya aproximado a dicho valor.

De la misma manera que ocurría respecto a las cláusulas anteriormente descritas, este tipo de mecanismos son idóneos para resolver la situación de bloqueo societario siempre y cuando se den unas condiciones determinadas. En el momento en que una de las partes ostente mayor poder económico o esté más informado respecto al valor real de las acciones o participaciones, la cláusula pierde tanto eficacia como equidad. Frente a este problema, dicha cláusula podría configurarse con una serie de disposiciones destinadas a prevenir tales conflictos. Por ejemplo, establecerse un plazo relativamente generoso al socio adquirente para que pueda disponer de la financiación necesaria, o bien exigir que un auditor independiente verifique previamente las cuentas de la sociedad (evitando la asimetría informativa). Asimismo, el socio perjudicado siempre podrá tratar de plantear una demanda por abuso de derecho y contrariedad al principio de buena fe⁷⁴.

⁷²Serrano, A., “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario en una sociedad de capital”, cit. pág. 86,

⁷³ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 173.

⁷⁴ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 178.

4. ESTATUTOS SOCIALES Y PACTOS PARASOCIALES

Examinados los distintos mecanismos antibloqueo de la sociedad, conviene analizar, a continuación, cuál es el instrumento más idóneo para su establecimiento. Como ya se ha mencionado en un apartado anterior, existen dos alternativas para su configuración. Por un lado, a través de su incorporación a los estatutos de la sociedad. Por otro lado, mediante la suscripción de pactos parasociales.

Si bien ambas posibilidades son perfectamente válidas, existen bastantes diferencias entre una y otra en materias tales como la celebración, su modificación, los posibles remedios ante el incumplimiento y, con especial relevancia, la eficacia que despliegan frente a terceros. Al final, la decisión de establecer uno u otro mecanismo irá en función de la eficacia que se le quiera dar al acuerdo adoptado.

4.1. Estatutos sociales

Los estatutos sociales son un documento que, elaborado por los socios, recogen las normas de funcionamiento y organización de la sociedad. Si bien una de sus características principales es la estabilidad, su modificación estará permitida siempre y cuando se observen las mayorías legal o estatutariamente establecidas (Título XVIII de la LSC relativo a las modificaciones de los estatutos sociales).

La LSC, en su artículo 23, obliga a establecer en ellos un contenido mínimo (tales como denominación, objeto y domicilio social). Sin embargo, se permite, por el ya mencionado principio de autonomía de la voluntad del artículo 28, la incorporación de cualquier otro pacto o disposición “*siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*”. En este punto, adquirirán bastante relevancia notarios, registradores y jueces, pues serán los encargados de calificar las cláusulas estatutarias innovadoras cuando intenten acceder al registro correspondiente (recordemos que se exige formalizarlos en escritura pública y acceso al Registro Mercantil).

Dado que tanto los socios como la sociedad forman parte de los estatutos, y que su contenido forma parte del régimen jurídico de ambos, la oponibilidad de sus acuerdos no queda cuestionada. De hecho, el artículo 204 LSC, que constituye uno de los remedios

societarios, declara susceptible de impugnación todo acuerdo social que contravenga lo establecido en los estatutos de la sociedad.

4.2. Pactos parasociales

Por su parte, los pactos parasociales o reservados son aquellos acuerdos que, suscritos por todos o algunos socios, completan e, incluso, modifican las normas estatutarias en el ámbito de las relaciones internas de sus firmantes⁷⁵. Su naturaleza jurídica es contractual, siendo su eficacia meramente *inter – partes*. A consecuencia de ello, no van a ser oponibles frente a la sociedad, pues obligan, exclusivamente, a las partes que los han firmado. Asimismo, frente al incumplimiento, no valdrán los remedios societarios, debiendo aplicarse las reglas civiles generales en materia de obligaciones y contratos.

A pesar de ello, podría llegar a afirmarse que, junto con los estatutos, los pactos parasociales recogen el contenido contractual por el que se rige la sociedad, pues regulan materias que pueden incidir directamente sobre la esfera societaria⁷⁶. Incluso, dado que su contenido completa el régimen societario, han llegado a convertirse en una garantía contractual para determinados tipos de socios tales como los minoritarios, que prefieren formar parte de la sociedad dejando constancia a través de un contrato de ciertos aspectos críticos de su relación con ella. No obstante, en ningún caso puede admitirse que los pactos parasociales están al mismo nivel que los estatutos o la ley, pues se encuentran, respecto a la sociedad, en otro plano, al margen de la esfera societaria⁷⁷. Además, al no poder ser inscritos en el Registro Mercantil, su accesibilidad, eficacia y oponibilidad es, como veremos, limitada⁷⁸.

En la práctica, este tipo de pactos son muy habituales. De hecho, pueden encontrarse tanto en sociedades cerradas y familiares, con un número muy pequeño de socios, como en sociedades de mayor tamaño tales como cotizadas e, incluso, grupos de sociedades. Si bien en un primer momento no estuvieron permitidos, el principio de autonomía de

⁷⁵ Paz – Ares, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, cit. pág. 19.

⁷⁶ Sáez, M. I., “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces”. *InDret*, núm. 3, 2009, pág. 2 (disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138031/188676>; última consulta el 25/2/2019).

⁷⁷ Noval Pato, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2012, pág. 57.

⁷⁸ Noval Pato, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*, cit. pág. 48.

voluntad de los contratantes exige el reconocimiento de su validez. No obstante, ésta no es ilimitada, pues deberán respetarse la ley, el orden público y, por el objeto de estos, los principios que configuran el tipo social correspondiente⁷⁹.

Dada la especial naturaleza de estos pactos, muy debatidos tanto jurisprudencial como doctrinalmente, así como considerados una materia de especial conflictividad en la actualidad mercantil, se exige realizar un breve inciso para analizar su eficacia, incidiendo principalmente en los remedios disponibles para subsanar su incumplimiento. De esta manera, se podrá valorar adecuadamente si realmente resultan la alternativa más idónea para el establecimiento de los mecanismos antibloqueo analizados.

En primer lugar, conviene clasificar los acuerdos en materia de paralización societaria. Así, se distinguen en la doctrina tres tipos de pactos reservados, a saber, de relación, de atribución y de organización⁸⁰. El primero de ellos incluye todos aquellos acuerdos que regulan, exclusivamente, las relaciones entre socios, sin incidir directamente en la esfera jurídica de la sociedad. Un ejemplo de este tipo son los pactos en los que los socios se comprometen a no adquirir más de una determinada participación en la sociedad. Los pactos de atribución, en cambio, son aquellos que tienen como finalidad la concesión de ventajas a la sociedad. Un pacto de no competencia, o un pacto para realizar aportaciones al capital social quedarían encuadrados dentro de este tipo. Por último, se conocen como pactos de organización los acuerdos que regulan el funcionamiento de la sociedad. Algunos de los ejemplos más destacados son los pactos que establecen mayorías de votos, o aquellos que configuran la composición del órgano de administración.

Con arreglo a la clasificación vista, un acuerdo por el que se establece un mecanismo para remediar una situación de bloqueo societario es un pacto de organización, pues tiene como finalidad tanto la reorganización como el funcionamiento de la sociedad⁸¹. De los tres, es sin lugar a dudas el tipo más complejo, ya que su contenido tiene repercusión directa sobre la sociedad, frente a quien no resultan, en principio, oponibles sus disposiciones. Por ello, resulta interesante analizar en qué supuestos son válidos y

⁷⁹ Noval Pato, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*, cit. pág. 54.

⁸⁰ Paz – Ares, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, cit. pág. 19.

⁸¹ Paz – Ares, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, cit. pág. 20.

reconocibles los actos cometidos infringiendo las disposiciones de un pacto parasocial de organización, así como la posibilidad de revocarlos.

4.2.1. Mecanismos ante el incumplimiento

Como ya se ha señalado, todo pacto reservado es un contrato. Por ello, serán de aplicación las disposiciones de derecho civil en materia de obligaciones y contratos. Entre ellas, nos interesan aquí los mecanismos que, frente a un posible incumplimiento de los pactos, resultarían de aplicación. En este sentido, se analizan, concretamente, la acción de cumplimiento, la acción de remoción y la indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, dado que el contenido de las acciones varía en función de la naturaleza de la obligación que ha sido incumplida (dar, hacer o no hacer), se deberá atender a qué tipo de infracciones dan lugar las cláusulas analizadas. En este caso, el análisis de los efectos producidos por los remedios señalados se realizará con un ejemplo considerando que la obligación incumplida es la emisión de voto por persona encargada de remediar el bloqueo societario.

i. Acción de cumplimiento

Se conoce como acción de cumplimiento la pretensión por la que se reclama a la autoridad judicial el cumplimiento de la obligación. En el caso a analizar, dado que no se ha emitido el voto que, previsto en el pacto, es susceptible de romper con el bloqueo societario, la interposición de esta acción se dirigirá a obtener la ejecución específica de la obligación. De acuerdo con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), la ejecución específica podrá articularse mediante la sustitución de la declaración por lo dispuesto en sentencia judicial (artículo 708 LEC), mediante la designación de un tercero que represente deudor (artículo 706), o bien mediante la imposición de multas al titular, en tanto no emita su voluntad (artículo 709 LEC).

Ahora bien, la ejecución específica del derecho a voto no está exenta de objeciones⁸². Así, en primer lugar, se cuestiona la libre voluntad del socio, cuya declaración está siendo “impuesta”. Sin embargo, dado que éste asumió libremente quedar obligado por el pacto

⁸² Paz – Ares, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, cit. pág. 24.

parasocial, no parece razonable que ahora se ponga en duda su deber de emitirlo. En segundo lugar, la ejecución forzosa de la emisión del voto plantea dudas en relación al proceso de deliberación. En este sentido, si bien es cierto que lo más apropiado sería votar de manera informada una vez escuchados los argumentos y opiniones de los demás miembros, la propia LSC, que permite tanto delegar el voto, como la votación electrónica, no parece exigir estrictamente este requisito. En último lugar, en aquellos casos en los que la emisión del voto se sustituye por una declaración en sentencia judicial, su validez podría quedar cuestionada en tanto se está pudiendo dañar el interés social. Se critica, por tanto, el hecho de emitir un voto desde un punto de vista externo, sin tener en consideración la situación interna de la sociedad. Ahora bien, el juez, al resolver, tiene la obligación de comprobar que el voto final emitido es legítimo o si, por el contrario, vulnera una disposición legal. Asimismo, existe la posibilidad de que tanto los socios restantes, como la propia sociedad, intervengan en el procedimiento para proteger sus derechos. Por último, la emisión del voto no implica, en ningún caso, la adopción de un acuerdo válido, pues recordemos puede ser impugnado por contravenir el interés social en un momento posterior.

Con todo, se puede afirmar que la acción de cumplimiento constituye, al efecto, un posible remedio frente al incumplimiento de todas aquellas cláusulas antibloqueo que prevean derechos de voto. Si bien surgen determinadas objeciones al respecto, no parece que constituyan un verdadero obstáculo, existiendo, como se ha visto, posibilidades de rebatirlas.

ii. Acción de remoción

Nuestro Código Civil (en adelante, CC), en el segundo párrafo de su artículo 1098, establece la posibilidad de que “*se deshaga lo mal hecho*”. Conocida como acción de remoción, ésta tiene como finalidad eliminar los efectos causados por el incumplimiento de una obligación.

Si resulta que, celebrada la junta correspondiente, la sociedad no consigue salir de la situación de bloqueo, y que, a su vez, existe un pacto en el que se confiere a una persona determinada un voto capaz de romper con el bloqueo (el *casting vote*, voto plural, voto divergente o voto dirimente explicados en el primer apartado de este trabajo), la acción

de remoción podría ejercitarse en aquellos casos en los que dicho voto se ha emitido (o no) incumpliendo el pacto.

Así, se procedería a una nueva celebración de la junta susceptible de terminar con la situación de bloqueo societario, solución que interesará a todo aquel que no quiera acudir a la disolución de la sociedad, remedio previsto en la LSC.

Sin embargo, debe tenerse especial cuidado con los terceros, cuyos derechos adquiridos quedan protegidos, imposibilitando el retorno a la situación originaria previa al incumplimiento si quedan perjudicados.

iii. Indemnización de daños y perjuicios

Este remedio, previsto en el artículo 1101 CC, constituye la responsabilidad contractual general que todo incumplimiento que una obligación conlleva. Así, en aquellos casos en los que uno de los socios incumpla el pacto parasocial en perjuicio de los demás, se podrá ver obligado a reparar el daño mediante el pago de una indemnización.

Por ejemplo, si dos socios pactan una cláusula tejana mediante la suscripción de un pacto parasocial y, producido el bloqueo, uno de ellos le vende la totalidad de sus acciones a un tercero, el socio que no ha incumplido podría verse perjudicado por la entrada del nuevo adquirente (pues pretendía ser socio único, o bien salir de la sociedad por un precio razonable). Frente a ello, siempre y cuando consiga demostrar y cuantificar el daño causado, podrá pedir al juez que condene al socio incumplidor al pago de una indemnización⁸³.

Este remedio constituye, en definitiva, el remedio al que más se acude tras el incumplimiento de los pactos parasociales⁸⁴. Como ventaja, se consigue un pago que compensa el daño causado. Como desventaja, no se deshace situación alguna, ni se cumple con la obligación establecida. Ahora bien, de los tres remedios expuestos, es el que plantea menos problemas.

⁸³ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 158.

⁸⁴ Paz – Ares, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, cit. pág. 21.

Por último, dado que la dificultad en este caso se deriva de la cuantificación del daño, podría preverse, junto con el pacto reservado, una cláusula penal, que evitaría, entre otros, el problema derivado de dicho cálculo.

4.2.2. Oponibilidad frente a la sociedad de los pactos parasociales

Vistos los remedios ofrecidos por el Derecho Civil ante el eventual incumplimiento de un pacto parasocial, procede analizar a continuación en qué supuestos la sociedad podría llegar a reconocer su contenido.

Partiendo del artículo 29 LSC, “*los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*”. Por tanto, todo pacto parasocial obliga, exclusivamente, a las partes que los han suscrito, dejando a la sociedad y a sus miembros al margen de estos.

Dada esta eficacia interna o *inter partes*, el contenido del pacto no vinculará a futuros adquirentes de acciones o participaciones de la sociedad, a los que únicamente les serán oponibles las disposiciones de la LSC y el contenido que ha accedido al Registro Mercantil⁸⁵. Así, si la cláusula antibloqueo está contenida en los estatutos, cualquier persona que compre una participación y pase a formar parte de la sociedad, quedará automáticamente sujeta a su cumplimiento. A consecuencia de ello, una vez dicho adquirente se convierta en socio, si se produjese una paralización societaria, deberá atender a los mecanismos antibloqueo que se hayan previsto estatutariamente. Sin embargo, dado que los pactos parasociales obligan de manera exclusiva a las partes que los han suscrito, un tercero que adquiere una participación no va a quedar vinculado por su contenido a no ser que decida ser parte del contrato y lo firme. En este caso, si se produce un bloqueo societario, el socio que no ha firmado el pacto reservado, no estará obligado a someterse a los mecanismos antibloqueo previstos, quedando privados de eficacia.

⁸⁵ Perdices, A. y Gandía, E., “Pactos de socios reservados, ocultos y relativos”, *Almacén del Derecho* (blog), 2015.

Además de ello, la inoponibilidad de los pactos reservados hace que no se prive de eficacia frente a terceros (en especial, la sociedad), los actos que los contradigan. Se hace referencia, en este punto, al reconocimiento por parte de la sociedad de los acuerdos adoptados⁸⁶. Si la cláusula antibloqueo está contenida en los estatutos, un tercero que adquiera acciones o participaciones de la sociedad en contravención de lo dispuesto en ella, no podrá ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio frente a la sociedad. Así lo dispone el artículo 112 LSC, que declara la ineficacia frente a la sociedad de toda transmisión hecha infringiendo las disposiciones estatutarias. No ocurre así, sin embargo, en el caso de los pactos parasociales, cuya infracción no va a implicar la imposibilidad de ejercitar los derechos de socios, pues tal y como se establece en el artículo 29 LSC, los pactos reservados entre los socios no podrán oponerse frente a la sociedad.

En último lugar, la naturaleza de los pactos reservados impide proteger su cumplimiento haciendo uso de los remedios societarios (exclusión del socio o impugnación de acuerdos que contravengan el interés social, entre otros). Así, en los casos en los que la paralización societaria se trate de remediar incumpliendo la solución prevista en un pacto parasocial, éste no va a poder invocarse frente a la sociedad.

No obstante, la regla general de inoponibilidad de los pactos parasociales puede llegar a quebrar en determinadas situaciones, especialmente cuando se da una coincidencia subjetiva entre las partes del contrato y las de la sociedad, en tanto que ésta ya no puede considerarse un tercero ajeno a los firmantes⁸⁷. Este tipo de pactos se conocen como omnilaterales o universales y su eficacia está siendo actualmente objeto de discusión tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

Por un lado, nuestros jueces, como regla general, niegan la oponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad⁸⁸. No obstante, en los casos de pactos omnilaterales o universales han llegado a flexibilizar la estricta inoponibilidad de este tipo de pactos orientándolos a determinadas figuras jurídicas tales como el abuso de derecho⁸⁹ (constituye abuso de derecho incumplir lo dispuesto en un pacto parasocial amparándose

⁸⁶ Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, cit. pág. 158.

⁸⁷ Paz – Ares, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, cit. pág. 36.

⁸⁸ STS de 6 de marzo de 2009, de 10 de diciembre de 2008 y de 5 de marzo de 2009.

⁸⁹ Resolución de la DGRN de 26 de octubre de 1989.

en las previsiones estatutarias anteriores a éste), el levantamiento del velo⁹⁰ (la sociedad no es un tercero ajeno al pacto), o la ficción de que se ha celebrado una junta universal⁹¹ (la reunión de todos los socios para adoptar acuerdos es, en definitiva, un tipo válido de junta).

Por su parte, la doctrina parece estar cambiando de tendencia⁹². En un primer momento, los autores que conforman la conocida como “doctrina clásica” negaron rotundamente la oponibilidad de los pactos parasociales al considerar que los socios, mediante el recurso al contrato privado, estaban renunciando a cualquier mecanismo de eficacia societaria. A consecuencia de ello, el incumplimiento de un pacto parasocial no podía ser, en ningún caso, una causa legítima para impugnar la validez de un acuerdo social. De hecho, en un principio, todo pacto reservado entre los socios era declarado nulo. No fue hasta el año 1989 cuando pasan a ser válidos, pero inexistentes tanto para la sociedad, como para terceros, tal y como dispone el artículo 1257 CC⁹³.

Sin embargo, parece que, actualmente, este criterio se está flexibilizando, interpretándose que, en determinados supuestos, sí que puede existir cierto grado de oponibilidad frente a la sociedad. Así, la “doctrina moderna” establece que, si concurren dos requisitos, uno objetivo y otro subjetivo, la estricta inoponibilidad de los pactos quiebra⁹⁴. Por un lado, deben coincidir tanto las partes del pacto como las de la sociedad (todos los socios son firmantes del acuerdo). Por otro, debe darse cierta correspondencia de resultados entre la aplicación de los remedios societarios y los civiles. En otras palabras, que la aplicación de los mecanismos que proporciona el derecho civil ante el incumplimiento conduzca al mismo resultado que los remedios societarios. Es más, incluso se afirma que un pacto calificado como reservado, sin acceso al registro, puede llegar a ser completamente válido y vinculante para la sociedad y los socios si es unilateral, siendo esa reserva únicamente de cara a terceros. De acuerdo con esta idea, el artículo 29 LSC debe entenderse que va

⁹⁰ STS de 24 de septiembre de 1987.

⁹¹ STS de 26 de febrero de 1991, de 10 de febrero de 1992 y de 18 de marzo de 2002.

⁹² Ruiz Cámara, J. y Torregrosa, E., “Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (a propósito de las SSTS de 6 de marzo de 2009)”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 24, 2009, pág. 66 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2379/documento/articuloUM.pdf?id=3054>; última consulta el 17/3/2019).

⁹³ Perdices, A. y Gandía, E., “Pactos de socios reservados, ocultos y relativos”, cit.

⁹⁴ Paz – Ares, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, cit. pág. 38.

exclusivamente referido a los pactos reservados entre algunos socios, y no los firmados por todos⁹⁵.

La relevancia de admitir dicha oponibilidad radica, especialmente, en la posibilidad de aplicar el artículo 204 LSC, que establece la impugnación de *“los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”*. Con esta idea de oponibilidad de los pactos omnilaterales, podría entonces entenderse que la redacción del 204 LSC no es correcta, en tanto que la palabra “estatutos” debería modificarse por “pactos sociales”, incluyendo toda disposición estatutaria y cualquier otro pacto firmado por la totalidad de los socios. No obstante, ello resulta una interpretación un tanto forzada y, por ello, entendiendo que infringir un pacto unilateral, adoptado por la totalidad de los socios, es tan contrario al interés social como la infracción de una disposición estatutaria, podría considerarse que es en la lesión del interés social el supuesto en el que encajaría la contravención de un pacto universal⁹⁶.

4.3. Valoración final

Como se apuntó en la primera parte de este trabajo, el bloqueo societario suele ser común en las sociedades cerradas en las que el capital social se divide entre dos personas. Por ello, la suscripción de un pacto parasocial entre ambos socios, lo convertiría en unilateral, dotándolo de una eficacia amplia con respecto a cualquier otro pacto reservado. Ello podría favorecer la decisión de acordar a través de este mecanismo los remedios antibloqueo, pues sus efectos se acercan a los que dispondrían de preverse por vía estatutaria. Si bien no se trata de una afirmación rotunda, parece que podría empezar a existir cierta evolución en este sentido.

Con todo, podría parecer que lo más oportuno sería acudir a la modificación estatutaria y, de esta manera, prevenir cualquier conflicto respecto a la eficacia de los acuerdos. Sin embargo, existen una serie de obstáculos al respecto. En primer lugar, dado que los acuerdos estatutarios deben quedar registrados, notarios y registradores deberán calificarlos, pudiendo no aceptar determinadas previsiones si se extralimitan de los

⁹⁵ Perdices, A. y Gandía, E., “Pactos de socios reservados, ocultos y relativos”, cit.

⁹⁶ Perdices, A. y Gandía, E., “Pactos de socios reservados, ocultos y relativos”, cit.

límites legales. De hecho, en la práctica suele acudir a los pactos reservados para ampliar el contenido permitido por nuestra legislación⁹⁷. Asimismo, no se puede olvidar que la sociedad se encuentra paralizada, no pudiéndose adoptar acuerdo alguno. Por ello, si las cláusulas no se han previsto *ex ante*, no parece que se vayan a dar las mayorías necesarias para poder modificar el contenido de los estatutos.

Por todo ello, parece que una solución razonable sería la suscripción de pactos parasociales respecto al contenido de las cláusulas antibloqueo, pero incorporando en los estatutos partes importantes del mismo (evitando que los registradores denieguen la inscripción). Asimismo, como ya se ha mencionado en un apartado anterior, podría resultar conveniente el establecimiento de cláusulas penales en los estatutos con el fin de persuadir a los socios para que cumplan el contenido de los pactos parasociales que suscriban al respecto⁹⁸.

⁹⁷ Paz – Ares, C., “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, 2011, pág. 252 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf>; última consulta el 18/3/2019).

⁹⁸ Paz – Ares, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, cit. pág. 23

5. CONCLUSIONES

En vista de lo expuesto, parece que no cabe duda acerca de la insatisfactoria regulación que el legislador ha previsto en nuestra LSC para solventar las situaciones de bloqueo societario. Como ya se ha apuntado en diversas ocasiones, resulta un tanto extremista proceder a la liquidación y posterior disolución de una sociedad que, lejos de ciertas desavenencias acontecidas entre sus socios, arroja resultados económicos positivos o bien es susceptible de ello (por ejemplo, por la existencia de una oferta de compra atractiva impedida claro, por la paralización).

Ahora bien, nuestro derecho societario, de corte dispositivo, admite, en una gran variedad de disposiciones, la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. De esta manera, los socios pueden configurar todas aquellas reglas por las que quieran regir sus relaciones societarias, sin limitarse, exclusivamente, a las disposiciones legales al respecto. En este sentido, lo más razonable sería que la disolución societaria se convierta en un remedio subsidiario a favor de determinadas cláusulas que, convenidas por los socios, establezcan mecanismos antibloqueo de la sociedad.

Estos mecanismos, analizados de manera individualizada a lo largo del trabajo, no solo suponen una alternativa más razonable a la previsión legal, sino que, además, proponen soluciones que aseguran tanto la continuidad de la sociedad, como la protección de la posición de cada parte. Como se ha podido comprobar, cada una de ellas configura la resolución del conflicto de tal manera que la situación final de cada uno de los socios, y de la sociedad, resulte lo más justa posible.

No obstante, el *modus operandi* de este tipo de cláusulas no es plenamente perfecto, en tanto que existen determinados supuestos en los que se permite la actuación oportunista por parte de los socios en conflicto. Ante ello, parece que compete a éstos la regulación de disposiciones que, complementando la redacción original, les protejan de posibles situaciones adversas.

A estos efectos, la autonomía de la voluntad es amplia. Todos y cada uno de los mecanismos que han sido propuestos pueden ser objeto de tantas modificaciones como los socios quieran, llegando a configurar, incluso, un nuevo modelo. Asimismo, no son

los únicos sistemas posibles, en tanto se podría prever, por ejemplo, el sometimiento del conflicto a un tercero imparcial, a saber, un árbitro o un mediador.

Respecto al modelo jurídico a través del cual se establecen dichos mecanismos, decisión que no resulta para nada insignificante, debe ponerse el énfasis en la eficacia de la que se quiera dotar al acuerdo. Si bien, a la luz de lo comentado en el apartado correspondiente, resulta más sencilla la suscripción de un pacto parasocial entre los socios que una modificación estatutaria, no puede obviarse su naturaleza contractual, ni tampoco la falta de consenso que existe doctrinal y jurisprudencialmente. Por ello, parece que la solución más razonable sería la combinación de ambas opciones. Por un lado, la firma de un contrato que prevea mecanismos resolutorios en situaciones de paralización societaria. Por otro lado, una previsión estatutaria en la que se condicione la entrada del socio a la sociedad a la suscripción de dicho pacto.

Con todo, no debe olvidarse que, en la práctica, no suele ser común la previsión de situaciones conflictivas por parte de los socios. Cuando se constituye la sociedad, éstos se ven más preocupados por establecer reglas de funcionamiento, que soluciones frente a conflictos que no quieren prever. Al asociarse unos con otros, los socios se comprometen a cooperar para alcanzar un fin determinado. Para ello, invierten en ella una serie de recursos que, pudiendo tener más o menos cuantía, suponen un determinado esfuerzo. Por ese motivo, suelen ser reacios al establecimiento de reglas para el caso de que se produzca una completa desavenencia entre ellos, lo cual les resulta impensable. Frente a ello, podría entonces afirmarse que debería ser el legislador el que proponga o tome la iniciativa en la creación de estos acuerdos, pues precisamente en estos casos, los socios no están siendo objetivos.

Ahora bien, paradójicamente, sucede que el mecanismo legal previsto en nuestro derecho societario, la disolución, es, a su vez, un mecanismo preventivo de ella. Por las mismas razones comentadas en el párrafo anterior, puede ocurrir que los socios no estén dispuestos a extinguir la sociedad, realizando esfuerzos para, de alguna manera, llegar a un acuerdo que evite la paralización definitiva. Si ello fuera el caso, parecería que, al final, no resultaría un mecanismo poco resolutivo y criticable. Sin embargo, como todo, dependerá del caso concreto.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Jurisprudencia

TRIBUNAL SUPREMO:

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 5 de junio de 1978.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 15 de diciembre de 1982.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 24 de septiembre de 1987.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 12 de noviembre de 1987.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 26 de febrero de 1991.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 10 de febrero de 1992.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 2 de marzo de 1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 507/2000 de 15 mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 228/2002 de 18 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 797/2002 de 20 julio.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1136/2008 de 10 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 131/2009 de 5 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 128/2009 de 6 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 373/2010 de 15 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 653/2014 de 26 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 653/2014 de 26 noviembre.

AUDIENCIA PROVINCIAL

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Primera, núm. 379/2011 de 4 de octubre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, núm. 188/2011 de 3 de junio.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª, núm. 97/2012 de 13 de marzo.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, núm. 135/2014 de 28 de abril.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, núm. 2480/2015 de 27 de noviembre.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1981.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de enero de 1984.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1989.

6.2. Obras doctrinales

Alfaro, J., El voto divergente, *Almacén del Derecho*, 2018 (disponible en <https://almacenederecho.org/el-voto-divergente/>; última consulta 14/3/2019).

Altirriba, X. y Cuenca, J., “El derecho de separación y la figura de la exclusión de socios”, *Iuris: actualidad y práctica de derecho*, núm. 198, 2013, págs. 30 – 36 (disponible en: https://www.rocajunyent.com/content/uploads/documentos_131003_Iuris_ed94088.pdf; última consulta 17/02/2019).

Álvarez Royo – Villanova, S., “Situaciones de bloqueo en las sociedades de capital. La disolución judicial y sus alternativas”, *Cuadernos de Derecho comparado y Comercio*, núm. 49, 2009, págs. 61 – 77.

Beltrán Sánchez, E., *La disolución de la sociedad anónima*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

Brooks, R., Landeo, C. y Spier, E., “Trigger happy or gun shy? Dissolving common – value partnerships with Texas shootouts”, *Harvard Public Law and Economics Discussion Paper*, nº 630, 2009, págs. 649 – 673 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1372195; última consulta el 17/3/2019).

Campins, A. y Alfaro, J., “Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital”, *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, 2014, págs. 65 – 93 (disponible en https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400077396es.pdf; última consulta el 17/3/2019).

Cobo, C. y Rodríguez, C., “La sociedad inoperante”, *Economist & Jurist* (Pérez Llorca), 2014 (disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/32498/>; última consulta 18/02/2019).

De Carlos Bertrán, L., “La sociedad cotizada”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 39, 2015, págs. 35 – 42 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4613/documento/at02.pdf?id=5765>; última consulta el 2/4/2019)

Fernández del Pozo, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Fernández del Pozo, L., “Paralización de órganos sociales y autonomía de la voluntad”, *Almacén de Derecho* (blog), 2018 (disponible en: <https://almacenederecho.org/paralizacion-organos-sociales-autonomia-la-voluntad/>; última consulta: 14/01/2019).

Fernández Torres, I., *Las loyalty shares: cortoplacismo contra activismo accionarial*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Fleischer, H. y Schneider, S., “Shoot – out clauses in partnerships and close corporations: An approach from comparative law and economic theory”, *European Company and Financial Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2012, págs. 35 – 50.

Fradejas Rueda, O., “Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* (Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), 2012 (disponible en: [https://eprints.ucm.es/14689/1/Fradejas%2C Olga.pdf](https://eprints.ucm.es/14689/1/Fradejas%2C%20Olga.pdf); última consulta el 14/3/2019).

Gandía, E., “El nuevo voto privilegiado en Italia. Breve comentario al régimen jurídico de las acciones de voto plural y de las *loyalty shares* introducidas por el decreto – legge núm. 91 de 24 de junio”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 65, 2016, págs. 173 – 203.

Gimeno, J., “Derecho de separación *ad nutum* y prestaciones accesorias (comentario a la STS de 14 de marzo de 2013)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 42, 2014, págs. 275 – 306 (disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/47234/1/2014_Gimeno-Bevia_Revista-de-Derecho-de-Sociedades.pdf; última consulta el 17/3/2019).

Ibáñez, J., “Equity swap y alternativas eficientes de compras de votos”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 8, 2016 (disponible en [https://www.comillas.edu/images/catedras/Garrigues/Catedra Garrigues cuadernos_8.pdf](https://www.comillas.edu/images/catedras/Garrigues/Catedra_Garrigues_cuadernos_8.pdf); última consulta el 23/03/2019).

Kittsneiner, T., “Efficient Partnership Dissolution under Buy – Sell Clauses”, *The RAND Journal of Economics*, v. 39, núm.1, 2008, págs. 184 – 198 (disponible en [ftp://ftp.cemfi.es/pdf/papers/Seminar/MAgeles Frutos.pdf](ftp://ftp.cemfi.es/pdf/papers/Seminar/MAgeles_Frutos.pdf); última consulta el 17/3/2019).

Lengwiler, Y. y Wolfstetter, E., “On some auction rules for amicable divorce in equal share partnerships”, *SSRN Electronic Journal*, 2005 (disponible en:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=727763; última consulta 19/02/2019).

Menéndez, A., “El voto divergente en las sociedades de capital” en *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 955 – 968.

Noval Pato, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2012.

Paz – Ares, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 5, 2003, págs. 19 – 43 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf>; última consulta el 18/3/2019).

Paz – Ares, C., “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2011, págs. 252 – 256 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf>; última consulta el 18/3/2019).

Perdices, A., “Tag – Along”, *Almacén del Derecho* (blog), 2016 (disponible en: <https://almacenederecho.org/lecciones-tag-along/>; última consulta el 18/02/2019).

Perdices, A. y Gandía, E., “Pactos de socios reservados, ocultos y relativos”, *Almacén del Derecho* (blog), 2015.

Ruiz Cámara, J. y Torregrosa, E., “Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (a propósito de las SSTTS de 6 de marzo de 2009)”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 24, 2009, págs. 65 – 70 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2379/documento/articuloUM.pdf?id=3054>; última consulta el 17/3/2019).

Sáez, M. I., “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces”. *InDret*, núm. 3, 2009 (disponible en

<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138031/188676>; última consulta el 25/2/2019).

Sáez Lavace, M^a I. y Bermejo, N., “Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad. A vueltas con los pactos de *tag* - y de *drag – along*”, *InDret*, núm. 1, 2007 (disponible en http://www.indret.com/pdf/415_es.pdf; última consulta el 17/3/2019).

Sanz Bayón, P., “Fundamentación de la causa disolutoria por paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital”, *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del Derecho*, Universidad de Málaga, 2014 (disponible en https://www.researchgate.net/publication/267747826_Fundamentacion_de_la_causa_disolutoria_por_paralizacion_de_los_organos_sociales_en_las_sociedades_de_capital *Rationale of Corporate Deadlock as Ground for Dissolution*; última consulta el 11/3/2019).

Serrano, A., “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario en una sociedad de capital”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 2015, págs. 83 – 87, (disponible en <http://revistas.innovacionumh.es/index.php/lexmercatoria/article/view/843/71>; última consulta el 17/3/2019).

Veiga Copo, A., “El ejercicio de los derechos de socio por el acreedor pignoraticio en la prenda de acciones”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 8, 2016 (disponible en https://www.comillas.edu/images/catedras/Garrigues/Catedra_Garrigues_cuadernos_8.pdf; última consulta el 22/03/2019).