

## **PROPUESTA DE COMUNICACIÓN**

### **IV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE SOCIEDADES**

**MARCAR LA OPCIÓN QUE CORRESPONDA:**

- CONVOCATORIA PREMIO “DR. ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ”
- CONVOCATORIA ORDINARIA

**APELLIDOS Y NOMBRE DEL AUTOR/A:** PABLO SANZ BAYÓN

**FILIACIÓN:** PROFESOR DE DERECHO MERCANTIL. UPCOMILLAS-ICADE

**MAIL:** psbayon@comillas.edu

**TFNO. DE CONTACTO:** +34 680216089

**TÍTULO COMUNICACIÓN:** *La expulsión del socio obstruccionista en la sociedad cerrada conjunta*

**PALABRAS CLAVE:** derecho de exclusión, deber de fidelidad, conflicto de interés, derecho de voto, bloqueo societario

**RESUMEN** (20 Líneas aprox.)

El objeto de la presente comunicación es discutir los fundamentos y la aplicación práctica del derecho de exclusión a efectos de la expulsión de un socio obstruccionista en el marco de las sociedades cerradas conjuntas o paritarias, es decir, aquellas conformadas por dos socios o grupos de socios con distribución de capital y voto al 50%, reparto típico en multitud de sociedades de responsabilidad limitada de carácter familiar o con las que se estructura una inversión (joint venture) Para desenvolver la discusión se atenderá a la crítica de la norma positiva reguladora de dicha institución, atendiendo a sus limitaciones operativas en el específico caso que presentan las situaciones de control conjunto y distribución paritaria de voto y capital en la junta general. Se formularán proposiciones de lege ferenda y de carácter estatutario y extraestatutario o parasocial, para que ese mecanismo, junto con el de la separación, tenga una aplicación disuasoria en la práctica cuando se producen potenciales y diversos obstruccionismos en los órganos sociales que impiden el desarrollo del objeto social y la consecución del fin común de los socios. Para el despliegue de este tema, se realizará una valoración crítica del principio de mayoría, los límites de los derechos políticos de los socios y el régimen de conflictos de interés, sobre la óptica del deber de fidelidad de los consocios en la sociedad cerrada. En síntesis, la exclusión, ante situaciones de parálisis societaria, constituye una herramienta, entre otras, para disuadir la comisión de conductas que lesionen sistemáticamente el interés social como pueden ser los actos obstruccionistas de un socio en sede de junta general. La finalidad de esta reflexión es ahondar en una eficiente configuración estatutaria de este tipo de sociedades, de modo que defina mejor el alcance y funcionamiento de este derecho, y su procedimiento de activación y ejecución ante aquellos comportamientos generadores de opresión que hacen que la relación socio/sociedad devenga intolerable.

**PROPUESTA DE TEXTO** (2 a 5 págs. máx.)

El derecho de voto juega un papel determinante en aquellas sociedades limitadas conjuntas o paritarias en la que un conflicto de intereses puede suponer la ruptura del equilibrio entre los socios. La existencia de un eventual conflicto de intereses impediría al socio ejercer en junta el derecho de voto correspondiente a sus participaciones sociales

(art. 190 LSC). Si bien la necesidad de deducir del capital social la participación afectada para el cómputo de la mayoría de votos en cada caso necesaria para la aprobación de la decisión en junta general tiene por finalidad evitar el abuso de la posición mayoritaria, cuando nos hallamos en presencia de una sociedad al 50% la solución legal de la deducción del cómputo dispensada por la LSC resulta muy insatisfactoria. La razón de ello es que la facultad de bloqueo de las decisiones por cada consocio determina que, ante una situación de conflicto de intereses, el voto contrario del consocio sea suficiente para impedir la adopción del acuerdo.

En consecuencia, fuera del perímetro de protección del socio minoritario, la vigente regulación del conflicto de intereses no se ajusta a las necesidades ni a la problemática de la sociedad paritaria, por lo que se hace pertinente la búsqueda de otras vías más adecuadas. Una posible medida de lege ferenda consistiría en resolver el problema desde la inclusión en el catálogo del art. 190 LSC de una causa legal de conflicto de interés relativa al incumplimiento del deber de fidelidad recíproca entre los socios paritarios. Esta medida traería consigo una nueva perspectiva, al enfocar el conflicto de intereses desde una aproximación al deber de los socios hacia el interés social, que tiene su concreción en el deber de fidelidad horizontal como expresión del principio de buena fe. Así, la utilización del derecho de voto por parte de un socio paritario en contra del interés social en caso de conflicto de intereses contravendría su deber de fidelidad horizontal, que incluye abstenerse de ejercer el voto correspondiente a sus participaciones sociales en junta general. De lo contrario, se entendería ex lege que al bloquear la junta por medio de su voto en contrario, el socio está abusando de su derecho político y actuando en detrimento del interés social.

Aquí reside precisamente la extrema importancia de la negociación ex ante para la instrumentación de cláusulas de terminación y derechos de separación o exclusión del socio paritario, porque si el conflicto surge con un contrato de sociedad incompleto, éste se resolverá ante los tribunales y cuando esto suceda las partes deberán incurrir en los costes procesales del litigio, que emergerán como una ineficiencia ex post derivada de la no completitud del contrato. Por ello hay que referirse más propiamente a la vocación de completitud que lleva consigo el contrato organizativo de la sociedad cerrada paritaria, en el sentido de que los efectos de no completarlo pueden ser potencialmente más gravosos.

El derecho de exclusión opera como el reverso del derecho de separación al permitir a la sociedad extinguir las relaciones existentes con un socio, evitando la extinción de la sociedad, una vez se ha producido alguna de las causas contempladas en la ley o en los estatutos sociales, mediante la correspondiente amortización de su cuota. Así, la existencia de un conflicto de intereses dentro de las especialidades de la sociedad de responsabilidad limitada impediría al socio afectado emitir su voto en el acuerdo de exclusión en junta general (art. 190 en relación con el art. 199 b LSC). En cualquier caso, la exclusión requerirá la mediación de condena de indemnizar a la sociedad, que se conforma como una de las acciones dimanantes del abuso de derecho, o bien, ante la disconformidad del socio afectado que fuere titular de al menos un 25%, de resolución judicial firme que ratifique la existencia de la causa de exclusión (arts. 350 y 352 LSC).

Si nos ceñimos a las causas de exclusión tasadas legalmente, no parece que se permita que el socio que adopte una postura obstruccionista o abusiva, incumpliendo sus deberes de fidelidad, pueda ser excluido de la sociedad. Podría pensarse que esta vía sería una solución excesivamente gravosa para sancionar toda conducta antisocial, salvo previsión estatutaria del deber de fidelidad. Este sería el caso de una prestación accesoria, para de

esta forma aplicar las sanciones previstas en caso de incumplimiento, como por ejemplo la exclusión del socio o la venta forzosa de las acciones o participaciones.

Su carácter sancionador -como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia (SSTS de 7 de noviembre de 1986, de 25 de octubre de 1990, de 16 de julio de 1992 y de 4 de marzo de 1993 y de 26 de marzo de 1994)- configuraría la exclusión como un sistema defensivo del socio leal al interés social contra el socio obstruccionista, permitiendo sancionar con la expulsión al socio que incumpliera los deberes de fidelidad, al mismo tiempo que garantizaría la pervivencia de la persona jurídica societaria, que en el caso de la sociedad 50-50, devendría entonces unipersonal por efecto de la expulsión del socio paritario infractor. La clave que se desarrollará en la comunicación será precisamente concebir la exclusión como un derivado natural de las exigencias de la buena fe. Así lo ha entendido también la SAP de Cádiz de 30 de enero de 2004 (AC 2004/706) que en su Fundamento Jurídico 3º sostiene la exclusión de un socio administrador que propició la inactividad de la sociedad y la paralización de sus órganos, contraviniendo el principio de buena fe contractual.

A nuestro juicio, como ya sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno, como el portugués, este mecanismo de exclusión cobraría especial sentido, sobre todo en lo relativo a las sociedades cerradas como las conjuntas o paritarias, al servir de herramienta disciplinaria de tipo disuasorio respecto del socio que lesionara sistemáticamente el interés social al realizar conductas obstruccionistas en sede de junta general.

Como se observa, ambos institutos, la separación y la exclusión, tienen evidentes puntos de conexión. Tanto la separación como la exclusión cumplen la función de resolver conflictos intra-corporativos graves, deshaciendo una relación contractual y organizativa que deviene insuperable. Los dos sistemas, el de salida (separación) como el de expulsión (exclusión), provocan la pérdida de la condición del socio, con los derechos y obligaciones inherentes a tal posición jurídica, aunque posibilitan la conservación de la sociedad y de la empresa que desarrolla su objeto social, que podrá continuar operativa si consigue amortizar la cuota del socio que se separa o es excluido. No obstante, la diferencia cardinal existente entre ambas instituciones radica en su fundamento. Mientras que el derecho de separación pretende proteger al socio que ya no desea permanecer en una sociedad donde se han modificado los presupuestos esenciales que motivaron su ingreso en la misma, el derecho de exclusión permite expulsar al socio incumplidor. La separación es una decisión libre y voluntaria -siempre que se adopte de conformidad con una causa legal o estatutaria-, mientras que la exclusión opera como sanción, porque el socio excluido no tiene capacidad de elección sobre la misma. En consecuencia, las causas respectivas de separación y exclusión tienen una naturaleza jurídica inversa pero complementaria, en el sentido de que las primeras lo son por cuanto presuponen modificaciones esenciales que legitiman al socio a salirse del contrato de sociedad, mientras que las segundas permiten salvaguardar la conservación de la empresa a pesar del incumplimiento de unas determinadas obligaciones por parte de uno de los socios.

A nuestro juicio, el comportamiento que motiva el bloqueo orgánico de la sociedad paritaria consiste en el ejercicio del poder de veto de forma sistemática, continua y vicaria con un animus nocendi hacia otro socio, es decir, aplicando un control negativo en junta. En este sentido, el límite constitucional a esta capacidad de autorregulación de las sociedades en lo referente a la exclusión de socios lo deja expuesto la RDGRN de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999/2189), que señala que “si bien la jurisprudencia constitucional no niega en su interpretación del art. 22 CE la potestad de auto-organización de las asociaciones que les permita determinar en los estatutos las causas de expulsión de sus

socios, no es posible, según la jurisprudencia reiterada, que bajo ese manto normativo se establezca una auténtica jurisdicción privada, que imponga decisiones graves para los socios tales como la expulsión de la sociedad. Las facultades de auto-organización social no pueden suplantar el derecho a la tutela judicial efectiva ni obstaculizarlo con mecanismos complicados, por lo que, en el caso planteado, debe supeditarse a la autoridad judicial la decisión sobre la exclusión del socio, lo cual, por otra parte, es coherente con la atribución en exclusiva a jueces y tribunales de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE)”.

Dentro de esta libertad auto-organizativa, las sociedades de capital pueden explicitar los fundamentos específicos del deber de fidelidad de sus socios, como derivación del principio general de la buena fe. Este principio informa a todo el ordenamiento jurídico. Aunque puede considerarse con una pluralidad de matices, es posible tenerlo en cuenta, primeramente, como una causa de exclusión de la sanción, o cuanto menos, para su atenuación. Pero lo que más interesa a los efectos de su engarce en el derecho societario es la consideración de la buena fe como una fuente de creación de deberes especiales de conducta, exigibles de conformidad con la naturaleza intrínseca de la relación societaria y la finalidad perseguida por los socios a través de ella. Por ello, puede afirmarse que los socios, no sólo se deben aquello que han estipulado o aquello que determina el texto legal, sino aquello que en cada situación impone la buena fe.

En sentido negativo, la buena fe operaría como limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de otro cualquier poder jurídico. Así pues, el deber de fidelidad no debe exigirse solamente en los momentos en que se exprese la voluntad de la sociedad, mediante la asistencia o la votación en junta general, sino que debe observarse en todo momento, extendiéndose a todas sus conductas societarias, no sólo al cumplimiento de las obligaciones de socio (aportar, y en su caso, realización de prestaciones accesorias), sino también al ejercicio de sus derechos políticos, principalmente abstenerse de ejercerlos con mala fe, es decir, de forma oportunista u obstruccionista. Como se explicitó antes, esta dimensión negativa o pasiva se concretaría, en el marco de una relación de paridad en la distribución de capital, en la abstención del ejercicio sistemático del control negativo de la sociedad.

En síntesis, la importancia de los deberes fiduciarios se hace notoria en las situaciones de conflicto intra-corporativo de las sociedades bipersonales, cerradas y paritarias. La distribución de capital y voto al 50/50 exige que el socio actúe bajo los parámetros de conducta que exigen buena fe en general y deber de fidelidad en particular, no ya sólo en relación con la sociedad y sus órganos, sino también con el consocio o grupo de socios paritarios. Surge así un deber de fidelidad con una doble modalidad, tanto en su dimensión horizontal como vertical, y tanto en su vertiente proactiva como pro pasiva. El alcance de dicho deber diferirá notablemente de la caracterización de la sociedad, en la estructura de capital (concentrada o dispersa) y la intensidad de su personalismo, lo cual determinará la apertura o cierre de su configuración estatutaria. En las sociedades cerradas paritarias, en el otro extremo, aquel deber sí resultará exigible en grado cualificado, dado que desde su posición jurídica los consocios pueden incidir determinadamente en el funcionamiento normal de los órganos sociales.

Por consiguiente, en la comunicación concluiremos que la fidelidad proactiva como obligación derivada de una buena fe reforzada no se puede predicar de cualquier socio de una sociedad de capital sino sólo y más específicamente de los socios de sociedades

cerradas, como es el caso de los socios paritarios, que por la posición tan singular en que se encuentran han de sujetarse a un deber de participación proactiva y constante en la estructura orgánica de la sociedad. Por esta razón, al igual que las sociedades de personas pueden excepcionar o derogar contractualmente la unanimidad a favor del principio de mayoría para su funcionamiento ordinario, si esa es la voluntad de sus socios, no hay razón suficiente para justificar la restrictividad existente en el ordenamiento societario vigente para la inadmisión de la inscripción registral de una cláusula estatutaria que reglamente la unanimidad para las capitalistas. La autonomía privada a este respecto contribuiría al buen funcionamiento de los órganos sociales, siempre que fuera acompañado de un procedimiento de salida de uno de los socios cuando el consenso en los acuerdos especiales fuera imposible. Este sistema en su conjunto sería preferible al que está hoy vigente ya que éste obliga a alcanzar una mayoría cualificada para la adopción de determinados acuerdos especiales dejando al minoritario el derecho a oponerse con su voto e impugnar seguidamente el acuerdo, alegando frecuentemente la vulneración de derechos instrumentales (derecho de información). Ello puede generar un círculo de litigiosidad recurrente que no tiene aparente fin, porque el socio no tiene posibilidad real de salida de la sociedad a menos que sus consocios le compren su participación o ejerciten el derecho de exclusión.

En cuanto al régimen de exclusión de socios una posibilidad para ampliar su régimen puede ser por vía de incorporación a los estatutos como causa de exclusión la condena a aquel socio paritario que en abuso de derecho ("abuso de igualdad") se comporte en perjuicio del interés social bloqueando los órganos sociales. Además, si el conflicto entre los socios se desenvuelve en una sociedad limitada paritaria, la ejecución de esta previsión estatutaria permitiría al socio paritario fiel al interés social obtener la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo de exclusión en la junta general, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 190 LSC en relación con el art. 199 b) LSC. Lógicamente, ante la disconformidad del socio afectado, la exclusión, para hacerse efectiva, requerirá de una resolución judicial firme que ratifique la existencia de la causa de exclusión. Además, en tanto que la exclusión trae causa de un abuso de derecho, ésta requerirá condena de indemnización de daños al socio obstruccionista.